

APA:

Roca De Agapito, L. (2019). Relevancia actual del debate acerca de la norma penal. (Reflexiones personales sobre el concepto, caracteres, estructura y naturaleza de la norma penal), *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 33, 197-222.

RELEVANCIA ACTUAL DEL DEBATE ACERCA DE LA NORMA PENAL. (Reflexiones personales sobre el concepto, caracteres, estructura y naturaleza de la norma penal)

LUIS ROCA DE AGAPITO*

Recibido: 04.SEP.2019
Aprobado: 14.NOV.2019

SUMARIO:

1. *El Derecho penal como conjunto coherente de normas y principios jurídicos.* 2. *Concepto y caracteres de la norma penal.* 3. *Estructura de la norma penal.* 4. *Los destinatarios de la norma penal. Norma primaria y norma secundaria.* 5. *Naturaleza de la norma jurídica penal: norma de valoración y norma de determinación.* 5.1. *El doble carácter de la norma penal como norma de valoración y como norma de determinación.* 5.2. *Consecuencias de esta doble naturaleza de la norma penal.* 6. *¿La norma jurídica penal como expresión de una expectativa de conducta institucionalizada?*
Bibliografía

RESUMEN:

El trabajo, a través de diversas reflexiones personales sobre el concepto, caracteres, estructura y naturaleza de la norma penal, trata de poner de relieve el interés que despierta en la actualidad el debate acerca de la misma. No se trata sólo de una cuestión puramente dogmática, sino que tiene también importantes repercusiones político-criminales.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal, norma, política criminal

TITLE: *Current relevance of the discussion about the norm in criminal law. (Personal thoughts on the concept, characters, structure and nature of the norm in criminal law)*

ABSTRACT:

The paper, through out various personal thoughts on the concept, characters, structure and nature of the norm in Criminal Law, tries to highlight the interest in the debate

* Profesor Titular de Derecho penal. Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas. Universidad de Oviedo (España). Correo electrónico: luisroca@uniovi.es

about it today. It is not only a purely dogmatic issue, but also has important political-criminal consequences.

KEY WORDS:

Criminal Law, norm, Criminal Policy

1. EL DERECHO PENAL COMO CONJUNTO COHERENTE DE NORMAS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS

El término “derecho” se emplea en dos sentidos diversos: uno, objetivo; y otro, subjetivo. Esta distinción es tradicional en el Derecho penal y existe igualmente en otros sectores del ordenamiento jurídico. Si trasladamos esta dicotomía al ámbito penal, podemos entender que el Derecho penal en sentido objetivo o *ius poenale* sería el conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico penal; y lo que caracteriza a una norma jurídica como norma penal es que define delitos y vincula a ellos penas y/o medidas de seguridad¹.

En este breve trabajo no pretendo realizar un estudio en profundidad de la norma penal, por evidentes razones de espacio, sino que simplemente quiero expresar mi opinión en lo que se refiere a algunos aspectos fundamentales sobre la misma. Omito también analizar los elementos básicos que conforman su contenido, y que acabamos de señalar: el delito, la pena y la medida de seguridad, de lo cual también habría mucho que hablar. Lo único que pretendo con este trabajo es dejar constancia que el debate acerca de la norma penal, aunque ya muy manido, no ha perdido relevancia y en la actualidad presenta gran interés, no sólo desde un punto de vista dogmático, sino también político-criminal.

Pero antes de nada, lo primero que quisiera dejar claro es que, aunque en el trabajo se hable de la norma penal en singular, no debemos olvidar nunca que el Derecho consiste en un conjunto coherente de normas, esto es, un sistema normativo².

1 Baste ahora con dejar constancia —trayendo a colación las palabras de GIMBERNAT ORDEIG— que “las normas que integran el Derecho penal también definen supuestos de hecho (como las del Derecho civil); [pero] su particularidad reside en que la consecuencia jurídica que vincula al supuesto de hecho definido es *siempre la misma*: la pena (en algunos casos, la medida de seguridad postdelictual). Este mecanismo nos permite ya identificar cuándo estamos ante una norma penal: estamos ante ella cuando una norma jurídica está definiendo un delito y vinculando a él una pena o una medida de seguridad. Si no sucede esto, no es una norma penal” (en *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 18).

2 Tal y como ha señalado BOBBIO: “Sólo se puede hablar de Derecho cuando exista un complejo

Desde esta perspectiva que contempla el Derecho como un conjunto coordinado de normas, resulta más plausible incluir en el concepto del mismo no sólo las normas jurídicas, entendidas como reglas, sino también los principios³, los cuales, además, no sólo dotan de coherencia interna al sistema normativo, sino que también lo legitiman.

2. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA NORMA PENAL

Sentado pues que el Derecho penal debe entenderse como un sistema normativo y no simplemente como un conjunto deslavazado de normas, corresponde lo primero preguntarse por lo que es la norma penal. Como es lógico, el concepto de la norma jurídica penal depende del concepto que se tenga de la norma jurídica en general, pues aquélla no deja de ser una especie de ésta. La norma jurídica —dice LARENZ— es una “regla que pretende que aquellos a quienes se dirige se comporten de acuerdo con ella”⁴. Esta definición, sin embargo, necesita ser precisada algo más, porque en ella cabría incluir multitud de “reglas”, como las reglas éticas, las reglas morales, las reglas del trato social, etc.

“Las normas jurídicas —continúa el citado autor— son tanto normas de conducta para los ciudadanos como normas de decisión para los tribunales y órganos administrativos”. Lo característico de estas “reglas” jurídicas es, en primer lugar, su *carácter normativo*, es decir, su pretensión de validez, de ser una exigencia vinculante de comportamiento o de enjuiciamiento; y en segundo lugar, su *carácter general*, esto es, pretende ser válida para todos los casos iguales y no sólo para un caso determinado.

de normas que forman un ordenamiento y de que, por tanto, el Derecho no es norma, sino conjunto coordinado de normas, en definitiva, que una norma jurídica no se encuentra nunca sola, sino ligada a otras normas con las cuales forma un sistema normativo” (*Teoria della norma giuridica*, Ed. Giappichelli, Turín, 1958, p. 22).

LARENZ decía también que “las normas jurídicas, contenidas en una ley, no están simplemente unas al lado de otras, sino que están relacionadas entre sí de diferente modo y sólo en su recíproca limitación y en su armonía producen una regulación. El orden jurídico no consta de una suma de normas jurídicas, sino de regulaciones. [...] La norma jurídica singular, incluso una norma jurídica completa, es considerada siempre por ello como parte de una regulación más amplia” [*Metodología de la ciencia del Derecho*, 4ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1994 (trad. Rodríguez Molinero), pp. 257-258] (en adelante citado como *Metodología*⁴).

3 Como hace entre otros, por ejemplo, Santiago MIR PUIG, quien define el Derecho penal, desde la 6ª edición de su Manual, como “conjunto de normas, valoraciones y principios jurídicos” (*Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2015, L. 1/17) (en adelante citado como *PG*¹⁰) (en la 5ª ed. hablaba de “conjunto de prescripciones jurídicas”).

4 Así la define LARENZ, *Metodología*, p. 242.

A estas características básicas que definen la norma jurídica, habría que añadir también otras como la *alteridad*, la *coercibilidad institucionalizada* y su *pretensión de justicia*⁵. Si el Derecho es heterónomo, a diferencia de la Moral o de la Ética que son autónomas; esto es, si la Moral no es producto de ninguna voluntad exterior distinta del sujeto al que obliga, mientras que el Derecho, en cambio, procede de una voluntad exterior, entonces, cabe afirmar que la norma jurídica comporta una relación entre, al menos, dos sujetos: el que dicta la norma y su destinatario, que viene obligado a obedecerla. Pero además, como es sabido, lo característico del Derecho es que se conforma con la mera obediencia externa de la “regla”, aunque el sujeto interiormente disienta de ella. Por el contrario, en la Ética lo decisivo es el mayor grado de adhesión interna a la misma, es decir, que el individuo acate la “regla” por estímulo del deber. Por eso, la Ética exige conductas no forzadas, mientras que el Derecho, en cambio, exige únicamente el cumplimiento externo de la norma, pudiendo hacerlo incluso por la fuerza. En este sentido, se dice que el Derecho es un orden coactivo. Sin embargo, esto no quiere decir que el Derecho no tenga también un contenido ético, que por supuesto que lo tiene.

Conforme a lo expuesto, puede decirse con LUZÓN PEÑA que “las normas penales regulan con carácter *vinculante*, imponiéndose *coactivamente* si es preciso, determinados aspectos *externos* de la vida del hombre en *sociedad*”. “El conjunto de normas jurídico penales supone, pues, —continúa LUZÓN— una regulación u ordenación de determinados aspectos problemáticos... de la convivencia social; eso sí, con una cierta *pretensión de justicia*, que es inherente a todo el Derecho”⁶.

En toda norma jurídica están presentes, por tanto, dos aspectos fundamentales: por un lado, el establecimiento de una regla de conducta que se estima como justa, y por otro lado, la norma jurídica ineludiblemente comporta la afirmación de una fuerza que constituye el medio para hacerla valer. Estos dos elementos veremos que influyen decisivamente en la estructura y naturaleza de la norma penal.

3. ESTRUCTURA DE LA NORMA PENAL

Precisamente, a partir de esos dos aspectos acabados de señalar se explica la estructura de la norma penal, que es la de una proposición normativa, compuesta de dos elementos: el supuesto de hecho o presupuesto y la consecuencia jurídica⁷.

5 Sobre ello, véase, entre otros, LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed. (5ª ed., 1979), Ed. Bosch, Barcelona, 1961, pp. 264 ss. (para la alteridad), 372 ss. (para la coacción) y 319 ss. (para la justicia).

6 LUZÓN PEÑA, “Alcance y función del Derecho penal”, ADPCP 1989, p. 10 (ambas citas).

7 “La norma aparece —destaca RODRÍGUEZ MOURULLO— como vinculación axiológica de dos

Antes que nada, conviene apuntar que no hay que confundir proposiciones enunciativas con proposiciones normativas. Ambas tienen en común que enlazan unas cosas con otras, pero mientras que en las primeras el sentido del enlace es una mera afirmación de que algo ha ocurrido o que ha de tener lugar, en cambio en las proposiciones normativas la razón del enlace es “una orden de validez”⁸. Lo específico de la proposición jurídica como forma de expresión lingüística de una norma es que el enlace de un suceso fáctico con una consecuencia jurídica “entra en vigor” con la realización del supuesto de hecho.

Conforme a lo expuesto, se puede decir que las proposiciones jurídicas, a las cuales también se suelen denominar «preceptos legales» o «disposiciones legales», son conjuntos de signos lingüísticos, mientras que las normas jurídicas serían el mensaje prescriptivo que se desprende de aquéllas. La proposición jurídica sería, por tanto, el continente, y la norma jurídica el contenido de dicha proposición.

Esto supone que los elementos que componen la estructura de una norma jurídica se encuentran unidos por un operador deóntico (deber ser), de tal manera que la estructura de la norma penal quedaría formulada del siguiente modo: «si sucede el supuesto de hecho, entonces debe darse la consecuencia jurídica», donde el supuesto de hecho es el delito y, en su caso, el estado de peligrosidad criminal del sujeto, y la consecuencia jurídica puede consistir en una pena y/o en una medida de seguridad.

hechos, de suerte que toda norma expresa la implicación de un consecuente por su antecedente. Desde esta perspectiva, la dicotomía tradicional de *presupuesto* y *sanción* se sustituye por la de *presupuesto* y *consecuencia jurídica*” (*Derecho Penal. Parte General*, Ed. Civitas, Madrid, 1977, pp. 75-76). Véase también, al respecto, entre otros, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976, p. 31, quien considera preferible utilizar los términos “presupuesto” y “consecuencia”, en vez de «presupuesto» y «sanción».

- 8 “El dador de la norma —explica LARENZ— no dice: así es de hecho; sino que dice: así debe ser por Derecho” (*Metodología*⁴, p. 245).

En efecto, también las leyes de la naturaleza tienen una estructura equivalente. Ambas vinculan a unos hechos unas determinadas consecuencias. Sin embargo, las leyes de la naturaleza se diferencian de las normas jurídicas en que son de cumplimiento inexorable y son además avalorativas, porque establecen simplemente una vinculación *de facto*, mientras que las normas jurídicas no siempre se cumplen y además son valorativas, puesto que la vinculación entre los hechos es de «deber ser».

La ley de la naturaleza dice esto: «si es A, entonces es B». Por ejemplo, la ley de la gravedad supone que si se suelta una piedra que sujetamos a una altura de 100 metros (A), dicha piedra tarda 4 segundos y 516 milésimas (aprox.) en caer al suelo (B), dado que la observación ha demostrado que $e = \frac{1}{2} g \cdot t^2$. Donde e : espacio; g : gravedad, que para la latitud de París y al nivel del mar tiene el valor de 9'808 m/s; y t : tiempo.

En cambio, la norma jurídica dice esto otro: «si es A, entonces debe ser B». Por ejemplo, el art. 106 CP peruano supone que si un sujeto mata a otro (A), entonces debe ser castigado con la pena privativa de libertad de seis a veinte años (B). Con ello no quiere decirse que todo el que mate a otro vaya a ser efectiva o probablemente castigado con dicha pena, sino que «debe» serlo.

4. LOS DESTINATARIOS DE LA NORMA PENAL. NORMA PRIMARIA Y NORMA SECUNDARIA

Antes dijimos que una de las características de la norma penal es la alteridad, lo cual implica una relación entre, al menos, dos sujetos: el que dicta la norma y su destinatario. Pues bien, la norma penal puede verse desde dos ángulos diversos según los destinatarios a quienes está dirigida. Pongamos el ejemplo del art. 106 CP peruano, el cual dispone que «el que mata a otro será reprimido con la pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años».

De esta primera norma *explícita* podríamos entender que la norma penal se dirige únicamente a las personas encargadas de imponer una pena, es decir, a los jueces, puesto que el tenor literal de esa proposición normativa se limita a decir que a la comisión del supuesto de hecho hay que anudar una determinada consecuencia jurídica y las penas y medidas de seguridad sólo las pueden imponer los jueces. Sin embargo, de este juicio normativo expreso se deriva *implícitamente* además otra norma, según la cual el supuesto de hecho no debe realizarse y que diría que «está prohibido matar» o «no matar» bajo amenaza de tal pena.

La norma jurídica completa se compone de estos dos juicios normativos: por un lado, la norma implícita, también denominada *norma primaria*, la cual establece una determinada regla de conducta dirigida a todos los ciudadanos; y la norma explícita, también llamada *norma secundaria*, que sanciona con un castigo la infracción de la norma primaria y cuyos destinatarios serían los Jueces.

Como es sabido, esta distinción se debe al creador de la moderna teoría de las normas: Karl BINDING⁹; si bien, hay que aclarar que este autor hablaba de *Normen*, para referirse a las normas dirigidas a los ciudadanos, y de *Strafgesetze*, para aludir a las normas dirigidas a los jueces. BINDING apuntó la necesidad de admitir la existencia de las «normas», porque si no, resultaría que al delincuente se le estaría castigando no por infringir una norma, sino precisamente por cumplirla, es decir, por cumplir los requisitos de la descripción legal. Pero para BINDING solamente las «leyes penales», que no son auténticas normas sino —lo que él denomina— proposiciones jurídicas autorizadas de la sanción punitiva, forman parte del Derecho penal. Las «normas», cuya infracción constituye el presupuesto de aplicación de la «ley penal», pertenecen al Derecho público general, pero no al Derecho penal. Conforme a ello, este autor entiende que las «leyes penales» tendrían una naturaleza meramente acce-

9 BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, t. I («Normen und Strafgesetze»), Leipzig, 1922, [reimpr. en 1965, Ed. Scientia, Aalen].

Sobre la teoría de las normas de Binding, véase, por todos, KAUFMANN, *Lebendiges und Totes im Bindings Normentheorie*, Ed. Schwarz, 1954, Göttingen, pp. 3 ss.

soria o sancionatoria, limitándose a sancionar la infracción de normas no penales y previas al Derecho penal.

También ha negado el carácter jurídico penal a las normas dirigidas a los ciudadanos Max Ernst MAYER. Este autor ha considerado que las normas primarias se encuentran fuera del Derecho penal, incluso fuera del propio Derecho: no serían normas jurídicas, sino *normas de cultura*¹⁰, previas al propio Derecho. La ley penal sería el mero reconocimiento de una norma de cultura, y al configurar los diferentes tipos penales, lo que se estaría haciendo, sencillamente, es garantizar bienes o intereses que están vivos en la propia sociedad, convirtiéndolos de esta manera en auténticos bienes jurídicos que corresponde proteger al Derecho penal.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina ha rechazado las tesis de Binding y de Mayer acerca de la naturaleza extraña al Derecho penal de la norma primaria¹¹. Si se admitiesen dichas tesis, el Derecho penal se vería reducido a un mero Derecho sancionatorio y secundario, y frente a ello se ha sostenido la autonomía del Derecho penal a la hora de establecer sus propias normas. Se puede decir que es opinión mayoritaria hoy en día entender que la norma primaria tiene también naturaleza jurídica penal, y ello, precisamente, porque se halla apoyada por la amenaza de una pena. Se dice que el Derecho penal goza de autonomía, porque no se limita a señalar que el hecho contrario a la norma sea injusto, sino que es un injusto merecedor de una sanción penal. Por eso, cabe concluir que “la concepción que afirma la existencia de unas normas primarias jurídico-penales, parece... la más idónea para el cumplimien-

10 MAYER, M.E.: *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 2ª ed., Ed. Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1923, 33 ss.; IDEM, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, en *Strafrechtliche Abhandlungen* n° 50, 1903 (reedición Ed. Keip, Frankfurt a.M., 1977).

Sobre la tesis de M.E. Mayer, véanse, entre otros, Álvarez García, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pp. 44 ss.

11 Véanse, entre otros, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, p. 20; MIR PUIG, *PG*¹⁰, L. 2/10 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, 35; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 317 ss.

Sobre los argumentos a favor de la existencia de estas normas primarias en Derecho penal, véase, entre otros, MIR PUIG, *PG*¹⁰, L. 2/7 ss.; y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 315, quienes apoyándose en lo ya dicho por Armin KAUFMANN, hablan, entre otros, de argumentos derivados del Derecho positivo, argumentos históricos, argumentos *a fortiori* a partir de la expresión de tales normas primarias en el ámbito administrativo, argumentos funcionales, y también de la propia construcción dogmática de la teoría del delito apoyada sobre la base de la consideración del delito como infracción de una norma.

Así, como fundamento de Derecho positivo de la existencia de las normas primarias, cabe señalar que el propio CP español (en la rúbrica del Tít. I del Lib. I) o el CP peruano (en el art. 12) califican a los delitos de «infracciones penales», es decir, de infracciones de normas que prohíben o prescriben conductas concretas a los ciudadanos.

to satisfactorio de las misiones preventivas y garantísticas que deben caracterizar al Derecho penal contemporáneo”¹².

5. NATURALEZA DE LA NORMA JURÍDICA PENAL: NORMA DE VALORACIÓN Y NORMA DE DETERMINACIÓN

Una vez afirmado el carácter igualmente penal de la norma primaria, corresponde ahora plantearse una cuestión especialmente relevante, a la vez que discutida, como es la referente a la naturaleza de la norma penal.

En relación con las normas jurídicas en general se discute si sólo consisten en imperativos o si también pueden consistir en valoración de situaciones, estados, relaciones o acontecimientos. Del mismo modo, en cuanto a la norma penal se discute si es *norma de determinación* de conductas —ya sea mandato, ya sea prohibición— o *norma de valoración* (de acciones y de resultados).

No obstante, en la moderna doctrina quizás la cuestión no se suscita en términos tan drásticos. Hoy apenas si se encuentran posturas puras partidarias de una u otra tesis, porque las concesiones recíprocas son continuas. Por eso se puede decir que actualmente predominan las concepciones mixtas, que afirman el doble carácter de la norma penal.

5.1. El doble carácter de la norma penal como norma de valoración y como norma de determinación

De la estructura de la norma penal (*supra* § 3) se deriva una concreta relación entre determinadas consecuencias (pena y/o medida de seguridad) y ciertos presupuestos (delito o estado peligroso), lo cual significa que “la norma penal, como toda norma jurídica, expresa una determinada *relación histórica* entre dos hechos que responde al fin de lograr un ordenado desarrollo de la vida social”¹³.

De ello podemos deducir que la norma penal expresa, en primer lugar, una valoración. Ahora bien, la norma penal, mediante la amenaza de una pena, pretende también determinar o motivar a los ciudadanos para que se abstengan de cometer delitos, por lo que se puede decir, que se trata igualmente de una *norma de determinación*.

Como *norma de valoración*, la norma penal expresa en un primer nivel un juicio de valor positivo, en cuanto que la misma se basa en los juicios de valor que

12 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 318.

13 RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, p. 76.

constituyen los bienes jurídicos. Pero a estos juicios de valor de signo positivo “suceden nuevos juicios que se sitúan en un segundo nivel y que pueden ser tanto de signo positivo como negativo. En este nivel se valoran *negativamente* todos aquellos acontecimientos... que den lugar a la lesión o al peligro de los bienes jurídicos, y los juicios de valor negativos correspondientes dan lugar a la constitución de lo que se denomina «desvalor de resultado». En este mismo nivel, por el contrario, se valoran *positivamente* todos los acontecimientos que impidan o tiendan a conservar o a crear la situación objetiva jurídicamente deseada, y los juicios de valor positivos correspondientes constituyen el «valor de resultado». El valor o el desvalor del resultado, pues, son juicios que tienen por objeto la situación de realización o de perturbación, respectivamente, del orden valorativo configurado por las proposiciones distributivas, es decir, por los bienes jurídicos”¹⁴.

La existencia de este carácter valorativo en la norma penal se deduce, a mi modo de ver, también de la propia pretensión de justicia que caracteriza a la norma penal (*supra* § 2). El Derecho en general pretende implantar un determinado orden en una sociedad, pero ese orden se apoya sobre un sistema de valores e intereses que la propia sociedad considera como *legítimo o justo*. Con ello no pretendemos confundir dos planos bien diferentes: validez y legitimidad. Sin embargo, entendemos que están estrechamente relacionados. Conforme a ello, el orden jurídico comporta la realización de la Justicia entre los hombres, y sin una referencia a la misma, el Derecho en general, y el penal en particular, resultaría incomprensible¹⁵. En este punto no hago sino seguir la opinión de mi maestro SUÁREZ MONTES, el cual trayendo a colación a quien fuera su maestro alemán (Hans WELZEL), señala que “la realización de una conducta es justa o injusta no porque el Derecho la mande o prohíba, sino al contrario: el derecho la manda o prohíbe porque su realización es justa o injusta”¹⁶.

14 GRACIA MARTÍN, *Fundamentos*, p. 91.

15 Véase a este respecto MORALES PRATS, «Función y contenido esencial de la norma penal: bases para una teoría dualista o bidimensional», en LH-Valle Muñiz (2001), pp. 549-550, quien trae a colación las palabras de Norberto BOBBIO (*Teoría della norma giuridica*, cit., pp. 35 ss.), para quien “estos tres criterios de análisis de la norma dan origen a tres órdenes distintos de problemas, siendo independientes el uno del otro en el sentido de que la justicia no depende ni de la validez ni de la eficacia, la validez no depende ni de la justicia ni de la eficacia, y la eficacia no depende de la justicia ni de la validez”. “Ello es así —continúa MORALES PRATS— con independencia de la compleja red de interconexiones que existen entre los tres planos de análisis; de este modo, por ejemplo, la Justicia (sistema de valores) procura realizarse a través de un sistema normativo que goce de reconocimiento social. La marginación de alguna de las referidas dimensiones de la experiencia normativa conduce a enfoques metodológicos reduccionistas de lo que son muestra el formalismo extremo, el iusnaturalismo radical o el sociologismo”.

16 SUÁREZ MONTES, R.F.: *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Ed. Rialp, Pamplona, 1963, p. 46.

También resalta la idea de realización de la Justicia para apreciar el carácter valorativo de la norma

Junto a esto, también debemos darnos cuenta de que la norma penal no es sólo una norma de valoración. Si sólo fuese norma valorativa, la norma penal se limitaría sencillamente a expresar un puro juicio de valor (positivo o negativo) — como hace una norma moral, por ejemplo—, pero sin imponer a los ciudadanos comportamiento alguno. Se limitaría, según esto, a expresar a sus destinatarios un mero exhorto, al modo en que lo hace la Ética. Pero la norma penal, como cualquier otra norma jurídica sancionadora que se precie, *impone* (y no simplemente exhorta) una regla de conducta. Lo característico de las normas jurídicas es la exigencia del cumplimiento externo de la norma, pudiendo hacerlo incluso por la fuerza. En este sentido, se dice que el Derecho es un orden coactivo, si bien no sólo se reduce a eso, como acabo de señalar. El carácter imperativo de la norma penal o su caracterización como *norma de determinación* podría expresarse con un conocido dicho popular que dice: «Donde fuerza no hay, derecho se pierde»¹⁷.

En contra del carácter imperativo de la norma penal podría argumentarse que el objetivo deseable y al cual habría que dirigir el esfuerzo común es precisamente el opuesto a una tal configuración del Derecho penal. Es decir, el objetivo a alcanzar sería que el Derecho pudiese funcionar en una sociedad utilizando el menor grado de coacción posible, pretendiendo que, cada vez más, las normas penales se cumplieren por su propia bondad y justicia y no por el miedo a la imposición de una sanción penal para el caso de incumplimiento. Sin embargo, a mi modo de ver, esta crítica no resulta ser del todo válida. Este ideal del cumplimiento espontáneo del Derecho penal no deja de ser, hoy por hoy, algo utópico. Bien es cierto que lo utópico tiene la virtud de impulsarnos a avanzar hacia el objetivo deseado, aunque resulte ser inalcanzable; sin embargo, a ese impulso no deja de serle también inherente el hecho de saber, con certeza, que la coacción jurídica puede actuar plenamente en cualquier momento en que resulte necesario para la defensa del ordenamiento jurídico.

Por lo que queda dicho, soy partidario de una *concepción mixta o dual* de la naturaleza de la norma penal¹⁸.

penal RODRÍGUEZ MOURULLO, al afirmar que “la norma jurídica desarrolla un punto de vista sobre la justicia y, por eso mismo, implica siempre un juicio de valor” (PG, p. 77).

- 17 En España han sostenido una naturaleza imperativa de la norma penal, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Ed. Universidad de Salamanca, 1971, pp. 87 ss. (concretamente, pp. 94 ss.) (= *Estudios*³, pp. 140 ss.); MIR PUIG, «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», LH-Cerezo Mir (2002), pp. 73 ss. (=GA 2003, pp. 863 ss.); PG¹⁰, L. 2/35; MUÑOZ CONDE, *Introducción*, pp. 50-52; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del DP*, pp. 102 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 340 ss.
- 18 Por lo demás, en España esta concepción es doctrina mayoritaria. Cabe mencionar en este sentido, por todos, el trabajo de MORALES PRATS, LH-Valle Muñiz (2001), pp. 537 ss., ya citado, en

5.2. Consecuencias de esta doble naturaleza de la norma penal

Como es sabido, la principal consecuencia de la posición que se sustente respecto de la naturaleza de la norma penal es su incidencia inmediata en la concepción de la antijuridicidad como elemento del delito. De hecho, muchos autores abordan la cuestión de la naturaleza de la norma penal no a propósito de la teoría de la ley penal, sino dentro de la teoría del delito al examinar la categoría dogmática de la antijuridicidad.

En la actualidad se viene sosteniendo, desde perspectivas muy diversas, una «concepción dualista» del injusto. Conforme a ello, la antijuridicidad del hecho no se agota en la desaprobación del resultado del delito (*desvalor de resultado*), sino que también el modo y la forma de la causación de ese estado que el Derecho desapruueba deben incluirse en el juicio de desvalor (*desvalor de acción*).

La *antijuridicidad*, en realidad, supone dos características: por una parte, expresa la idea de una relación de contradicción entre el hecho y el Derecho, por cuanto que se opone a la norma primaria que subyace en el tipo penal (*antijuridicidad formal*); pero, al mismo tiempo, la antijuridicidad expresa un juicio de desvalor del comportamiento (implica el sello de lo negativo, de lo disvalioso) (*antijuridicidad material*)¹⁹.

Es preciso resaltar que una concepción de la antijuridicidad con un contenido plural, sin embargo, no siempre ha sido defendida. En una primera etapa prevaleció una concepción puramente objetiva de la antijuridicidad (*clasicismo*). No obstante, y pese a perdurar durante mucho tiempo esta concepción, se fueron introduciendo, a través de una lenta evolución dogmática, o mejor dicho, se fueron descubriendo elementos subjetivos del injusto (*neoclasicismo*). Incluso, dentro de ese proceso evolutivo, se ha llegado a prescindir por completo del inicial aspecto objetivo con que nació la categoría dogmática de la antijuridicidad y se ha fundamentado el injusto de manera exclusivamente subjetivista, con el apoyo únicamente de la voluntad de la acción y relegando el desvalor de resultado a una mera condición objetiva de punibilidad (*finalismo extremo*).

el cual se pueden encontrar abundantes referencias a otros autores que sostienen una concepción dualista o mixta de la norma penal.

19 Hemos de aclarar que antijuridicidad e injusto son dos conceptos distintos, aunque con frecuencia se empleen indistintamente. Sin embargo, entre ellos existe una diferencia fundamental. La *antijuridicidad* es una característica abstracta, que expresa una idea de contradicción con el Derecho. En cambio, cuando hablamos de *injusto* pensamos en una conducta concreta. El injusto es el acto material que contradice la norma. Véase, por todos, WELZEL, *PG*¹¹, p. 77 s.

Como es sabido, hasta tiempos relativamente recientes, la antijuridicidad ni siquiera era considerada como un elemento del delito. Hasta mediados del siglo XIX el delito se analizaba dividiéndolo en dos partes: la fáctica, predominantemente objetiva, y la subjetiva-individual, que permitía atribuir responsabilidad jurídica al sujeto. A estas dos partes se las denominaba, respectivamente, *imputatio facti* —imputación del hecho— e *imputatio iuris* —imputación de derecho—²⁰.

Sería a partir del último tercio del siglo XIX cuando se abandonaría definitivamente la vieja teoría de la *imputatio*, y se pasaría a concebir la antijuridicidad como un elemento del delito, desarrollando el concepto de *antijuridicidad objetiva*, desligada de la culpabilidad²¹.

La *dogmática clásica* concebía la antijuridicidad de una manera puramente objetiva, reduciéndola a la valoración del estado producido por el hecho, sin tener, en absoluto, en cuenta en esta sede, aspecto subjetivo alguno, que lo relegaba por completo al terreno de la culpabilidad.

La antijuridicidad así concebida sería defendida también por autores posteriores, como MEZGER (*neoclasicismo*), aunque esto habría que matizarlo, puesto que este autor dio un gran impulso en el reconocimiento definitivo de los elementos subjetivos del injusto²². Sin embargo, sí puede decirse que sostiene una concepción predominantemente objetiva, porque para él el Derecho no es sino una suma de juicios de valor. Todas las normas jurídicas son *normas objetivas de valoración*, porque el Derecho penal no contiene imperativos dirigidos al particular, sino más bien establece deberes impersonales, puesto que se limita a valorar resultados y estados, a calificarlos como deseados o indeseados²³.

20 Una exhaustiva exposición de la evolución histórica de esta categoría del delito puede verse en MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 87 ss. (sobre el Humanismo), pp. 117 ss. (sobre la Ilustración).

21 Como es sabido, este decisivo paso fue dado primero por Rudolf von Ihering en el ámbito del Derecho civil (sobre ello, véase, por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema penal*, cit., pp. 209 ss), que luego pasaría al Derecho penal de la mano de Franz von Liszt y de Ernst Beling [sobre la relación entre tipo y norma en Beling, véase, por todos, CARDENAL MONTRAVETA, *El tipo penal en Beling y los neokantianos*, Ed. PPU, Barcelona, 2002 (en particular, pp. 58 ss.)].

22 Sobre los elementos subjetivos del injusto, véanse, entre otros, POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código Penal español*, Ed. Universidad de Sevilla, 1972. Especialmente, en lo que se refiere a la génesis de estos elementos, véase la formulación de la teoría por Nagler en el campo penal (pp. 86-89) y Fischer en el campo civil (pp. 89-98) y su posterior desarrollo en el terreno penal por Hegler (pp. 98-115), M.E. Mayer (pp. 116-119) y E. Mezger (pp. 119-143).

23 MEZGER, *Tratado*² I, § 19 I.

De lo expuesto se desprende que a una concepción valorativa de la norma le corresponderá una concepción (predominantemente) objetiva de la antijuridicidad. Con lo cual, el contenido de la antijuridicidad atenderá a criterios fundamentalmente objetivos, como es la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Paralelamente, el contenido de la voluntad del sujeto no influiría en la antijuridicidad, sino que quedaría relegado al terreno de la culpabilidad. Todo lo subjetivo (con la excepción de aquellos elementos subjetivos del injusto que pudieran reconocerse) sería objeto del juicio de reprochabilidad personal o culpabilidad. Por lo tanto, el contenido de injusto, desde esta perspectiva puramente objetiva, quedaría configurado por la concurrencia del desvalor de resultado.

El siguiente estadio en la evolución de esta categoría dogmática vendría de la mano del *finalismo*. Como es sabido, en la década de los años 30 del siglo XX, Hans WELZEL desarrolla una labor crítica frente a la dogmática tradicional, representada fundamentalmente por Mezger, tomando como punto de partida un nuevo concepto de acción: el *concepto final de acción*, con el que se pondrían los cimientos de una reelaboración completa de la teoría del delito. La nueva configuración del delito efectuada por Welzel tomó por base una filosofía ontológica que cree en la estructura lógico-objetiva de las cosas, las cuales portan ínsitamente ciertas leyes o estructuras, que son datos preexistentes. Entre estas estructuras se encuentra la concepción final del comportamiento humano. El fin es el núcleo esencial de la acción, y no podemos prescindir de él sin destruir la esencia ontológica de la acción. Este modo de concebir la acción conduciría a comprender el *carácter personal del injusto*, pues no cabe desligar la obra de su autor, sino que la acción es sólo antijurídica como obra de un autor determinado²⁴.

Esto va a permitir sostener al finalismo, a diferencia de lo que hacía el neoclasicismo, que la norma sí dirige un mandato concreto al ciudadano, y no un puro deber impersonal, como sostenía Mezger. Con lo cual, la naturaleza esencial de la norma penal será la de una *norma de determinación*.

Es preciso señalar que a esta concepción que concibe como núcleo de la antijuridicidad el momento de la desobediencia o la no sumisión al mandato por parte del sujeto, se ha llegado también a través de la llamada *teoría de la motivación*. La teoría de la motivación²⁵ en síntesis entiende que la norma penal, para conseguir

24 WELZEL, PG⁷¹, § 11 II.

25 Esta teoría se ha ido abriendo paso en nuestra doctrina de la mano de GIMBERNAT ORDEIG [«El Sistema del Derecho Penal en la actualidad», en *Anuario de Ciencia Jurídica*, t. I (1971-1972), pp. 265 ss. (=Estudios, pp. 162 ss.)], y seguida posteriormente con variantes personales, entre otros autores, por MUÑOZ CONDE [«Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform», en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Ed. C. Heymanns, Colonia, 1974, pp. 309 ss. (pp. 312 ss.)], (versión

la protección de los bienes jurídicos, opera de manera preventiva motivando al individuo mediante la amenaza de una pena a que se comporte de una determinada manera. La teoría de la motivación debe encuadrarse en la esfera de acción de las concepciones imperativistas, puesto que la amenaza de la pena cumple su función motivadora a través de un imperativo. No obstante, la teoría de la motivación ha sido objeto de importantes críticas, en las cuales no vamos a entrar²⁶, pudiendo ser también acreedora de las críticas que se formulan a una concepción puramente imperativista de la norma jurídicopenal.

Pese a la importancia que ha ido adquiriendo la dimensión imperativista de la norma, sin embargo, hemos de insistir en que, en la actualidad, una concepción radical, partidaria de la concepción de la norma penal bien sea en sentido valorativo o bien en sentido imperativo, no se mantiene prácticamente por nadie, porque las concesiones mutuas son innumerables, como ya he indicado. En realidad, se podría hablar incluso de un agotamiento del debate entre «imperativismo» y «valorativismo» en la estructura de la norma. Ahora bien, ello no quiere decir que en la actualidad la discusión sobre la norma haya quedado desplazada a un segundo plano. Por el contrario, en los últimos años se advierte un resurgimiento del debate referente a la norma, pero que ahora adquiere unos perfiles diferentes a los de antaño.

6. ¿LA NORMA JURÍDICA PENAL COMO EXPRESIÓN DE UNA EXPECTATIVA DE CONDUCTA INSTITUCIONALIZADA?

Frente a las concepciones tradicionales que concebían la norma jurídica penal como *directivas de conducta*, últimamente se ha puesto en cuestión esta idea por parte del funcionalismo sistémico. Según esta corriente doctrinal, cuyo máximo representante en Derecho penal es Günther JAKOBS, la norma sería la expresión de una expectativa de conducta institucionalizada²⁷. Esta concepción supone una

castellana en *Nuevo Pensamiento Penal*, 1973, pp. 397 ss.); *Introducción*, pp. 46 ss.; «Derecho penal y control social. (Sobre la función motivadora de la norma jurídica penal)», en *Derecho Penal y Control Social*, Ed. Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pp. 31 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*⁵, pp. 61 ss.), MIR PUIG [*Introducción*, pp. 57 ss.; *PG*, L. 2/35 ss.], OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, [*Sobre el concepto del Dp*, pp. 102 ss.], y LUZÓN PEÑA [*PG* I, p. 65].

Un claro resumen sobre la teoría de la motivación, entre otros, en PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, pp. 114 ss.

26 Véase al respecto, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, «Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma», *EPC* t. I (1977), pp. 9 ss.

27 JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991. Existe traducción al español a cargo de J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995 [en adelante citado como *PG*²]. Afirma este autor que “la contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en

profunda reconsideración del papel de la norma penal²⁸, lo cual tiene importantes repercusiones a la hora de elaborar la teoría del delito. La cuestión es si concebir ésta básicamente como una teoría de la infracción *personal* de la directiva de conducta expresada en la norma (una *teoría de la antinormatividad*) o, por el contrario, como una *teoría de la imputación* de la defraudación de una expectativa social a los efectos de la imposición de una pena, pues la diferencia que existe entre uno y otro planteamiento es fundamental²⁹.

Esta pérdida de significado de las normas como directivas de conducta, en favor de la configuración de la teoría del delito como una pura teoría de la imputación, ofrece más inconvenientes que ventajas, en mi opinión. El mayor de todos estriba en el concepto de persona que sostiene este planteamiento, esto es, un modelo de «persona construida» por el sistema jurídico (*Rechtsperson*)³⁰. Sin embargo, la idea de persona debe ser, en mi opinión, un modelo de «persona existente» previamente

garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas» (PG, § 2/2).

Véase también su opúsculo *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Ed. Civitas, Madrid, 1996 (trad. M. Canció Meliá/B. Feijóo Sánchez), que se corresponde básicamente con la ponencia que presentó en el Congreso de profesores de derecho penal celebrado en Rostock el 28 de mayo de 1995, publicada en ZStW 107 (1995), pp. 843 ss., bajo el título «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‐alteuropäischem‐ Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des ‐alteuropäischen‐ Strafrechts?».

- 28 Crítico con esta concepción de la norma penal ya se había mostrado, entre otros, MUÑOZ CONDE, «La norma jurídica penal. (Crítica a la teoría sistémica del Derecho penal)», en *Derecho Penal y Control Social*, pp. 19 ss.
- 29 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?», en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Ed. UNED, 2001, pp. 559 ss. Así, mientras que el uno toma como núcleo la dimensión *prospectiva* (o de futuro), en cambio, el otro se centra en la dimensión *retrospectiva* propia de la asignación de pena. Ello conlleva además diferencias adicionales: 1) las teorías del delito que se construyen como teorías de la antinormatividad pueden verse más limitadas por datos *ontológicos* o de lógica de las normas; en cambio, las teorías del delito que se construyen como teorías de la imputación son susceptibles de producir una *normativización* extrema; 2) las primeras tienden a ser más *subjetivistas* que las segundas; 3) igualmente tienden a realizar construcciones sistemáticas *cerradas*, mientras que las otras producen sistemas más *abiertos*; 4) las sistemáticas que se construyen atendiendo sobre todo a la antinormatividad producen una pérdida de protagonismo de los elementos analíticamente posteriores a la constatación de la misma, mientras que las que atienden básicamente a consideraciones de imputación desplazan el centro de gravedad de la teoría del delito al momento analíticamente posterior a la constatación de la producción del hecho antinormativo (pp. 572-573).
- 30 Más detalles al respecto, entre otros, POLAINO NAVARRETE, «Dimensiones básicas del Derecho penal funcionalista. Especial referencia al concepto de persona», en AAVV: *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, Ed. Universidad de Córdoba, 2005, vol. 2, pp. 1125 ss.

al Derecho³¹, y que opere, por tanto, como presupuesto sobre el que luego pueda procederse a constatar una infracción de la norma y eventualmente una imputación de responsabilidad penal.

Si se prescindiese del presupuesto de la «persona existente», a mi juicio indeclinable, ya no existiría entonces obstáculo alguno para instaurar dos clases de Derecho penal: uno para quienes, utilizando terminología jakobsiana, se les consideraría «ciudadanos» (*Bürgerstrafrecht*), y otro para quienes serían tachados de «enemigos» (*Feindstrafrecht*)³².

Como ha puesto de relieve GRACIA MARTÍN, “la visión del delincuente, o por lo menos de algunos tipos de delincuentes como «enemigos», así como la idea de su

31 SCHÜNEMANN, «La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, cit., p. 655, sostiene que “el reemplazo que propone JAKOBS del individuo por la persona como mero portador de un rol en Derecho penal destruye justamente su legitimación. Por esa razón, debe también ser rechazado”.

Como dice MIR PUIG, “apenas es concebible mayor desprecio de la dignidad humana que merece todo individuo de nuestra especie que negarle su condición de persona” [«Límites del normativismo en Derecho penal», LH-Rodríguez Mourullo (2005), p. 676 n. 32], o como hace MUÑOZ CONDE, “desde luego, en un Estado de Derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano ni el «enemigo», ni nadie puede ser nunca definido como «no persona»” [«La relación entre dogmática jurídico-penal y política criminal en el contexto político alemán tras la Segunda Guerra Mundial. Historia de una relación atormentada», LH-Rodríguez Mourullo (2005), p. 765], o como indica también GRACIA MARTÍN “de acuerdo con un general convencimiento del presente, únicamente cabe conceder el carácter de Derecho a una regulación si ésta parte del reconocimiento del hombre como persona responsable” [«Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho penal del enemigo”», RGDP 2 (2004), p. 14].

32 La repercusión bibliográfica que ha tenido el llamado Derecho penal del enemigo es absolutamente inabarcable, y la mayor parte de las veces ha sido en sentido muy crítico con el pensamiento jakobsiano. Por citar tan sólo una obra que mantiene este punto de vista crítico, véase CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.): *Derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión*, 2 vols., Ed. BdF/Edisofer, Buenos Aires/Madrid, 2006 [en adelante citado como Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo* I y II]. No obstante, también ha habido intentos, a mi modo de ver infructuosos, de superación de estas críticas, como los trabajos de POLAINO ORTS: «Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto», en *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, t. II, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 63 ss., y en particular p. 87 ss. En relación con el denominado Derecho penal del enemigo, saliendo al paso de lo que POLAINO NAVARRETE/POLAINO ORTS denominan algunos “falsos mitos”, véase «Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos», en Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo* II, pp. 590 ss., 629 ss.; y más ampliamente POLAINO ORTS, *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Ed. Grijley, Lima, 2006 [recensión de Caro John, CPC 91 (2007), pp. 263 ss.; y respuesta del autor pp. 273 ss.]; IDEM, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009.

exclusión de la sociedad y del Estado, no es en absoluto nada nuevo, sino algo muy antiguo y que ha permanecido a lo largo de la historia hasta nuestros días³³. No obstante, no es menos cierto que el moderno resurgimiento de esta idea se debe al profesor alemán Günther JAKOBS.

Según el autor alemán, las particularidades de la sociedad moderna occidental, caracterizada por una progresiva anonimidad de los contactos sociales, por la uniformidad de comportamientos en masa, por el predominio de la Economía, por la conciencia del riesgo y por una uniformidad del sistema punitivo, determinan la configuración del denominado por él «Derecho penal del enemigo» o «de enemigos»³⁴. “Si nos atenemos a la definición de este autor —comenta SILVA SÁNCHEZ—, el enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental. En todo caso, es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este déficit a través de su conducta”³⁵. “Los enemigos —concreta GRACIA MARTÍN— son individuos que se caracterizan, primero, por que rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen la destrucción de ese orden, y, segundo, a consecuencia de ello, por su especial peligrosidad para ese orden jurídico, dado que tales individuos no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal, es decir, su comportamiento ya no es calculable conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad”³⁶.

33 Véase el trazado histórico, iusfilosófico y teórico-político del derecho penal del enemigo que hace GRACIA MARTÍN, en «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”», RECPC 07-02 (2005), pp. 12 ss. [=El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”, pp. 117 ss.], donde hace un repaso desde la sofística griega (Sócrates, Anónimo de Jámblico) hasta la filosofía moderna (Rousseau, Fichte, Kant, Hobbes).

34 Sobre el denominado «Derecho penal del enemigo» o «de enemigos», véase el propio JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», ZStW 97 (1985), pp. 751 ss. [existe trad. al español a cargo de E. Peñaranda Ramos bajo el título «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en libro recopilatorio de trabajos de JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997 (en adelante citado sólo como *Estudios*), pp. 293 ss.], en donde ya caracterizaba al Derecho penal del enemigo como uno que ante el dilema entre la protección de bienes jurídicos y la salvaguarda de las esferas de libertad se decanta por aquélla, mientras que el Derecho penal del ciudadano se preocupa ante todo por la mantener la incolumidad de la libertad de éste (p. 298).

35 SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del DP*, p. 164.

36 GRACIA MARTÍN, RECPC 07-02 (2005), p. 7 [=LH-Rodríguez Mourullo (2005), pp. 448-449; *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, p. 102].

A la luz de esta caracterización de los enemigos, el Derecho penal de enemigos tendría como rasgos más significativos los siguientes: “la amplia anticipación de la protección penal, esto es, el cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero; la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha; y el socavamiento de garantías procesales”³⁷.

“La idea motriz de todas las modificaciones que se proponen o se avalan para ese Derecho penal de enemigos —comenta DÍEZ RIPOLLÉS— gira en torno a la idea de la peligrosidad de tales delincuentes, y a su consiguiente corolario de que no hace falta esperar para intervenir penalmente a la producción de un daño o al surgimiento de un peligro identificable”³⁸. Ello supone, en el plano material importantes consecuencias³⁹, pero según este autor es, sin duda, “el ámbito del proceso penal aquel en el que el derecho penal del enemigo concentra sus esfuerzos: Y no sólo a través

37 SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del DP*², 164. Sobre la determinación conceptual del Derecho penal del enemigo véase también, entre otros, CANCIO MELIÁ, en Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, pp. 79 ss., quien observa dos fases en el pensamiento de Jakobs sobre esta cuestión: “La noción de Derecho penal del enemigo propuesta por JAKOBS en la primera aproximación (1985) es considerablemente más amplia (incluyendo sectores de regulación más próximos al «Derecho penal de la puesta en riesgo», delitos dentro de la actividad económica) que la de la segunda fase (a partir de 1999), más orientada con base en delitos graves contra bienes jurídicos individuales (de modo paradigmático: terrorismo)” (p. 85).

PRIETO NAVARRO advierte, en cambio, tres fases en el pensamiento de Jakobs: una primera etapa, en la que se desarrollaría un modelo sistémico-hegeliano de prevención general positiva; una segunda fase, que prefiere calificar como de transición, que representaría un modelo hobbesiano del Derecho penal; y la última estaría, según él, muy próxima al pensamiento de Carl Schmitt [«Ciudadanos y enemigos. Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt», en Bacigalupo Saggese/Cancio Meliá (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005, pp. 49 ss., especialmente pp. 70 ss.].

38 DÍEZ RIPOLLÉS, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», RECPC 07-01 (2005), p. 23.

39 Entre otras consecuencias, este autor señala las siguientes: “se considera oportuno proseguir con la anticipación de la punición a fases alejadas de la comisión del delito, como la conspiración o la mera pertenencia a organizaciones criminales, cuyas penas deberán ser equiparables a las de intervenciones posteriores más próximas a la conducta lesiva o peligrosa”; “se propugna igualmente un decidido aprovechamiento de los efectos inocuizadores de la pena, a cuyo fin se ha de proceder a una generalización e incremento sustancial de las penas de prisión; su cumplimiento debe tener restringida al máximo la obtención de beneficios penitenciarios, para prevenir una reducción de su duración o un aligeramiento del régimen de cumplimiento”; “simultáneamente se han de potenciar medidas sancionadoras específicamente destinadas a combatir la peligrosidad más allá de lo que pueda hacerlo la pena misma. Se propugna la revitalización de un derecho de medidas asegurativo para este tipo de delincuentes, con la vuelta a la acumulación y cumplimiento sucesivo de pena y medida y la potenciación de los internamientos de seguridad antes y después del cumplimiento de la pena” (p. 23).

de la preconizada mayor facilidad de imposición de la prisión preventiva..., sino también mediante una panoplia de propuestas que desmontan sin contemplaciones el derecho penal garantista”⁴⁰.

MUÑOZ CONDE lo caracteriza, dado que no hay un Derecho penal que no sea “autoritario”, como un “Derecho penal más autoritario de lo normal, un Derecho penal que se ha colado de rondón, ‘por la puerta falsa’ de un Ordenamiento jurídico, cuyos parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos humanos fundamentales, unas garantías, que, al menos formalmente, sirven de barrera al poder punitivo del Estado”⁴¹.

Se puede concluir que este Derecho penal del enemigo plantea serios problemas de legitimidad, y no sólo por el presupuesto del que parte, que como he dicho no estoy de acuerdo con él, sino porque se plantea la cuestión mucho más de fondo de si “el Derecho penal del enemigo sigue siendo «Derecho» o es ya, por el contrario, un «no-Derecho», una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos «excluidos»”⁴².

Tiene razón DEMETRIO CRESPO cuando dice que “la vía argumentativa de la eficacia y la seguridad... está vedada en la esfera axiológica, pues, como es sabido, la validez no puede derivarse en ningún caso de la eficacia”⁴³. Pero es que incluso

40 DÍEZ RIPOLLÉS, RECPC 07-01 (2005), p. 24. Entre esas medidas, este autor señala las siguientes: “facilitación de controles corporales, de intervención de comunicaciones o de intromisión en ámbitos privados sin control judicial o con laxos controles, uso generalizado de agentes encubiertos, prolongación de los períodos de incomunicaciones, restricciones del derecho a no declarar contra sí mismo, limitaciones del derecho de defensa, reconsideración de la invalidez de la prueba ilícitamente obtenida, etc.” (24). Véase también al respecto, entre otros, PORTILLA CONTRERAS, «Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal penal del enemigo», JpD 49 (2004), pp. 43 ss.

41 MUÑOZ CONDE, «El nuevo Derecho penal autoritario», LH-Ruiz Antón (2004), p. 803-804.

42 SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del DP*, p. 166. No obstante, “tratándose de reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves —continúa SILVA—, que puedan justificarse en términos de proporcionalidad y que no ofrezcan peligro de contaminación del Derecho penal «de la normalidad», seguramente cabría admitir que, aunque en el caso del Derecho penal de la tercera velocidad [que se aproxima al Derecho penal del enemigo] nos hallemos ante un «mal», éste pueda ser el «mal menor»” (p. 166). Sin embargo, en contra incluso también con este régimen de excepcionalidad se ha pronunciado, entre otros, LAURENZO COPELLO, en la recensión a la obra de SILVA SÁNCHEZ aparecida en RDPC 12 (2003), pp. 441 ss. Concretamente, esta autora termina preguntándose, con razón, “quién y con qué legitimidad podría decidir el momento y las circunstancias exactas en las que alguien traspasa la frontera de la delincuencia de «los ciudadanos» para internarse en el mundo sin reglas de los «enemigos» sociales” (p. 456).

43 DEMETRIO CRESPO, «Del “Derecho penal liberal” al “Derecho penal del enemigo”», RDPC 14 (2004), p. 90.

desde el propio punto de vista de la eficacia y de la seguridad, no está claro que una intervención más incisiva del Derecho Penal comporte una mayor seguridad. “La idea de la ‘seguridad’ que justifica el recrudecimiento punitivo –dice este autor en otro lugar– es en parte real, en parte simbólica, en parte objetiva, en parte subjetiva, difícil de delimitar. La ‘inseguridad’ que puede conllevar se transforma en inseguridad jurídica a través por ejemplo de la indeterminación en la tipificación de las conductas, la indefinición de los bienes jurídicos protegidos, el adelantamiento de la punibilidad mediante los delitos de peligro, o en general, de la relajación de las garantías en busca de la presunta eficacia”⁴⁴.

A pesar de todas estas críticas⁴⁵, que nosotros consideramos acertadas, es triste reconocer cómo en las legislaciones penales modernas el Derecho penal de los enemigos se va haciendo un hueco cada vez mayor, y tiende ilegítimamente, a estabilizarse y a crecer. Los acontecimientos acaecidos el 11 de septiembre de 2001 han alentado este proceso y han hecho que los Estados metan, no ya la “tercera velocidad” de la que hablaba SILVA SÁNCHEZ, sino la “quinta” frente a este tipo de criminales (aunque no sólo los terroristas). Es preocupante cómo la mayoría de los Estados, incluso con una larga tradición democrática, sin embargo, se han desequilibrado con demasiada facilidad y han apostado en diversos ámbitos de su legislación penal decididamente *pro securitate* y *contra libertatem*⁴⁶. Estoy de acuerdo con quienes piensan que “el llamado ‘discurso de las garantías’ no es una especie de lujo al que cabe renunciar en tiempos de crisis, y menos una tesis conservadora”; antes al

44 DEMETRIO CRESPO, «El “Derecho penal del enemigo” *Darf nicht sein!*», RGDP 4 (2005), pp. 8-9. Véase también IDEM, «Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho penal», LH-Núñez Barbero (2007), pp. 179 ss.

45 CANCIO MELIÁ ha apuntado tres posibles vías críticas para abordar el tema del «Derecho penal del enemigo». La primera, y a nuestro juicio la de mayor peso, critica el Derecho penal del enemigo por su *ilegitimidad*. Sería, por ejemplo, la argumentación acerca de la negación del carácter de persona a ciertos individuos. La segunda se movería en el plano de la *efectividad*: “el Derecho penal del enemigo no debe ser, porque no contribuye a la prevención policial-fáctica de delitos” (en Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, p. 90). Incluso señala como “la mera existencia del Derecho penal del enemigo puede representar en alguna ocasión un éxito político-propagandístico parcial, precisamente, para el «enemigo»” (p. 90 n. 57). Y la tercera posibilidad que él sugiere es de tipo lógico. Según este autor, del mismo modo que hablar de un Derecho penal del ciudadano es un pleonismo, el Derecho penal del enemigo es una *contradictio in terminis*, dado que “a) el Derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino que demoniza determinados grupos de infractores; b) en consecuencia, el Derecho penal del enemigo no es un Derecho penal del hecho, sino de autor” (pp. 93-94).

46 Véase, entre otros, PRITWITZ, «La desigual competencia entre seguridad y libertad», RGDP 7 (2007) (trad. G. Chan Mora). Ya antes, véase también IDEM, «¿Guerra en tiempos de paz? Fundamento y límites de la distinción entre Derecho Penal y guerra», RP 14 (2004), pp. 174 ss. (trad. F. Navarro Cardoso).

contrario, es más bien “un discurso claramente progresista y crítico porque pretende salvaguardar un modelo de Derecho Penal estrictamente vinculado a las garantías del Estado de Derecho que deben regir para todas las personas”⁴⁷.

Este es precisamente el interés que creo despierta en la actualidad el debate acerca de la norma penal y que quería poner de relieve con el presente trabajo. Espero haberlo cumplido.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- BACIGALUPO SAGGESE / CANCIO MELIÁ (coords.), Derecho penal y política transnacional, Ed. Atelier, Barcelona, 2005.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., “Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma”, en: *Estudios penales y criminológicos*, N° 1, 1977, pp. 9-50.
- BINDING, K., Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, t. I («Normen und Strafgesetze»), Leipzig, 1922, [reimpr. en 1965, Ed. Scientia, Aalen].
- BOBBIO, N., Teoria della norma giuridica, Ed. Giappichelli, Turín, 1958.
- CANCIO MELIÁ / GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), Derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión, 2 vols., Ed. BdF/Edisofer, Buenos Aires/Madrid, 2006.
- CARDENAL MONTRAVETA, S., El tipo penal en Beling y los neokantianos, Ed. PPU, Barcelona, 2002.
- DEMETRIO CRESPO, E., “Del “Derecho penal liberal” al “Derecho penal del enemigo””, en: *Revista de derecho penal y criminología*, N° 14 (2004), pp. 87-116.
- DEMETRIO CRESPO, E., “El “Derecho penal del enemigo” *Darf nicht sein!*”, en: *Revista General de Derecho Penal*, N° 4, 2005.
- DEMETRIO CRESPO, E., “Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho penal”, en: Fernando Pérez Álvarez (coord.) / Miguel Ángel Núñez Paz (coord.) / Isabel García Alfaraz (coord.), *VVAA: Universitas vitæ. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ed. Universidad de Salamanca, 2007, pp. 179-196.

47 DEMETRIO CRESPO, «El “Derecho penal del enemigo” *Darf nicht sein!*», RGDP 4 (2005), p. 9.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 07-01, 2005; [=LH-Rodríguez Mourullo (2005), pp. 267 ss.; Cancio Meliá (coord.) / Gómez-Jara Díez (coord.), *Derecho penal del enemigo*, I, pp. 553 ss.; Bacigalupo Saggese (coord.) / Cancio Meliá (coord.), *Derecho penal y política transnacional*, pp. 243 ss.].
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?” en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Ed. Universidad de Salamanca, 1971, pp. 87 ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “El Sistema del Derecho Penal en la actualidad²”, en *Anuario de Ciencia Jurídica*, t. I (1971-1972), pp. 265 ss. (=Estudios³, pp. 162 ss.).
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.
- GRACIA MARTÍN, L., “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho penal del enemigo””, *Revista General de Derecho Penal*, N° 2, 2004.
- GRACIA MARTÍN, L., “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo””, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 07-02, 2005.
- GRACIA MARTÍN, L., *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006.
- JAKOBS, G., “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, *ZStW* 97 (1985), pp. 751 ss. [existe trad. al español a cargo de E. Peñaranda Ramos bajo el título “*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*”, en libro recopilatorio de trabajos de JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997].
- JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991. Existe traducción al español a cargo de J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995 [citado como *PG²*].
- JAKOBS, G., “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts?”, *ZStW* 107 (1995), pp. 843 ss. [Existe traducción al español a cargo de M. Cancio Meliá / B. Feijóo Sánchez con el título de *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Ed. Civitas, Madrid, 1996].

- JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., Derecho penal del enemigo, Ed. Civitas, Madrid, 2003 [2ª ed., 2006].
- JESCHECK / WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5ª ed., Ed. Duncker&Humblot, Berlín, 1996 (existe traducción al español por M. Olmedo Cardenete, Ed. Comares, Granada, 2003) [citado por la traducción española como *PG*].
- KAUFMANN, A., Lebendiges und Totes im Bindings Normentheorie, Ed. Schwarz, 1954, Göttingen [existe traducción al español de esta obra a cargo de E. Bacigalupo Zapater y E. Garzón Valdés, bajo el título *Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977].
- LARENZ, K., Metodología de la ciencia del Derecho, 4ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1994 (trad. Rodríguez Molinero).
- LEGAZ LACAMBRA, Filosofía del Derecho, 2ª ed. (5ª ed., 1979), Ed. Bosch, Barcelona, 1961.
- LUZÓN PEÑA, D.M., “Alcance y función del Derecho penal”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1989, pp. 5-54.
- LUZÓN PEÑA, D.M., Curso de Derecho penal. Parte general, t. I, Ed. Universitas, Madrid, 1996.
- MAYER, M.E., Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 2ª ed., Ed. Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1923.
- MAYER, M.E., Rechtsnormen und Kulturnormen, en Strafrechtliche Abhandlungen, N° 50, 1903 (reedición Ed. Keip, Frankfurt a.M., 1977).
- MEZGER, E., Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3ª ed., 1949, 2ª ed., 1933, Ed. Duncker & Humblot, Berlín/Munich. Existe traducción y notas de J.A. Rodríguez Muñoz, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 2ª ed., t. I, 1946, t. II, 1949; 3ª ed., adicionada y puesta al día por Antonio Quintano Ripollés, t. I, 1955, t. II, 1957. [Citado por la traducción de la 2ª ed. de Rodríguez Muñoz como *Tratado*].
- MIR PUIG, S., Introducción a las bases del Derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona, 1976.
- MIR PUIG, S., “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, en José Luis Díez Ripollés (coord.), *VVAA: La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 73-92. (=GA 2003, pp. 863 ss.).

- MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, 10ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2015.
- MIR PUIG, S., “Límites del normativismo en Derecho penal”, en *VVAA: Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Civitas, Madrid, 2005, pp. 666-690.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., Antijuridicidad penal y sistema del delito, Ed. Bosch, Barcelona, 2001.
- MORALES PRATS, F., “Función y contenido esencial de la norma penal: bases para una teoría dualista o bidimensional”, en: Fermín Morales Prats (coord.) / Gonzalo Quintero Olivares (coord.), *VVAA: El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 537-630.
- MUÑOZ CONDE, F., “Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform”, en *Strafrecht un Strafrechtsreform*, Ed. C. Heymanns, Colonia, 1974, pp. 309 ss. (versión castellana en *Nuevo Pensamiento Penal*, 1973, pp. 397 ss.).
- MUÑOZ CONDE, F., Introducción al Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, 1975.
- MUÑOZ CONDE, F., “La norma jurídica penal. (Crítica a la teoría sistémica del Derecho penal)”, en *Derecho Penal y Control Social*, Ed. Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pp. 19 ss.
- MUÑOZ CONDE, F., “Derecho penal y control social. (Sobre la función motivadora de la norma jurídica penal)”, en *Derecho Penal y Control Social*, Ed. Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pp. 31 ss.
- MUÑOZ CONDE, F., “El nuevo Derecho penal autoritario”, en Emilio Octavio de Toledo y Ubieto (coord.) / Manuel Gurdíel Sierra (coord.) / Emilio Cortés Bechiarelli (coord.), *VVAA: Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pp. 803-824.
- MUÑOZ CONDE, F., “La relación entre dogmática jurídico-penal y política criminal en el contexto político alemán tras la Segunda Guerra Mundial. Historia de una relación atormentada”, en *VVAA: Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Civitas, Madrid, 2005, pp. 743-768.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Sobre el concepto del Derecho penal, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1981.
- PÉREZ MANZANO, M., Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 1990.

- POLAINO NAVARRETE, M., Los elementos subjetivos del injusto en el Código Penal español, Ed. Universidad de Sevilla, 1972.
- POLAINO NAVARRETE, M., “Dimensiones básicas del Derecho penal funcionalista. Especial referencia al concepto de persona”, en Rafael Casado Rai-gón (coord.) / Ignacio Gallego Domínguez (coord.), *VVAA: Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, Ed. Universidad de Córdoba, 2005, vol. 2, pp. 1125-1152.
- POLAINO ORTS, M., “Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto”, en *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, t. II, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 61-107.
- POLAINO ORTS, M., Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto, Ed. Grijley, Lima, 2006 [recensión de Caro John, CPC 91 (2007), pp. 263 ss.; y respuesta del autor pp. 273 ss.].
- POLAINO ORTS, M., Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia, Ed. Bosch, Barcelona, 2009.
- PORTILLA CONTRERAS, G., “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal penal del enemigo”, *Jueces para la democracia*, N° 49, 2004, pp. 43-50.
- PRIETO NAVARRO, E., “Ciudadanos y enemigos. Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt”, en Bacigalupo Saggese (coord.) / Cancio Meliá (coord.), *Derecho penal y política transnacional*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005, pp. 49-82.
- PRITTWITZ, C., “¿Guerra en tiempos de paz? Fundamento y límites de la distinción entre Derecho Penal y guerra”, en: *Revista Penal*, N° 14, 2004, pp. 174-180 (trad. F. Navarro Cardoso)].
- PRITTWITZ, C., “La desigual competencia entre seguridad y libertad”, *Revista General de Derecho Penal*, N° 7, 2007. (trad. G. Chan Mora).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Derecho Penal. Parte General, Ed. Civitas, Madrid, 1977.
- SCHÜNEMANN, B., “La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal”, en *VVAA: Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Ed. UNED, Madrid, 2001, pp. 643-664.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Ed. Bosch, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2001. [Recensión de LAURENZO COPELLO, en *RDPC* 12 (2003), pp. 441 ss.].

- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?”, en *VVAA: Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Ed. UNED, Madrid, 2001, pp. 559-575.
- SUÁREZ MONTES, R.F., *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo*, Ed. Rialp, Pamplona, 1963.
- WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11ª ed., Ed. Walter de Gruyter, Berlín, 1969. [Existe traducción por J. Bustos Ramírez/S. Yáñez, bajo el título *Derecho Penal alemán*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976].