

Algunas consideraciones acerca de los fundamentos teóricos del sistema de la teoría del delito de JAKOBS

BEATRIZ DE LA GÁNDARA VALLEJO

Profesora Adjunta de Derecho Penal.
Universidad San Pablo CEU

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo pretendo abordar la cuestión de cuáles son los principales fundamentos teóricos de los que parte Jakobs a la hora de formular su sistema de la teoría del delito. Opino que éstos se hallan, en el fondo, en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann, ya que Jakobs parte de cómo es la moderna sociedad contemporánea para proponer un concepto de Derecho penal funcionalista, o sea, un sistema funcionalista de la teoría del delito. Lo que es el Derecho penal está determinado por la función que cumple en el sistema social, e incluso el propio Derecho penal es considerado como un sistema autónomo, es decir, un subsistema autorreferente y autopoietico, dentro del sistema más amplio de la sociedad.

La opinión que acabo de exponer no parece ser compartida por toda la doctrina penal española ya que, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, hay autores que, siendo grandes conocedores de la teoría de la imputación de Jakobs y habiendo realizado magníficos estudios sobre la misma, pretenden presentar el modelo dogmático-penal propugnado por Jakobs como una especie de prolongación o continuación de la obra de su maestro, Welzel, en la medida en que aquél se habría inspirado en algunos de los plan-

teamientos más sugerentes de éste. Así pues, se trata de una cuestión que está abierta a debate.

De todas formas, antes de presentar los argumentos que esgrimo en defensa de mi tesis y de contrastarlos con los manejados por los autores que apoyan la otra postura antedicha, creo que conviene exponer –si bien de forma más bien sucinta puesto que, evidentemente, no se trata de algo que yo haya descubierto, sino de una teoría ya bastante conocida entre la doctrina penal española– en qué consiste el modelo funcionalista propugnado y defendido por Jakobs. Y ello por dos motivos. En primer lugar, por una cuestión de pura lógica elemental, puesto que no parece tener demasiado sentido querer entrar a analizar los fundamentos de una teoría, sin antes haber explicado cuáles son sus líneas maestras según mi propio entendimiento de la misma. En segundo lugar, porque al dedicar los dos siguientes apartados a procurar explicar de la forma más clara posible en qué consiste el sistema funcionalista de la teoría del delito de Jakobs, iré poniendo de manifiesto cómo algunos de los conceptos claves que emplea este autor están ya presentes en la teoría sociológica de Niklas Luhmann.

II. CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL MODELO DOGMÁTICO DE JAKOBS

II.A El sistema funcionalista de la teoría del delito

Hechas estas aclaraciones, ha llegado el momento de explicar clara pero sucintamente cuál es la postura que Jakobs mantiene acerca de qué es el Derecho penal, para lo cual constituye una premisa ineludible aclarar cuál es la verdadera función que según este autor desempeña el Derecho penal en nuestra sociedad, puesto que el mundo de los conceptos jurídico-penales ha de organizarse con arreglo a la función social que desempeña el Derecho penal «y no conforme a datos previos naturales o de cualquier otra clase ajenos a la sociedad» (1).

Pues bien, en una sociedad caracterizada por un alto nivel de complejidad, como es la nuestra, la verdadera función del Derecho penal radica en hacer posible las relaciones sociales, es decir, la vida en sociedad, mediante la reducción de complejidad (2). Para ello, el

(1) Cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción del alemán de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luís SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2.ª ed., Madrid, 1997, p. VII.

(2) Para entender todo el significado de esta afirmación, que a primera vista puede parecer más bien carente de contenido, hay que tener en cuenta que una socie-

Derecho penal tiene como cometido específico estabilizar aquellas normas tan básicas que su infracción generalizada impediría una mínima convivencia. Por lo tanto, el verdadero objeto de protección de las normas penales no son bienes jurídicos, sino las propias normas que hacen posible la convivencia en sociedad (3). En este sentido, pues, el Derecho penal no es más que una rama del Derecho, en

dad funcionalmente diferenciada –como es nuestra sociedad occidental contemporánea– es siempre más compleja que sociedades anteriores pero que, al mismo tiempo, reduce de modo más riguroso la complejidad a la que se enfrenta, puesto que es precisamente mediante la diferenciación funcional en subsistemas –entre los cuales se encuentra el Derecho– que la sociedad logra aumentar la eficacia de su actividad de comunicación, reduciendo la redundancia y ordenando su entorno alrededor de problemas que se agrupan por funciones (o dicho con mayor precisión, que se agrupan «en equivalentes funcionales»). Esta limitación de la redundancia supone una mayor posibilidad de comunicación, o, lo que es lo mismo, una conducta selectiva más adecuada; es decir, facilita la orientación en un mundo dominado por la complejidad. Acerca de todo ello, cfr. Niklas LUHMANN: *Zweckbegriff und Systemrationalität: Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, Frankfurt am Main, 1973, pp. 270-271; del mismo: *Soziologische Aufklärung-1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 4.ª ed., Opladen, 1974, pp. 124-125; del mismo: *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, 1984, pp. 52-55; y del mismo: *Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, Opladen, 1986, pp. 45-50, y 97. Cfr. también Diego BETANCOR CURBELO: «Derecho y sociedad, factores recíprocos. La Sociología del Derecho en la formación del jurista», en *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria*, núm. 2, 1997, p. 74., citando a Adam PODGORECKI, el cual coincide en describir la reducción de complejidad como una de las funciones esenciales del Derecho.

(3) Así, en el modelo de la teoría del delito desarrollado por JAKOBS, el verdadero bien que protege el Derecho penal es la estabilidad de las expectativas normativas esenciales frente a la defraudación; esto es lo que JAKOBS denomina «bien jurídico-penal». Naturalmente que esto constituye un «rodeo normativo», pero su sentido reside precisamente en evitar llegar a la extraña conclusión de que el Derecho penal a veces no se preocupa de la pérdida de sus bienes dado que el Derecho penal no garantiza la existencia de dichos bienes en todo caso, sino sólo frente a determinados ataques. No obstante, y a pesar de los «defectos de partida» de que adolece la teoría del bien jurídico, JAKOBS parece opinar que es posible mantener una justificación relativa de la misma. Personalmente, creo que esta «justificación relativa» se halla en la utilidad que puede prestar la teoría del bien jurídico como instrumento de interpretación de las disposiciones penales de la Parte Especial, pero no como criterio de legitimación material del Derecho penal, y por tanto tampoco como criterio que explique cuál es la verdadera función que desempeña el Derecho penal. En realidad, si se acepta el concepto de bien jurídico propugnado por JAKOBS, lo que sirve para justificar y explicar la existencia del Derecho penal es la idea de la prevención general positiva, y utilizar la terminología de «bien jurídico-penal» nada aporta a esta fundamentación de la función propia del Derecho penal.

Dicho de otra forma, el concepto del bien jurídico-penal al que se refiere JAKOBS al tratar el problema del Derecho penal como instrumento de protección de bienes

cuanto subsistema formado por la propia sociedad por medio de la diferenciación sistémica para afrontar un sector de la complejidad propia del entorno, agrupado por la función que debe cumplir (4).

Los subsistemas sociales reducen la complejidad mediante la formación de expectativas. No obstante, y por lo que se refiere más específicamente al Derecho, lo que se tiene en cuenta son contactos sociales, lo cual implica que cada parte en el contacto social acepta al otro como *alter ego*, es decir, como otro igual que él. Por lo tanto, en el sistema del Derecho nos hallamos, en realidad, ante un esperar de expectativas, lo cual significa que nos hallamos ante el problema de la doble contingencia (5). Así pues, para hacer posible la interacción social, es necesario poder prever lo que los demás esperan de nosotros, para poder anticipar sus expectativas en vez de defraudarlas, y así evitar conflictos. En definitiva, para poder orientarse en sociedad es necesario compaginar dos planos distintos: lo que yo espero de los demás y lo que los otros esperan de mí (6). Y es la vigencia de las

jurídicos, no es el que suele estar en el primer plano del debate doctrinal. Por el contrario, en este debate de lo que se trata más bien es de si las normas jurídico-penales y, aunque sólo sea de forma indirecta, también el propio Derecho penal sólo son legítimos en tanto protejan bienes jurídicos, sin que la doctrina haya sido capaz de explicar claramente lo que constituye un bien jurídico en este contexto. Y ello naturalmente determina que la teoría de los bienes jurídicos sirva de poco para decidir la cuestión de qué bienes o valores son dignos de protección penal y cuáles no. En definitiva, la respuesta a la pregunta de para qué debe emplearse la protección dispensada por el Derecho penal depende más bien de la dañosidad social de la conducta lesiva, cosa que no se corresponde necesariamente con la lesión de bienes o valores por esa conducta. Acerca de todo ello, cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., pp. 44-48 y 57.

(4) En sentido análogo, BETANCOR CURBELO afirma que «el Derecho es... uno de los instrumentos estratégicos por los que la vida humana es modelada, estabilizada y hecha predecible». Cfr. Diego BETANCOR CURBELO: *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, cit., p. 67.

(5) A la hora de configurar la estructura de este conocido teorema sociológico, LUHMANN opta por denominar a los sujetos de la doble contingencia *Ego* y *Alter*. Esta peculiaridad terminológica se debe a su deseo de dejar claro desde el principio que ambos son dos grandes operadores bajo los que cabe introducir no sólo seres humanos, sino también sistemas sociales, etc. No obstante, en el caso de la acción social, *Ego* y *Alter* son considerados por LUHMANN como sistemas psíquicos, o sea, como personas físicas. Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Barcelona, 1990, pp. 211-212, y 246-247, con referencias bibliográficas.

(6) Y es que la doble contingencia supone plantear una metaperspectiva desde la que pueden abordarse distintas formas de selecciones y conexiones, ya que opera como catalizador de selecciones y como ordenador de las mismas. Ello tiene lugar de la siguiente forma. *Ego* sabe que *Alter* sabe que *Ego* actúa teniendo en cuenta la conducta de *Alter*; por tanto, *Ego* deberá actuar anticipando, en cierto modo, la conducta

normas lo que tiene como finalidad facilitar esta operación mediante la generalización de expectativas (7).

A estos efectos, es necesario distinguir entre dos clases de expectativas: las de carácter cognitivo y las de carácter normativo. O sea, se trata de la conocida distinción entre el Ser (expectativas cognitivas) y el Deber Ser (expectativas normativas) (8). Así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan en la medida en que pueden encontrar regularidades, en los contactos sociales, que son los únicos que interesan desde el punto de vista del Derecho penal, sólo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de otra persona. De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible. Si se defrauda esa expectativa, para el defraudado surge un conflicto frente al que debe reaccionar, pues con la defraudación se pone de manifiesto que el balance entre los sucesos en cuya producción está interesado y aquellos otros que se realizan ya no cuadra. Por lo tanto, el modelo de orientación del decepcionado debe ser sometido a revisión.

Ahora bien, en los contactos sociales también pueden surgir defraudaciones de expectativas del mismo modo que sucede en relación con la naturaleza. Estas expectativas son de carácter cognitivo,

y la reacción de *Alter*. Por consiguiente, la doble contingencia posibilita la comunicación, pero al mismo tiempo es un obstáculo para el desarrollo de la misma, al establecer redes y relaciones de extraordinaria complejidad entre quienes toman parte en ella, lo cual me parece que constituye una descripción muy realista de «los gozos y las sombras» de la comunicación, a juzgar por mi propia experiencia y por el estado general en el que se encuentra el mundo en el que vivimos. Cfr. Niklas LUHMANN: *Soziale Systeme*, cit., pp. 158, 160, 171 y ss.; y Javier SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES: *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Bogotá, 1995, p. 30, con referencias bibliográficas.

(7) La generalización de expectativas, que equivale a su estabilización, permite que los sistemas alcancen una estructura y posibilita su acción. Esta generalización no supone anulación de las expectativas, sino una forma de estabilización de las mismas, que las hace estar siempre presentes como elemento fundamental del sistema social y de la comunicación que llevan a cabo sus componentes. Por lo tanto, en la teoría de LUHMANN los conceptos de doble contingencia y expectativa constituyen dos pilares sobre los que se asienta la acción propia de los sistemas sociales. Es más, en realidad, LUHMANN considera que la estructura misma de la sociedad como sistema es una generalización de las expectativas de los sistemas que se encuentran en ella. Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 271-272; y citando al propio LUHMANN, Diego BETANCOR CURBELO: *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, cit., p. 74.

(8) Cfr. Javier SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES: *Intervención omisiva*, cit., p. 31.

lo que quiere decir que en caso de defraudación se ha errado el cálculo y hay que volver a aprender, o sea, a calcular mejor *pro futuro*. Frente a ello, la defraudación específica en el ámbito de los contactos sociales afecta a aquellas expectativas que se derivan de la pretensión frente a la otra parte de que respetará las normas vigentes, o sea, a expectativas de carácter normativo, pudiendo la pretensión contradecir al juicio cognitivo. Por consiguiente, a una expectativa normativa no se ha de renunciar ni siquiera en caso de defraudación, sino que ésta puede mantenerse de forma contrafáctica, si no se define como fallo decisivo la expectativa del decepcionado, sino la infracción de la norma por parte del que decepciona (9).

Sin embargo, y como ya apunté antes, es necesario advertir que sólo una parte muy pequeña de las expectativas normativas tiene importancia desde el punto de vista del Derecho penal; es decir, que las expectativas que están en la base de las normas jurídico-penales naturalmente son normativas, pero no toda expectativa normativa está jurídico-penalmente asegurada.

En primer lugar, resulta evidente que las defraudaciones que tienen lugar exclusivamente a nivel individual, es decir, que no lesionan esferas jurídicas ajenas, de las expectativas normativas de alguna de las partes en los contactos sociales no constituyen asuntos de interés público, y por ello no pueden motivar reacciones estatales. Sin embargo, de la infracción de las normas jurídico-penalmente garantizadas sí surge un conflicto público, siempre y cuando se trate de normas *legítimas*. Como ya señalé antes, el Derecho penal sólo se ocupa de asegurar o garantizar aquellas normas a cuya observancia general no se puede renunciar si se pretende mantener la configuración social básica. Por ello, «(1) la defraudación, el conflicto y la exigencia de una reacción frente a la infracción de la norma no pueden ser interpretados como una vivencia del sistema individual “persona singular”, sino que han de ser interpretados como sucesos en el sistema de relación social» (10).

En segundo lugar, y dado que las personas pueden configurar el mundo, pero aun así viven en un mundo ya configurado, o sea, en un mundo con instituciones, las expectativas normativas estables, imprescindibles para posibilitar los contactos sociales, y que precisamente por ello están jurídico-penalmente aseguradas, pueden referirse a dos ámbitos distintos de objetos.

(9) Cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., pp. 9-10.

(10) Cfr. Günther JAKOBS: *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlin-New York, 1991, 1/8.

Por una parte, es necesaria una expectativa normativa de que todos mantengan en orden su ámbito de organización, para que no se produzcan efectos exteriores mediante los cuales otros podrían resultar dañados. La estabilidad de esta expectativa es imprescindible, sobre todo, porque debido al derecho a la propia organización respectiva, a nadie le está permitido jurídicamente arrogarse ámbitos de organización ajenos. Es decir, que todo ciudadano tiene libertad de organizar libremente, pero como contrapartida se le exige el control, en forma de expectativa social, sobre los peligros creados o asumidos por él a través de sus actos de organización (11).

Esta expectativa tiene un contenido exclusivamente negativo: los ámbitos de organización deben permanecer separados. La defraudación de esta expectativa es lo que está en la base de los llamados delitos de dominio o delitos en los que el fundamento de la responsabilidad radica en una organización defectuosa del propio ámbito de libertad, es decir, en la extensión del propio ámbito de organización a costa de la de los demás. De ahí, que los delitos de dominio también puedan ser denominados delitos en virtud de competencia organizativa.

Por otra parte, también es necesaria una expectativa normativa de que las instituciones sociales elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa tiene un contenido positivo: que las instituciones estén en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares, o dicho de forma más sencilla, que las personas inmersas en esas instituciones se sacrifiquen en favor de la protección del bien jurídico o bienes jurídicos protegidos por la institución.

Por lo tanto, se trata de un deber de solidaridad institucionalmente garantizado, cuya infracción determina, por regla general, que el sujeto a quien incumbe esa clase de deber participe en el hecho delictivo en concepto de autor, y ello con independencia de que se trate de un delito común o especial, puesto que una cosa es que algunos tipos exijan un elemento objetivo de la autoría y otra el fundamento material de la posición de garante. No obstante, es precisamente la defraudación de esta expectativa lo que está en la base de los llamados delitos de infracción de deber o delitos en virtud de competencia institucional, que son los únicos que constituyen delitos especiales propios en sentido estricto (12).

(11) Cfr. Javier SÁNCHEZ-VERA: *Intervención omisiva*, cit., p. 24, con referencias bibliográficas.

(12) Y ello con independencia de que una persona a quien no incumba el deber de solidaridad institucionalmente garantizado y que, por tanto, carezca de competencia institucional (se trataría pues de un *extraneus*), también pueda responder por

Expuesto cuáles son los dos ámbitos a los que pueden referirse las expectativas jurídico-penalmente garantizadas, es preciso subrayar que la infracción de la norma no constituye un conflicto penalmente relevante debido a sus consecuencias externas, ya que el Derecho penal no puede borrar tales consecuencias. Además, un comportamiento humano no es sólo un suceso que surte efectos en el mundo exterior, sino que en la medida en que la persona puede evitar su comportamiento, éste también *significa algo*. Por lo tanto, la infracción de la norma radica en una conducta cuyo contenido expresivo contradice la norma. Dicho de otra forma, una infracción normativa es una desautorización de la norma. Esta desautorización da lugar a un conflicto social en la medida en que la norma como modelo de orientación es puesta en tela de juicio (13).

Y es de aquí de donde hay que partir si, como Jakobs, no deseamos interpretar los efectos del Derecho penal como si fueran sucesos de la naturaleza, sino como *hechos sociales*. Desde esta perspectiva, la función de la Dogmática penal reside en desarrollar las proposiciones necesarias para reaccionar frente a la infracción penal como *acto con significado (acto con contenido expresivo)* por medio de un acto que también tiene significado. Al igual que una lesión externa es la manifestación de la vulneración de la norma, también la pena es la manifestación de la estabilización de la norma (14).

Precisamente, la determinación exacta de cuándo concurre una conducta que desautoriza la norma constituye el problema propio de la teoría de la imputación, en especial de la imputación en calidad de comportamiento típico y antijurídico (15). Es decir, que el Derecho penal contribuye a la estabilización contrafáctica de las expectativas normativas necesaria para poder seguir orientándose en sociedad mediante la atribución o imputación de la defraudación: se imputa la

haber tomado parte en esta clase de delitos, pero sólo en concepto de mero partícipe, siendo del todo irrelevante que haya dominado o no el hecho. Acerca de todo ello, cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., p. 11; del mismo: *Strafrecht AT*, cit., 6/91, 25/45 y ss.; y Beatriz de la GÁNDARA VALLEJO: «Delitos en materia de alimentos», en Enrique BACIGALUPO (Dir.): *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, 1998, pp. 271-272.

(13) Cfr. Günther JAKOBS: *Strafrecht AT*, cit., 1/9. O dicho de otra forma: «La conducta que interesa al Derecho penal no es entonces una simple acción naturalística, sino una conducta que, por no cumplir las expectativas generadas por las relaciones sociales, defrauda a la sociedad...». Cfr. Yesid REYES ALVARADO: «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLV, fascículo III, septiembre-diciembre 1992, p. 951.

(14) Cfr. Günther JAKOBS: *Strafrecht AT*, cit., p. V.

(15) Cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit, pp. 12-13.

defraudación de la expectativa no a un error del expectante, sino del delincuente (16).

Partiendo de la premisa de que ésta es la función propia del Derecho penal, o sea, de la idea de la prevención general positiva como fundamento sistemático, y no de la esencia o de las estructuras de objetos de la dogmática penal, ello no sólo conlleva la ventaja de ofrecer una explicación convincente de para qué sirve en realidad el Derecho penal. También ofrece la ventaja –aunque pueda no parecer tal a primera vista– de conducir a una renormativización de los conceptos penales, lo cual explica, por ejemplo, que en esta concepción, un sujeto no sea aquel que puede ocasionar o impedir un suceso, sino aquel que puede ser responsable por éste. Por lo tanto, manejando este sistema de la teoría del delito no hay por qué mantener que la responsabilidad jurídico-penal tiene necesariamente que limitarse a sistemas psíquicos, es decir, a seres humanos, sino que también puede predicarse de otro tipo de sistemas igualmente autorreferentes y autopoieticos, cuales son las personas jurídicas (17).

En general, partiendo de este enfoque normativo (18), algunos de los problemas que había creado la dogmática penal por no apartar la vista de premisas ontológicas (o estructurales) desaparecen. Así, junto a numerosas armonizaciones en el concepto de culpabilidad, la oposición entre delitos de comisión y de omisión se hace menos tajante. Tanto en los delitos de acción como en los delitos de omisión, la responsabilidad penal puede basarse o bien en competencia por organización o en competencia institucional, siendo ésta distinción la que se

(16) Cfr. JAVIER SÁNCHEZ-VERA: *Intervención omisiva*, cit., p. 34, con referencias bibliográficas.

(17) Para más detalles acerca de cómo es posible mantener esto, cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., pp. 182-184. Como es sabido, los fundamentos teóricos para mantener esta postura afirmativa acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas provienen en gran parte de la teoría de los sistemas autorreferentes y autopoieticos de LUHMANN. Dentro de esta categoría LUHMANN destaca tres clases de sistemas distintos, que son los más importantes según su teoría, y que se corresponden con tres operaciones autopoieticas fundamentales: los sistemas vivos, los sistemas psíquicos y los sistemas sociales. En cada uno de ellos será la vida, la conciencia y la comunicación respectivamente, las formas esenciales de operación que permiten a este autor considerarlos como sistemas autopoieticos. Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., p. 112. Acerca del significado e importancia de los conceptos de autorreferencia y autopoiesis en la obra de LUHMANN, cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 105 y ss., con referencias bibliográficas.

(18) Que no tiene nada de extraño, puesto que la particularidad propia del Derecho como subsistema social es precisamente su aspecto normativo. En este sentido, cfr. Niklas LUHMANN: *Rechtssoziologie*, 3.^a ed., Opladen, 1987, p. 99.

revela como verdaderamente esencial, ya que del estado efectivo de organización del sujeto como *sistema psicofísico* (actuar u omitir) sólo dependen problemas de importancia más bien secundaria (19).

Igualmente, los conceptos de causalidad, poder, capacidad, etc., pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos que designan grados de responsabilidad o competencia. Estos conceptos no ofrecen al Derecho penal modelos de regulación, sino que sólo surgen en el contexto de las regulaciones de Derecho penal. La propia suposición de que al menos tras haber surgido así, el concepto ha de referirse a un *sustrato prejurídico homogéneo* (al ocasionar, al querer, al conocimiento, etc.), se revela como un *malentendido naturalístico*, puesto que los conceptos jurídico-penales no hay que buscarlos antes de la sociedad, sino dentro de la misma (20). Todo lo cual resulta perfectamente lógico, si se parte de la base de que el sistema jurídico, en cuanto tal sistema, es autorreferente y autopoietico, lo cual significa, entre otras cosas, que crea su propio sentido.

A este respecto, Luhmann considera que el Derecho es siempre un «regulador social» y, como sistema autopoietico que es, se estructura a sí mismo por la unidad de la diferencia entre su código y su programa (21). Precisamente, con ello lo que Luhmann quiere poner de

(19) Cfr. en este sentido Günther JAKOBS: *Strafrecht AT*, cit., p. VI; Javier SÁNCHEZ-VERA: *Intervención omisiva*, cit., pp. 18-24, 43 y ss., con abundantes citas bibliográficas; y Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducción del alemán de Manuel CANCIO MELIÁ y estudio preliminar de Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ y Manuel CANCIO MELIÁ, Madrid, 1996, pp. 86-87.

(20) Cfr., si bien sólo refiriéndose al concepto penal de acción, Günther JAKOBS: *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992, p. 12. En sentido análogo, ya Eugen EHRLICH entendía que «(e)l centro de gravedad del desarrollo legal no descansa sobre la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la decisión judicial, sino en la misma sociedad». La cita está tomada de Diego BETANCOR CURBELO: *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, cit., p. 72.

(21) Para LUHMANN un «código» es siempre un código binario, es decir, un esquema compuesto de una diferencia directriz, circunstancia que le permite ordenar todo lo que se presenta ante él según dos alternativas. Dicho de forma más clara: «un código es un esquema general, de elevada abstracción, semejante a una imagen del mundo de tipo dualista». La importancia del código radica en el hecho de que ayuda decisivamente a la orientación de cada sistema en el cumplimiento de su función; así, el código propio del Derecho viene dado por la diferencia *Recht/Unrecht* (lícito/ilícito). Por su parte, el «programa» es lo que trata los «terceros factores» excluidos por el código, estableciendo los criterios de la acción correcta del sistema en relación con las condiciones *externas* del mismo. Por consiguiente, es el programa lo que determina que el Derecho se sensibilice y se haga resonante al entorno, en cuanto fuente de conflictos y problemas que el Derecho debe procesar para mantenerse como sistema positivo. Acerca de todo ello, cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 214-219 y 293-295, con referencias bibliográficas.

manifiesto es que es el propio sistema jurídico el que decide, mediante una operación que se tiene a sí mismo como referencia, lo que resulta relevante para su propio ámbito, el que delimita cuanto es relevante para él. Semejante nivel de clausura hace posible que el Derecho pueda defenderse a sí mismo de la injerencia de otros subsistemas sociales, es decir, hace posible que el ámbito normativo propio del Derecho pueda liberarse de cuestiones de oportunismo político, intereses económicos, desigualdades entre clases sociales, etc. En definitiva, el que el Derecho sea un subsistema autorreferente y autopoietico, y por tanto mantenga este nivel de clausura, es lo que permite hablar de la independencia del Derecho, y que éste sea influyente en la sociedad como conjunto (22).

En resumen, las normas penales incluyen, como reacción en caso de defraudación, el mantenimiento de la expectativa normativa puesto que estabilizan la expectativa por medio de la pena. La pena es la estabilización contrafáctica frente a la defraudación de una expectativa normativa asegurada jurídico-penalmente, estabilización que es necesaria para poder seguir orientándose en sociedad y que tiene lugar mediante la imputación de la defraudación al comportamiento no permitido de un sujeto.

II.B La función de la pena: teoría de la prevención general positiva

De todo lo dicho hasta ahora, que naturalmente requiere ser desarrollado teniendo en cuenta el Derecho penal vigente –es decir, básicamente el Código Penal español (23)–, se desprende una imagen de la pena bastante distinta de la que comúnmente tiene la mayoría de la gente. Aun reconociendo que el injusto es un mal y que el deber de cargar con los «costes» también es un mal, a pesar de ello la pena no debe ser entendida como infligir un mal a causa del mal cometido ya que, como bien dice Jakobs, es absurdo «querer un mal porque ya se

(22) Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 293-294, con referencias bibliográficas. En sentido análogo, cfr. Diego BETANCOR CURBELO: *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, cit., p. 70.

(23) Derecho penal vigente que no es incompatible con el modelo de la teoría del delito descrito, sino que admite ser interpretado de acuerdo con cualquiera de los sistemas dogmáticos al uso, puesto que no hay datos ni en el Código Penal español ni en las leyes penales especiales que indiquen que haya que interpretar el Derecho penal español desde un sólo enfoque (causalista, finalista o funcionalista), con exclusión de los demás.

ha dado otro mal», y con ello lo único que se consigue es legitimar todo el sistema del Derecho penal en base a una premisa irracional, y en cuanto tal, poco científica (24).

Además, esta explicación de la pena como sumar un mal a otro mal sólo sirve para describirla de forma superficial. Frente a ello, la pena debe ser definida de forma positiva, como una demostración de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí que la función específica de la pena consista en la estabilización de la norma lesionada, puesto que la pena no cumple su cometido social dando lugar a un mal, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada (25).

Con lo dicho hasta ahora, también se pone de relieve cómo ha de entenderse la pena en cuanto reacción al conflicto que representa el delito: La pena –al igual que ocurre con la infracción de la norma– no debe ser considerada como un suceso exterior, dado que entonces sólo aparece la sucesión irracional de dos males a la que ya he aludido, sino como algo que también tiene sentido. El sentido o contenido expresivo que tiene la pena es el siguiente: que el contenido significativo del comportamiento delictivo no es determinante como modelo de orientación y que lo determinante sigue siendo la norma.

La ubicación de la infracción de la norma y de la pena en la esfera de lo que tiene sentido, y no en la de las consecuencias externas de la conducta, también suministra la explicación última de por qué no puede ser considerada función de la pena el evitar lesiones de bienes jurídicos. Su función consiste más bien en reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento. La expectativa se dirige a que resulte confirmado como motivo del conflicto la infracción de la norma por el autor, y no la confianza de la víctima en la norma. En todo caso, la pena da lugar a que la norma siga siendo un modelo de orientación idóneo. Por consiguiente, la función de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. El contenido expresivo de la

(24) Y si no, piénsese en la legitimación que pretende dar gran parte de los estadounidenses a la pena de muerte, legitimación que se encuentra profundamente enraizada en esta concepción del «mal por mal» del *ius puniendi* del Estado. Irracionalidad que es hasta cierto punto comprensible cuando es la población la que piensa así. No lo es, sin embargo, si los que caemos en ella somos profesionales que nos dedicamos a la *ciencia* del Derecho penal, puesto que pondría de relieve una incapacidad para distanciarse de las situaciones, a veces personales, de la vida cotidiana, que es incompatible con el nivel de abstracción que requiere el quehacer científico. En este sentido, cfr. Niklas LUHMANN: *Ökologische Kommunikation*, cit., pp. 153 y ss.

(25) Cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., p. 9.

pena radica en una negación, que tiene lugar a costa del infractor, de la desautorización de la norma (26).

Traducido a las categorías propias de la problemática habitualmente denominada «fines o teorías de la pena», esto quiere decir que la negación de la desautorización de la norma por medio de la pena no tiene lugar por sí misma, porque sí, sino porque en la vida social no se puede renunciar a orientaciones garantizadas. Así pues, la pena tiene una función que debe surtir efectos en el nivel en el que tiene lugar la interacción social, y que no se agota en significar algo: la pena debe garantizar las condiciones de tal interacción y, por tanto, su función es *preventiva*.

La garantía de las condiciones que posibilitan la interacción social tiene lugar reafirmando al que confía en la norma en su confianza (27). Sin embargo, la reafirmación no tiene como contenido el que posteriormente nadie más vaya a infringir la norma, porque la pena haga desistir a delinquentes potenciales, ni que el comportamiento futuro del autor del delito vaya a cambiar debido a la ejecución de la pena. Los destinatarios de la norma no son primordialmente algunas personas en cuanto autores potenciales, sino todos, dado que nadie puede renunciar a las interacciones sociales y, por tanto, todos deben saber lo que pueden esperar de ellas. Así pues, en el modelo que Jakobs esboza acerca de la función del *ius puniendi* del Estado de lo que se trata primordialmente es de prevención general positiva, esto

(26) Cfr. Günther Jakobs, *Derecho penal*, cit., pp. 13-14. En sentido análogo, si bien empleando un enfoque mucho más genérico que el de JAKOBS, LUHMANN concede a la negación un valor especial en el desarrollo de los sistemas sociales, ya que toda negación esconde una historia de selección y de relaciones seleccionadas, toda negación tiene en su base un conjunto de posibilidades y relaciones cuyo exceso delimita. Por lo tanto, constituye un instrumento que permite combatir ese exceso de alternativas y, al mismo tiempo, hace posible que podamos vivir con él. En definitiva, la complejidad supondría la exigencia de un nuevo ámbito de racionalidad: una razón radicada en la «diferencia», que es siempre una forma particular de negación. Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 65-66, con referencias bibliográficas.

(27) Lo cual constituye el mecanismo a través del cual el Derecho penal logra cumplir su función de reducir complejidad, que como ya dije es lo que, en definitiva, sirve para justificar su existencia. Esta postura dogmático-penal halla apoyo en la constatación de que, en general, la confianza constituye un elemento de extremada importancia en la formación de sistemas sociales, hasta tal punto que LUHMANN habla de una «autogénesis» de los sistemas sociales a partir de la doble contingencia desde la perspectiva del binomio confianza/desconfianza. Acerca de ello, cfr. Niklas LUHMANN: *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 2.^a ed., Stuttgart, 1973; e Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., p. 253.

es, de prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento de la norma (28).

No obstante, el propio Jakobs admite que, de forma secundaria, la pena puede impresionar de tal modo al que la sufre o a terceros, que éstos se abstengan de realizar hechos delictivos en el futuro. Estos efectos producidos, no por reconocimiento de la norma, sino por miedo, son algo que cabe desear que se dé por añadidura al aplicar la pena, pero la principal función de la pena no radica en provocar tales efectos (29).

Aun así, Jakobs (30) también señala que el hecho de que sea imprescindible desarrollar una teoría para una pena practicable no significa que esa teoría se extienda a todas las fases del proceso punitivo en su totalidad. Por consiguiente, aunque se mantenga que la teoría más idónea para legitimar la pena y, por ende, para servir de soporte funcional al sistema de la teoría del delito, es la teoría de la prevención general positiva, ello no impide que queden huecos necesitados de configuración, huecos que se presentan ante todo en la fase de ejecución de la pena, pero también en el momento de elegir el legislador los marcos penales de cada delito, así como en el momento de la determinación de la pena concreta a aplicar (31). Precisamente para colmar las lagunas antedichas no cabe recurrir más que a la idea de la prevención especial, que de este modo opera como una teoría de la pena subsidiaria.

(28) Hay que señalar que JAKOBS no es el único miembro de la doctrina penal que defiende la idea de la prevención general positiva como principal fin de la pena y criterio rector del sistema de la teoría del delito. Dentro de esta corriente, cfr. Peter NOLL: «Schuld und Prävention unter der Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts», en *Festschrift für Hellmuth Mayer*, 1966, pp. 219 y ss.; Winfried HASSEMER: «Generalprävention und Strafzumessung», en HASSEMER/LÜDERSEN/NAUCKE (Eds.): *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt am Main, 1979, pp. 29 y ss.; del mismo: «Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht», en HASSEMER/LÜDERSEN/NAUCKE (Eds.): *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften*, Heidelberg, 1983, pp. 39 y ss.

(30) *Derecho penal*, cit., pp. 35-36.

(31) Esta afirmación tomada de JAKOBS también ayuda a explicar por qué las críticas formuladas contra su concepción de la culpabilidad en el sentido de que tiende a vaciar de contenido el concepto de culpabilidad penal, sólo son certeras si se entiende que la idea de prevención general positiva constituye el único criterio a tener en cuenta a la hora de analizar la culpabilidad. Sin embargo, estas críticas son rebatibles si se tiene en cuenta que la culpabilidad debe desempeñar dos funciones diversas: por una parte, debe determinar bajo qué condiciones puede un sujeto responder penalmente de su acción típica y antijurídica, y por otra, constituye un aspecto decisivo para la individualización de la pena, momento respecto del cual JAKOBS es el primero en reconocer que es necesario recurrir a otro criterio, cual es el de la preven-

En todo caso, debe quedar claro que las críticas formuladas por este autor contra la prevención especial como fundamento funcional de la pena y, por ende, del Derecho penal, no tienen como finalidad el «descalificar el proceso de adaptación social, sino sólo la absolutización de esa adaptación» (32). Por tanto, y a pesar de lo que algunos miembros de la doctrina penal parecen creer, también Jakobs reconoce que la prevención especial constituye una estrategia alternativa para la solución del conflicto que desencadena el delito (33).

Lo único que ocurre es que opina que el marco disponible para ello es más bien estrecho, sobre todo porque, si no se quiere incurrir en una especie de adoctrinamiento de los presos más propia de un campo de prisioneros que de un sistema penitenciario moderno, la prevención especial no puede superar los límites de lo que supone liberar a la persona en cuestión de taras *especiales*, lo que rara vez podrá realizarse sin la colaboración del autor (34). En definitiva, de lo que se trata es de evitar caer en un progresismo mal entendido, puesto

ción especial. Acerca de esta cuestión, relacionada con la posibilidad de afirmar la culpabilidad de una persona jurídica, cfr. Beatriz de la GÁNDARA: «El sujeto del Derecho penal económico y la responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas: Derecho vigente y consideraciones de *lege ferenda*», en Enrique BACIGALUPO (Dir.): *Curso de Derecho penal económico*, cit., pp. 62 y ss.

(32) Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., p. 33.

(33) De ahí que el modelo funcionalista basado en la idea de la prevención general positiva elaborado por JAKOBS no sea incompatible con la existencia en nuestro ordenamiento jurídico del artículo 25.2 CE, el cual establece que las «penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social». Y es que esta disposición no implica en absoluto que la función social primordial que desempeña el Derecho penal tenga que ser la prevención especial, ya que la única interpretación realista que cabe hacer de la misma es entender que sólo contiene una idea de carácter programático, en el sentido de que debemos procurar fomentar este aspecto funcional de la pena y, en general, del Derecho penal, en la medida de lo que sea posible. Así, por ejemplo, promoviendo respuestas al delito que no se limiten al concepto clásico de pena, sino que ocupen un lugar intermedio entre la pena en sentido estricto y la medida de seguridad, como puede ser la reparación, no en sentido civil, sino como consecuencia jurídica de carácter netamente penal. Acerca de las posibilidades que ofrece la reparación como alternativa a la pena, cfr., entre otros muchos trabajos, Claus ROXIN: «Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke», en SCHÖCH (Ed.): *Wiedergutmachung und Strafrecht*, München, 1987, pp. 37 y ss.; A. ESER/G. KAISER/K. MADLENER (Eds.): *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg i.Br., 1990; AAVV: *Proyecto alternativo sobre reparación penal*, traducción del alemán de Beatriz de la GÁNDARA, Buenos Aires, 1998; Beatriz de la GÁNDARA: «La reparación y su regulación en el actual Código Penal», en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de ICADE*, núm. 42, septiembre-diciembre 1998, pp. 87 y ss.

(34) Cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., pp. 33-34.

que no es precisamente el Derecho penal el instrumento más idóneo para resolver los conflictos sociales que suelen constituir los factores determinantes del delito.

Finalmente, también hay que tener en cuenta que la pena debe ser un instrumento idóneo para cumplir su finalidad preventiva, de forma tal que si en el caso concreto no lo es, entonces la pena en cuanto reacción frente a la infracción de la norma no es necesaria. En estos supuestos, por tanto, el principio de proporcionalidad opera como criterio que justifica renunciar a la aplicación de una pena, y recurrir a los llamados sustitutivos de la pena. Por consiguiente, es la idea de proporcionalidad, principio que goza de rango constitucional, lo que en realidad permite mantener el postulado de la intervención mínima o subsidiariedad del Derecho penal, y no la teoría del bien jurídico (35).

De todo lo dicho hasta ahora se desprende que el contenido y la función de la pena no se pueden configurar (ni siquiera limitándose a la pena estatal) con independencia de la existencia del orden social *concreto* en el que se pune, ni de la comprensión de su sentido. No obstante, y a modo de resumen, lo que sí es posible es entresacar las notas comunes a toda pena que realmente lo sea. La pena siempre constituye una reacción frente a una infracción de la norma. Mediante la reacción siempre se demuestra que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma. Por consiguiente, una vez más se trata de una problemática normativa: de la atribución o imputación de un suceso socialmente perturbador a quien ha de soportar aquellos costes que son necesarios para eliminar la perturbación social (36).

Hasta aquí la explicación de cuál es la postura que defiende Jakobs acerca de para qué sirve y, por tanto, qué es el Derecho penal, es decir, de la concepción funcionalista del sistema de la teoría del delito que propugna Jakobs.

III. LOS FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO DE JAKOBS

Por lo que se refiere al origen de los fundamentos del sistema de la teoría del delito esbozado por Jakobs, es posible preguntarnos si

(35) Cfr. Günther JAKOBS: *Strafrecht AT*, cit., 1/12 y ss., 2/26 y ss.; y Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ: «La proporcionalidad de la norma penal», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, septiembre-diciembre 1998, pp. 162-163 y 175-176.

(36) Cfr. Günther JAKOBS: *Strafrecht AT*, cit., 1/2.

éstos proceden de algunas de las propuestas formuladas por su maestro Hans Welzel, o si por el contrario, la teoría del delito desarrollada por Jakobs tiene un carácter más rupturista al adoptar premisas más modernas y bastante menos ortodoxas que las empleadas por Welzel. Como ya señalé al comienzo de este artículo y he procurado poner de manifiesto a lo largo del mismo, yo opino que, con independencia de la natural influencia que haya ejercido en el pensamiento de Jakobs la figura de su maestro, gran parte de las premisas de las que parte para elaborar su sistema de la teoría del delito se hallan claramente contenidas en la teoría sociológica de Luhmann.

Sin embargo, ésta es una cuestión abierta a debate, como ponen de manifiesto las reflexiones acerca de la teoría de la imputación objetiva de Jakobs que formulan Manuel Cancio y Carlos Suárez, los cuales parecen tener gran interés en insinuar que Jakobs, a la hora de construir su sistema de la teoría del delito, se inspira en algunos de los planteamientos dogmático-penales de su maestro Welzel, tales como por ejemplo la idea de la adecuación social (37).

Aunque esta pretensión —como ya he indicado— seguramente contenga cierta parte de verdad, no obstante, me parece evidente examinando lo que dice el propio Jakobs (38), y aún más consultando las fuentes que él cita (39), que la idea directriz de su modelo de la teoría del delito —la idea de la prevención general positiva— está mucho más cercana a las teorías de Luhmann que a las de Welzel, es decir, que a la hora de explicar cuál es la verdadera función del Derecho penal, Jakobs está mucho más «influenciado» por las teorías de Luhmann que por los planteamientos de Welzel.

(37) En este sentido afirman que «(e)s éste uno de los ámbitos en los que JAKOBS ha manifestado en ocasiones la pretensión de enlazar en su dogmática con la obra de su maestro WELZEL, rescatando la vertiente normativa expresada en un primer momento por WELZEL, antes de la subjetivización del finalismo, para la dogmática del tipo mediante la formulación original de (la) teoría de la *adecuación social*». Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducción del alemán de Manuel CANCIO MELIÁ y estudio preliminar de Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ y Manuel CANCIO MELIÁ, Madrid, 1996, p. 59, nota 110. En sentido análogo, cfr. Winfried HASSEMER/Francisco MUÑOZ CONDE: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, 1989, p. 100, si bien este último autor señala que JAKOBS considera «su posición más próxima a la teoría sistémica...».

(38) Vid. *Infra*.

(39) Cfr. la bibliografía citada en Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., Libro 1, Capítulo 1, Sección 1, donde cita a N. LUHMANN: *Rechtssoziologie Vol. I y II*, 1972, sin mencionar para nada a WELZEL; y Libro 2, Título 1, Capítulo 1, Sección 6, donde también cita a N. LUHMANN: *Soziologische Aufklärung Vol. III*, 1981, aunque aquí sí cita a WELZEL. Cfr. también la bibliografía citada en Günther JAKOBS: *Strafrecht AT*,

Corroborando lo que acabo de afirmar, los autores en cuestión admiten que «Jakobs parte de la idea rectora de concebir el injusto como expresión de sentido incompatible con la norma; el lado objetivo del injusto significa la constatación de una “perturbación social”, o sea, una expresión de sentido que ha de entenderse en sentido general, en cuanto expresión de sentido del portador de un rol, como contradicción de la vigencia de la norma en cuestión» (40). Como expondré a continuación, todo esto recuerda mucho más a Luhmann que a la teoría de la adecuación social de Welzel, con independencia de que ambos planteamientos no sean incompatibles, ya que está claro que la terminología «expresión de sentido» no es privativa de Luhmann. Por lo tanto, lo que pretendo demostrar es que, aunque puedan «apreciarse similitudes en la línea fundamental de Welzel con la teoría desarrollada por Jakobs» (41), pueden apreciarse bastantes más en las líneas fundamentales esbozadas por Luhmann en su teoría de los sistemas sociales.

A continuación procederé a exponer cuáles son los argumentos que esgrimo a favor de lo que acabo de afirmar. En primer lugar, Cancio y Suárez afirman, creo que de forma certera, que Jakobs parte del «presupuesto de que al injusto le es esencialmente necesaria una medida objetiva, pues las normas se configuran como estándares de comportamiento, de manera que los miembros de la comunidad puedan orientarse recíprocamente por ellas... De ahí que lo objetivo aquí signifique, en la afortunada expresión de Mir Puig, “intersubjetivo”. Debiera por tanto rehuirse de la pretensión de construir la objetividad, en el ámbito penal, partiendo de perspectivas ontológicas, desconocedoras de la fenomenología espacio-temporal concreta, y que no atiendan a la perspectiva del observador con los conocimientos de los que dispone» (42).

Sin embargo, está claro que Welzel parte de perspectivas ontológicas, puesto que es considerado, con razón, como el «padre» del sistema finalista de la teoría del delito, y este sistema parte de premisas de carácter ontológico (43). Precisamente, es Luhmann –aunque no

cit., 1/5 y ss., 1/11, 6/43 y ss, donde aparecen abundantes referencias a las obras de Niklas LUHMANN.

(40) Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 59-60.

(41) Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 60, nota 110.

(42) Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 66.

(43) En este sentido, cfr. Enrique BACIGALUPO: *Principios de Derecho penal, Parte General*, 4.ª ed., Madrid, 1997, p. 134.

sólo él, por supuesto— el que se enfrenta a la perspectiva ontológica clásica que busca paralelismos entre concepto y realidad, rechazando pues las formas tradicionales del pensamiento occidental, en tanto se encuentran basadas en una ontología de la unidad (44).

Frente al pensamiento ontologicista, Luhmann se erige como un defensor del funcionalismo —si bien critica la tradición funcionalista clásica y, en especial, la versión que Parsons ha transmitido del funcionalismo, apostando por lo que él denomina *estructuralismo funcional*— puesto que es el análisis funcional el que permite invertir los presupuestos de la ontología clásica propia del «viejo pensamiento europeo» (45), al disolver el concepto clásico de sustancia en funciones, haciendo posible de este modo la comparación (46).

En segundo lugar, en su estudio de la concepción de Jakobs de la imputación objetiva, Suárez y Cancio también afirman que «en realidad, la cuestión estriba en definir cuál es el sujeto “cuyo comportamiento ha de pasar el filtro de la imputación objetiva antes de que se subjetivice la imputación”; sólo si el sujeto se define de modo normativo, a través del rol social que desempeña, podrá sostenerse que éste es destinatario de expectativas generales, y que por tanto realiza comportamientos que se interpretan de modo objetivo-general. En todo caso, el

(44) Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 84-85.

(45) *Casualmente*, la obra que SUÁREZ y CANCIO citan en Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 61, nota 113, como intervención en la que JAKOBS afianza la evolución de sus posturas, se titula *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und «alteuropäischem» Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des «alteuropäischen» Strafrechts?* (título que podría traducirse como *El Derecho penal entre el funcionalismo y el «viejo pensamiento de principios europeo»*). O: ¿Despedida del «viejo Derecho penal europeo»?; lo cual admito que no suena muy bien en español, pero lo que busco aquí no es la perfección estilística, sino una traducción literal, para que nadie me acuse de manipular las palabras empleadas por JAKOBS según mi conveniencia), lo cual es un título demasiado parecido a la terminología que emplea LUHMANN para expresar su vehemente rechazo a la tradición intelectual que procede de la Ilustración como para creer que se trata de una mera coincidencia, sobre todo teniendo en cuenta que en la vida casi nada es casual.

(46) En este sentido, cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 100-105 y 89-90, con abundantes referencias bibliográficas del propio LUHMANN. También es preciso subrayar que el uso de la teoría de sistemas no supone compromiso alguno con la ontología heredada del «viejo pensamiento europeo» que LUHMANN rechaza, puesto que él concibe la teoría de sistemas como un instrumento de observación, nunca como una teoría de los objetos en el sentido de la ontología clásica. Por lo tanto, LUHMANN lo que emplea como instrumento conceptual es una versión particular de la teoría de sistemas que él denomina «teoría de sistemas estructuralista funcional», la cual se origina por la unión de la teoría clásica de sistemas con el estructuralismo funcional propugnado por este autor. Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 141 y ss.

planteamiento en términos de “objetivo” y “subjetivo” es, al menos, incompleto desde la perspectiva de la concepción de Jakobs, si se considera que para este autor la imputación objetiva consiste en la *interpretación*, en cuanto acto de comunicación, de un comportamiento» (47).

Pues bien, si aceptamos, como yo lo hago, que la descripción que hacen estos autores de la concepción de Jakobs es correcta, resulta muy difícil negar —por mucho que el propio Jakobs haya afirmado que «Welzel realizó los “trabajos preparatorios” para la moderna teoría de la imputación objetiva con la idea de la adecuación social» (48)— que toda esta concepción con lo que enlaza directamente es más bien con la idea de sustituir el concepto tradicional de acción social por el concepto de comunicación enraizado en el principio o teorema de la doble contingencia (49), como componente esencial de los sistemas sociales, que es justamente lo que propugna Luhmann (50).

Es decir, que en la obra de Luhmann la teoría de la acción queda integrada en una teoría de la comunicación, al considerar que toda acción verdadera es, en realidad, una comunicación, si bien sólo la acción estructurada según el teorema de la doble contingencia puede ser considerada como comunicación, o sea, como verdadera acción. Por ello, los fines e intereses del planteamiento clásico de la acción son sustituidos por *expectativas*, ya que la estructura de la sociedad como sistema se compone de expectativas generalizadas de conducta (51).

Así, la teoría de la comunicación constituye un elemento central en la obra de Luhmann, hasta tal punto que el rasgo esencial de su teoría de la sociedad no puede entenderse sin advertir que la sociedad es el sistema de todas las comunicaciones posibles (52), y que es la

(47) Cfr. Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 67.

(48) Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 59, nota 110, con referencias bibliográficas.

(49) Principio o teorema de la doble contingencia que ya recibió una formulación explícita en la obra de Talcott PARSONS. De ella parte LUHMANN, si bien no acepta la solución propuesta por PARSONS, ya que no admite la existencia de una referencia que, como es el caso del «sistema simbólicamente compartido», anule la apertura inaugurada por el teorema de la doble contingencia, sino que insiste en mantener la contingencia radicalmente abierta. Cfr. acerca de todo ello, Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 240 y ss.

(50) Cfr. Niklas LUHMANN: *Soziale Systeme*, cit., pp. 152 y ss.

(51) En este sentido, cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 81-82, 155, 220, y 243-244.

(52) Si bien hay que tener presente que LUHMANN no se refiere a cualquier tipo de comunicación, ya que lo que afirma es que la sociedad se compone de comunicaciones *significativas*, o sea, de comunicaciones *con sentido*. Cfr. Niklas LUHMANN: *Ökologische Kommunikation*, cit., p. 63.

comunicación lo que diferencia a los sistemas sociales de otro tipo de sistemas: *la comunicación –y su atribución como acciones–* es el modo propio de operación por el que los sistemas sociales son lo que son (53).

Por último, Suárez y Cancio no dudan en afirmar que: «Igual que el reproche individual de culpabilidad se halla teñido de socialidad en la concepción de Jakobs, con más fuerza aún este sector del injusto –el lado objetivo del hecho–, concebido como expresión objetiva de un quebrantamiento de la norma penal, es decir, como perturbación social, viene determinado por la interacción social, concretamente, por la *función* que para Jakobs todo el sistema de la imputación penal ha de cumplir en sociedad: la de posibilitar la orientación en el mundo social garantizando las expectativas de comportamientos esenciales» (54).

Y el que Jakobs opine así de lo que surge claramente es de la consideración de la función que debe desempeñar el Derecho penal en cuanto subsistema y manifestación de la diferenciación funcional que opera en su seno la propia sociedad como modo de reducción de complejidad (55). En este mismo sentido, y como ya quedó indicado anteriormente, Luhmann considera que el Derecho, en su conjunto, es un subsistema que la sociedad diferencia para ordenar un ámbito específico de comunicaciones, y que la particularidad propia del Derecho como sistema social es su aspecto normativo, puesto que el Derecho delimita un ámbito en el que se tratan las expectativas normativas de conducta y su generalización (56).

Por otra parte, es Luhmann quien aborda el problema central de la legitimación de las normas jurídicas partiendo de las ideas de procedimiento y, en menor medida, de «institucionalización», las cuales constituyen mecanismos que contribuyen a construir esta legitimidad de un modo interno, puesto que la legitimación es una construcción interna del propio Derecho. Y la «institucionalización supone siempre la generalización de expectativas que llevan al establecimiento de consenso, de modo que puede ser reducida la complejidad de la acción social» (57).

(53) Cfr. en este sentido, Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., p. 203 y el propio Niklas LUHMANN: *Soziale Systeme*, cit., pp. 240-241.

(54) Cfr. Günther Jakobs: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 81-82.

(55) Vid. *supra* II.A.

(56) Cfr. en este sentido, Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., p. 293.

(57) Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 295-296.

De todas formas, y por si aún queda alguna duda acerca de la profundidad de la ruptura respecto de las posturas mantenidas por su maestro, Welzel, que protagoniza Jakobs al diseñar su sistema de la teoría del delito, creo que resulta muy elocuente lo que dice este autor acerca de su propia obra. Así, en el Prólogo a la primera edición de su Tratado, Jakobs (58) reconoce que: «La obra comienza aludiendo a Welzel, es decir, a su teoría de que el Derecho penal ha de proteger “valores ético-sociales positivos de acción”... ».

No obstante, y a continuación, Jakobs afirma sin ambages que: «*Aquí se apartan los caminos*. La dogmática penal ontologicista se quiebra, y ello más *radicalmente* de lo que nunca se ha constatado conscientemente. No sólo los conceptos de culpabilidad y acción..., a los que la dogmática penal siempre ha atribuido de forma expresa una esencia o... una estructura (lógica-objetiva, prejurídica), se convierten en conceptos de los que no cabe decir absolutamente nada sin tener en cuenta la función del Derecho penal, sino que incluso el *concepto de sujeto* de la imputación penal se manifiesta como un concepto *funcional*».

Constatado esto, sólo cabe preguntarnos si quizás Jakobs ha cambiado de opinión desde la fecha en que se publicó la primera edición de su Tratado, de forma tal que últimamente su obra haya experimentado un giro en la dirección de pretender enlazar de alguna forma con las teorías de su maestro Welzel. Sin embargo, todos los indicios apuntan a que, lejos de ello, con el paso del tiempo Jakobs no hace sino reafirmarse en el camino que ha emprendido de forma cada vez más decidida. En este sentido, Jakobs aprovecha el Prólogo a la segunda edición de su Tratado para manifestar, de forma casi lapidaria, que «(s)e ha proseguido, sin modificarlo, el programa de la primera edición: El mundo conceptual jurídico-penal ha de organizarse con arreglo a la función social del Derecho penal y no conforme a datos previos naturales o de cualquier otra clase ajenos a la sociedad» (59).

Por lo tanto, afirmar que cuando Jakobs mantiene que «el concepto de bien jurídico no es suficiente... para describir el sistema del Derecho penal vigente en la actualidad, que en su opinión tiene también un fuerte componente institucional, en el sentido de que protege las condiciones de interacción, las normas sociales básicas mismas», lo que pretende es enlazar «con su maestro Welzel, concretamente,

(58) *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin-New York, 1983, p. V. La cursiva es mía.

(59) Cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., p. VII.

con la conocida reformulación “funcional” del bien jurídico» (60), resulta más que discutible, porque en realidad todo esto lo que denota es una clarísima influencia de Luhmann.

El pretender «quitarle hierro al asunto», es decir, encubrir la radicalidad que encierra la propuesta dogmático-penal de Jakobs insinuando que no es más que una prolongación de las posturas mantenidas por Welzel –penalista considerado hoy un clásico y, en cuanto tal, poco polémico, puesto que sus posturas o planteamientos básicos ya son aceptados en todo o en parte por la doctrina penal dominante en España– me parece que, en el fondo, es hacerle un flaco servicio a Jakobs, ya que no veo cuál es la ventaja de intentar que sus propuestas sean aceptadas disfrazándolas de algo menos nuevo, menos radical, pero por ello mismo menos estimulante y menos sugere de lo que realmente son.

En consecuencia, considero que lo más honesto, y también práctico, es exponer con claridad que, aun reconociendo su calidad de discípulo de Welzel, Jakobs va mucho más lejos que su maestro y enlaza con el enfoque sociológico propuesto por Luhmann, el cual no por controvertido desmerece en absoluto como intelectual comparado con Welzel, y además tiene la ventaja de escribir acerca de la sociedad actual y no partiendo de premisas que cada vez hallan más dificultades para describir el mundo en el que nosotros vivimos.

A propósito de todo ello, también me gustaría aprovechar la ocasión para señalar que el beber en las fuentes del pensamiento hegeliano no es privilegio privativo ni de Welzel ni de Jakobs, sino que por el contrario es una fuente en la que han bebido, de una u otra forma, gran parte de los pensadores del siglo xx, entre los cuales también se encuentra el propio Luhmann. Por lo tanto, el que Jakobs invoque a Hegel tampoco puede constituir un dato que sirva para demostrar que existe un enlace directo entre su pensamiento y el de Welzel (61), puesto que también puede ser utilizado para destacar las similitudes entre el pensamiento de Jakobs y Luhmann.

A tal efecto, debe tenerse presente, no ya que Niklas Luhmann recibió el Premio Hegel en 1988, lo cual demuestra en todo caso su valía como intelectual, pero no necesariamente que exista alguna coincidencia entre su pensamiento y el de Hegel, sino el método seguido por Luhmann al elaborar su obra y algunas de las ideas direc-

(60) Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 83-84.

(61) Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 78, nota 159.

trices que maneja en ella, método e ideas directrices que también son empleados por Jakobs.

Por lo que se refiere al método de trabajo, Luhmann parece haberse impuesto a sí mismo el dictado de Hegel de seguir el «esfuerzo del concepto», o sea, el duro camino de la abstracción, ya que este autor entendía que «la verdadera abstracción es la única que permite entender y transformar lo que se considera concreto, aunque para ello, deba vivirse –como quería Hegel– un verdadero “Viernes Santo” especulativo» (62). En lo relativo a lo segundo, una de las ideas directrices de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann es el principio o teorema de la doble contingencia, teorema que como ya he señalado toma de Parsons aunque no acepte su versión del mismo, y que ya puede descubrirse, si bien desde otra perspectiva, en algunas deducciones hegelianas, como es la dialéctica del señor y del siervo en la *Fenomenología del Espíritu* (63).

Por lo demás, creo que la obra de Carlos Suárez y Manuel Cancio explica de forma muy atinada y comprensible las líneas maestras, no sólo de la imputación objetiva, sino de toda la concepción de la teoría del delito de Jakobs. Y en lo que sí estoy totalmente de acuerdo con ellos es en que la obra de Jakobs «pone de manifiesto la coherencia interna del sistema dogmático –que, desde luego, bien merece esta denominación– desarrollado por su autor» (64).

(62) Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 313-314.

(63) Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., p. 244, nota 52.

(64) Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 88