

Facticidad y normatividad

Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal (*)

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Derecho penal y ciencias sociales. Facticidad, normatividad y el riesgo de la falacia naturalista.–II. Criterios de legitimación: racionalidad instrumental y racionalidad valorativa.–III. Facticidad y normatividad en el funcionalismo sociológico.–IV. La racionalidad sistémica. Consideraciones críticas.–V. Persona y comunidad.–VI. Derecho como medio para el orden social *versus* Derecho como orden social.–VII. Crítica a la comprensión de Jakobs de la Dogmática.–VIII. Consideraciones finales sobre la introducción de las ciencias sociales en la argumentación jurídico-penal.

I. DERECHO PENAL Y CIENCIAS SOCIALES. FACTICIDAD, NORMATIVIDAD Y EL RIESGO DE LA FALACIA NATURALISTA

1. Desde el momento –en absoluto reciente– en que el Derecho penal deja de concebirse como vehículo de un deber ser absoluto y apriorístico, y se asume su esencia instrumental como razón de ser y de actuación del mismo, las consecuencias fácticas que el Derecho

(*) Una versión anterior de este artículo ha aparecido en la revista jurídica argentina *Nueva Doctrina Penal*, en el segundo número de 1998.

penal produce en su entorno pasan a convertirse en objeto primordial de análisis y recepción. Ello se produce en dos planos esenciales. En primer lugar, la caída del muro que separa la dogmática de la política criminal, impone a la primera el carácter de ciencia práctica, la cual no puede, por tanto, desatender los datos que la realidad aporta y los objetivos y consecuencias a que el Derecho penal aboca a la hora de construir el sistema categorial y conceptual del delito. En segundo lugar, la noción de la pena y del Derecho penal como un medio para satisfacer determinados objetivos materiales obliga a una permanente labor de comprobación del cumplimiento efectivo de los mismos, así como a una atención a eventuales consecuencias no previstas o asumidas normativamente.

2. La legitimación de la pena como *relativa ad effectum* responde, a partir de las premisas anteriores, a una justificación basada en criterios de racionalidad utilitarista (1), entendido este utilitarismo no tanto en referencia a su vertiente normativa, tomado como la doctrina que aspira al bien concreto de la satisfacción del mayor placer o felicidad para el mayor número, sino más bien a su vertiente metaética, concebido así, más genéricamente, como una teoría *consecuencialista* (2), como una «ética del resultado», según la cual lo correcto se determina a partir del balance de costos/beneficios que la acción o la institución produce con respecto a un bien o fin determinado (3); bien o fin que en materia de pena será la prevención general, entendida en sentido am-

(1) Ello, asumido como un axioma de razón práctica por la irrupción de la modernidad ilustrada, es unánimemente aceptado en la actualidad. Cfr., por ejemplo, RAWLS, «Zwei Regelbegriffe», en *Einführung in der utilitaristische Ethik*, Höffe (edit.), München, 1975, p. 97; HART, «Introducción a los principios de la pena», en *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Betegón/De Páramo (edit.), Barcelona, 1990, p. 164; NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, 1991 (4.ª ed.), pp. 428 ss.; FLECHER, «Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht», *ZStW* 101 (1989), p. 809; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 183; SCHUNEMANN, «Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva», en *Política criminal nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (edit.), Barcelona, 1997, p. 94.

(2) Sobre la caracterización del utilitarismo como una teoría consecuencialista, cfr. PETIT, «El consecuencialismo», en *Compendio de ética*, Singer (edit.), Madrid, 1995, pp. 323 ss. El término «consecuencialismo», en la filosofía moral, procede de G. E. M. Anscombe (Cfr. SUÁREZ VILLEGAS, *¿Hay obligación moral de obedecer al Derecho?*, Madrid, 1996, p. 44, nota 1).

(3) Sobre la concepción del utilitarismo como una «ética del resultado», cfr. WILLIAMS, *Begriff der Moral. Eine Einführung in die Ethik*, Stuttgart, 1986, pp. 91 ss. La indudable proximidad del utilitarismo con el análisis económico del Derecho es puesta de manifiesto, por ejemplo, por NINO (nota 1), p. 401; RAHMSDORF, «Ökonomische Analyse des Rechts (ÖAR). Utilitarismus und die klassische deutsche Philosophie», *Rechtstheorie* 18 (1987), pp. 487 ss.

plio (4). El análisis empírico va, entonces, indisolublemente unido a toda racionalidad utilitarista (5), hasta el punto de que desde los resultados de dicho análisis puede llegar a deslegitimarse el fin propuesto de la pena: si, rechazada la justificación absoluta de la pena, sólo la pena útil es la pena legítima, la misma habrá de justificarse, en primer lugar, a partir del hecho fáctico de que es efectiva en orden a dicha utilidad, de que cumple, en el plano de la realidad fáctica, los fines normativamente dispuestos (6).

3. Dicha asunción del Derecho penal como un instrumento social «orientado a las consecuencias», lo que ha llevado a la introducción de consideraciones político-criminales en el ámbito del trabajo dogmático, así como el sometimiento de la justificación normativa sobre la pena y sus fines y sobre el Derecho penal a su validación o «falsación» empírica, ha motivado la irrupción de las llamadas ciencias sociales –criminología, psicología, antropología, sociología– en el ámbito de investigación y comprensión del mismo, hasta el punto de que ha llegado a hablarse de un cambio de paradigma, trasladándose el tratamiento de dichas instituciones desde una perspectiva normativa a una descriptivo-analítica; deslizándose, por tanto, la argumentación desde el plano del deber ser al del ser (7). Y es quizá en el ámbito de los fines de la pena y del Derecho penal donde más se ha hecho sentir la influencia del método y análisis propios de las ciencias sociales. Más en concreto, puede afirmarse que la actual teoría de la prevención general positiva, si bien algunas de sus líneas esenciales pueden reconducirse a consideraciones filosófico-políticas, se ha conformado al amparo del arsenal empírico y conceptual ofrecido por las ciencias sociales, en especial a partir del psicoanálisis y de la teoría sociológica

(4) Es decir, entendida ampliamente como fin de evitación de conductas dirigido hacia la generalidad de los ciudadanos, sin entrar a determinar el modo en que dicho fin se lleva a cabo. En otras palabras, a lo que va referido el texto es al nivel de justificación genérica de la institución social «pena», sin entrar en lo relativo a la legitimación de los fines que se predicen de la misma. Un concepto similar en PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1990, p. 222.

(5) Lo pone de manifiesto, por ejemplo, WOLF, *Verhütung oder Vergeltung? Einführung in ethische Strafrechtstheorien*, 1992, p. 40.

(6) En este sentido, afirman NEUMANN/SCROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt, 1980, p. 1, que la teoría preventiva de la pena y el mismo Derecho penal se presentan como disciplinas *normativas* asentadas sobre una base *empírica*.

(7) Así, NEUMANN/SCHROTH (nota 6), p. 122; similar, PÉREZ MANZANO (nota 4), pp. 38: «Derecho penal como ciencia social».

del funcionalismo estructuralista y su versión más actual, la teoría sistémica (8).

4. No obstante, la interrelación y relativización entre la facticidad y normatividad, entre lo que son teorías descriptivas y teorías prescriptivas de la pena, se enfrenta a una objeción metodológica que ya pusiera de relevancia Hume, denominada generalmente *falacia naturalista*, la cual establece la imposibilidad de derivar, en la argumentación lógica, el deber ser del ser, es decir, de obtener criterios normativos a partir de premisas fácticas (9). Recurramos a un ejemplo enmarcado en el Derecho penal para aclarar los contornos de dicho concepto. Como es sabido, con Welzel se traslada por primera vez el dolo a la categoría de la antijuridicidad. Pero el aspecto subjetivo de la acción, convertido en desvalor del acto, no sólo pasa a formar parte de lo injusto, sino que se eleva a objeto de (des)valoración por excelencia, convirtiéndose el desvalor de resultado, la lesión del bien jurídico, en elemento secundario y dependiente del primero, hasta el punto de admitir el autor alemán delitos en los que no se da un *Sachverhaltsunwert* (desvalor de resultado y desvalor de peligrosidad de la conducta) (10). Pues bien, el merecimiento de pena de dicho desvalor de acción subjetivo no puede comprenderse como una consecuencia derivada desde la metodología ontologicista asumida por el finalismo, sino desde una instancia axiológica valorativa (11). Ello es así, porque la derivación del merecimiento de pena del desvalor del acto a partir del mero dato ontológico de la esencia final de la acción conllevaría una

(8) Cfr. NEUMANN/SCHROTH (nota 6), pp. 88 ss. y 98 ss.; PÉREZ MANZANO (nota 4) pp. 40 ss. y 43 ss.

(9) Cfr., sobre ello, FRANKENA, *Analytische Ethik. Eine Einführung*, Nördlingen, 1994 (4.ª ed.), p. 117 ss.; HOERSTER, *Problemas de ética normativa*, México, 1992, pp. 9 ss. (exposición de la tesis de Hume en p. 10); en el ámbito de la teoría de la pena, vid. PÉREZ MANZANO (nota 4) p. 220; FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995, pp. 214, 220; SILVA SÁNCHEZ (nota 1), p. 97.

(10) WELZEL, «Studien zum System des Strafrechts», en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pp. 137 ss., nota 30 (p. 138-139), p. 148.

(11) No le falta razón a SILVA SÁNCHEZ, «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites», en *Política Criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (edit.), Barcelona, 1997, pp. 18, cuando afirma que, en realidad, la metodología teleológica «(en su sentido más amplio: orientación de la elaboración doctrinal de la teoría del delito a la obtención de ciertas finalidades «prácticas» en relación con la persecución de la criminalidad) siempre se ha dado, incluso cuando se declaraba que el sistema se construía en virtud de razonamientos puramente deductivos a partir de axiomas incontestables (pertenecientes a una determinada ontología) —esto es, de modo “ciego”—. Y si ese *modus operandi* se ha dado siempre, es porque resulta muy difícil negar que todo el Derecho penal nace precisamente de exigencias de política criminal». Cfr. también la nota 13.

falacia naturalista, puesto que se deduciría una decisión normativa: merecimiento de pena de la intención manifestada, de una premisa fáctica, de una «estructura lógico-objetiva» perteneciente al mundo del ser: comprensión final de la acción humana. Dicha decisión normativa, como tal, sólo puede inferirse lógicamente de otra decisión normativa. Así, en Welzel, la afirmación de que «la conducta prohibida contraria a la ética social [*sozialunetische*] (y no la lesión de un bien jurídico) es el contenido genérico de desvalor de toda norma» (12), es decir, la prioridad desvalorativa de la intención manifestada frente al resultado lesivo, se deduce directamente del fin que Welzel atribuye al Derecho penal, consistente en el mantenimiento de los valores ético-sociales del acto en la conciencia social, según el cual el merecimiento de pena no vendrá determinado por la lesión o peligro al bien jurídico, sino ya por acciones que manifiesten socialmente un quebrantamiento de los valores plasmados en las normas de conducta y que, por ello, pongan en tela de juicio el «poder espiritual» del Derecho (13).

5. En el ámbito de la teoría de la pena o del fin del Derecho penal, debe prestarse asimismo atención a la distinción entre las bases argumentativas propias de las ciencias sociales, en las que domina la facticidad, y las de la ciencia jurídico-penal, ámbito propio de la normatividad. La contraposición entre los conceptos de *fin* y *función* permite resaltar tales diferencias. Así, las ciencias sociales permiten la constatación empírica del espectro de efectos que, de facto, produce la pena en el entorno social [«funciones», en sentido lato (14)], pero

(12) WELZEL (nota 10) pp. 138-139, nota 30.

(13) Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 1969 (11.ª ed.), pp. 1 ss., pp. 197 ss. Conviene citar, por cuanto pone de manifiesto la orientación teleológica del sistema del creador del finalismo, las afirmaciones que realiza el mismo Welzel sobre las premisas de la construcción de su teoría del delito en el prólogo a la quinta edición de su *Manual* (1949): «El sistema conceptual en el que este libro se basa es insuficientemente caracterizado en ocasiones únicamente como derivado del concepto final de acción. El concepto de acción afecta en cambio únicamente a la estructura de la parte del *ser* del objeto del Derecho penal, cuya completa comprensión sólo es posible a través de un determinado entendimiento de la específica función *ético-social* (como protección de los valores de la actitud jurídica). Desde esta comprensión ético-social del Derecho penal se deriva una *dirección de pensamiento uniforme* tanto sobre las teorías de la acción, del injusto, del autor y de la culpabilidad como sobre la teoría de la pena...» (citado por Armin KAUFMANN, «Hans Welzel zum Gedenken», en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1989, p. 289. Los subrayados pertenecen al original de Welzel).

(14) Además de este primer sentido –*scil.* consecuencia fáctica de una práctica o institución social–, puede entenderse el término «función», desde la teoría funcionalista-sistémica, también referido a sus efectos funcionales/disfuncionales para la

desde esa constatación meramente descriptiva no puede extraerse un criterio que permita *valorar* esos efectos, calificándolos como deseables o no deseables; para ello es preciso determinar previamente el fin que se pretenda hacer cumplir a la pena, fin que responde a la *decisión* subjetiva de un agente y basada en una ponderación de consideraciones de carácter valorativo (15). Metodológicamente, puede afirmarse que mientras la sociología o el psicoanálisis son disciplinas basadas en la *observación*, lo que caracteriza al Derecho frente a éstas es ser una disciplina basada en la *decisión* (16). Así, sólo podrá hablarse de una teleología, de una orientación a las consecuencias en la teoría de la pena una vez determinado subjetivamente (intersubjetivamente) el fin de la misma –intimidación, estabilización social, pacificación, moralización, etc.– o sus efectos deseados a partir del fin del Derecho penal, desde el cual los conocimientos empíricos servirán para corroborar que los efectos deseados se producen fácticamente. *La normatividad ha de preceder, entonces, a la facticidad.*

6. En atención a estas últimas consideraciones, hemos de reformular, hasta cierto punto, la problemática inherente a la falacia naturalista. Como hemos visto, el abismo lógico entre el ser y el deber ser no es tan insondable, en el ámbito de la teoría de la pena, como a veces se afirma: asumido el fin de la pena, circunstancias de carácter fáctico pueden desvirtuar la validez del mismo, ya que su «deber ser» viene legitimado, en gran medida, por la efectividad práctica que presente. Es decir, del ser parece poder inferirse –o al menos refutarse– el deber ser (la legitimidad del mismo). En este sentido, y siguiendo a Hoerster, cabe afirmarse que la distancia que separa el deber ser del ser no es (o

estabilidad del sistema, diferenciación que, como veremos a continuación, puede tener relevantes consecuencias en orden al tema que estamos estudiando. El binomio fin/función (en el primer sentido) es empleado, entre otros, por FERRAJOLI (nota 9), p. 214. También PÉREZ MANZANO (nota 4) pp. 217, quien expone asimismo la diferenciación semántica citada del término función. Sobre los posibles significados del término «función», cfr. asimismo, SCHELSKY, «Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie», en *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1, 1970, pp. 37 ss. (pp. 43 ss.).

(15) Vid. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, p. 22; PÉREZ MANZANO (nota 4), pp. 219-220: «un filtro previo que permita ese salto lógico»; SILVA SÁNCHEZ (nota 1), p. 95: «Estos datos, por sí solos, ni deben ni pueden tener repercusión alguna en el sistema del Derecho penal; por el contrario, han de ser sometidos a un juicio de valor para situarlos en el contexto propio de la ciencia normativa, valorativa, del Derecho penal».

(16) Similar, BESTE, «Zur Rolle der Sozialwissenschaften im Strafrecht», *KritV* 1989, p. 156; GARCÍA-PABLOS, *Derecho penal. Introducción*, Madrid, 1995, pp. 398-399.

no es tanto) de naturaleza lógica, sino epistemológica: «un deber ser puede ser *deducido* de un ser, pero no *conocido* a partir de un ser» (17).

II. CRITERIOS DE LEGITIMACIÓN: RACIONALIDAD INSTRUMENTAL Y RACIONALIDAD VALORATIVA

1. Es indudable, como hemos puesto de manifiesto, la íntima vinculación existente entre una concepción teleológica de la pena y la necesidad de un soporte empírico que avale la viabilidad del fin decidido. Pero ello no debe llevar a confundir el substrato normativo en que se basa toda concepción teleológica con el análisis empírico de los efectos de la pena, el consecuencialismo (orientación a las consecuencias) con el mero descriptivismo. El riesgo de tal confusión viene dado, quizá, por una previa, consistente en asociar toda referencia a lo prescriptivo –normativo– con criterios éticos, garantísticos o limitativos del *ius puniendi*, negando tácitamente que en la racionalidad teleológica exista cualquier referencia a criterios de valoración y asociándolo, por tanto, con la facticidad. Conviene reiterar, a este respecto, que la *decisión* sobre un fin de la pena pertenece a una esfera normativa, ya que dicha decisión se infiere de una idea de bien –protección de bienes jurídicos, estabilización de la conciencia social o de la norma, etc.–, sin la cual la información aportada por las ciencias empíricas no puede «procesarse» por el intérprete jurídico, ya que, tomados por sí mismos, los efectos constatados son valorativamente neutros. Decidido –conocido– ese fin, la orientación exclusiva a la optimización de dicho fin a partir del análisis de la base empírica, criterio característico de la racionalidad instrumental, no implica en absoluto una falacia naturalista (18), sino simplemente la legitimación de la pena con base en la exclusiva referencia a la satisfacción efectiva de los fines asignados. Expresado con un ejemplo: el estudio empírico del hecho social «pena» ofrece una serie de resultados: la pena, por un

(17) HOERSTER (nota 9) p. 39, poniendo de relevancia que esa opinión es muy minoritaria, partiéndose mayoritariamente (Popper, Hare, Klug, Kelsen, etc.) de una frontera de carácter lógico. Debe advertirse, no obstante, que las consideraciones de Hoerster no van referidas al problema de la pena o del Derecho penal y que, si bien sus conclusiones son aplicables a la misma, dado el fin *instrumental* del que parte el deber ser en este caso, no han de ser, desde nuestra perspectiva, extrapolables más allá. En otras palabras, no se pretende –por no estar en disposición de ello– adoptar una toma de postura con respecto a la llamada ley de Hume sino en el ámbito concreto de lo empírico y lo normativo en el fin de la pena.

(18) Como parece afirmar SILVA SÁNCHEZ (nota 1), p. 117.

lado, genera un efecto de intimidación; por otro, crea una sensación de seguridad; por otro, satisface instintos inconscientes de venganza; por otro, produce la internalización de determinados valores; por otro, genera la confianza de los ciudadanos en el Gobierno, etc. Esa serie de efectos han de asumirse o rechazarse por el Derecho a partir de un fin previamente elegido; por ejemplo: el fin del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos. Posteriormente, se constata que la internalización de los valores plasmados en las normas resulta ser más efectiva para ese fin que la mera disuasión externa mediante la amenaza de un mal, por lo que se eleva tal efecto de moralización a fin de la pena; o viceversa. O que la punición de inimputables es más efectiva que su no punición para dicho fin de protección de bienes jurídicos; y, por ello, se establece tal fin de la pena y tal ámbito de responsabilidad como criterio normativo. Pero éstas son decisiones normativas, si bien basadas en la atención exclusiva a la *efectividad* del fin; a pesar de que para llegar a las mismas puedan haberse excluido otras consideraciones valorativas de carácter deontológico o garantístico. En otras palabras: las críticas que pueden hacerse a dicha elección no han de partir de un error lógico o epistemológico, sino de objeciones de carácter ideológico o valorativo relativas ya al propio fin elegido, ya a los medios instrumentalizados para satisfacer tal fin.

2. Nos encontramos, en realidad, ante el conflicto clásico entre prevención y garantías, ante la opción, a la hora de legitimar la pena y el Derecho penal, entre lo exclusivamente teleológico y, además, lo deontológico. Lo que caracteriza a la discusión actual sobre los fines de la pena no es, como se afirma en ocasiones, el abandono de la vertiente normativa, a la cual el Derecho penal no sólo no debe, sino que no puede –lógica o epistemológicamente– renunciar, sino la elección *normativa* entre la exclusiva atención a fines (consecuencialismo) y la atención, junto a los fines, a ciertos principios o garantías individuales (principalismo) (19). Como acertadamente suele afirmarse, frente a la exclusividad de la racionalidad instrumental (*Zweckrationalität*), la pena y el Derecho penal deben legitimarse también en relación a su conformidad con determinados valores (20), es decir, a partir de la *Wertrationalität*, siguiendo la terminología acuñada por Max We-

(19) Cfr. el empleo de estos conceptos en SILVA SÁNCHEZ (nota 11), pp. 19-20.

(20) Así, entre otros muchos, HAFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, 1976, p. 69; NAUCKE, «Generalprävention und Grundrechte der Person», en *Hauptprobleme der Generalprävention*, Hassemer/Lüderssen/Naucke (edit.), 1979, pp. 7 ss. (pp. 23 ss. y passim); KUNZ, «Prävention und Gerechte Zurechnung», *ZStW* 98 (1986), p. 828; PÉREZ MANZANO (nota 4) p. 221; HÖRNLE/v. HIRSCH, *Positive Generalprävention und Tadel*, GA, 1991, p. 265.

ber (21). Esta «racionalidad valorativa», en lo que a la justificación del Derecho penal se refiere, implica la exigencia de que la actuación del mismo, de que la consecución de los fines decididos, se adecue a una serie de principios de naturaleza deontológica, *los cuales se caracterizan por su independencia respecto a la satisfacción de resultados* (22). Sin embargo, tampoco la exclusiva referencia a valores deontológicos puede legitimarlo. Un modelo deontológico puro de acción social –la teoría absoluta de la retribución, por ejemplo– se presenta desde la racionalidad instrumental como irracional, dada su desatención de los resultados; un modelo teleológico puro es, en cambio, valorativamente rechazable, dada la ausencia de límites –el fin justificaría los medios– a esa persecución de resultados. Lo *razonable* es, entonces, que la actuación del Derecho venga determinada por una ponderación, en diferentes posibilidades graduales, de ambas formas de racionalidad. Desde la perspectiva weberiana la racionalidad valorativa es concebida, así, como un límite, como un criterio corrector a la racionalidad instrumental (23), sólo dentro de cuyos márgenes podrá hacerse efectiva la satisfacción de fines.

3. Es, en suma, el consecuencialismo el que se orienta a los resultados a producir, por lo que su racionalidad vendrá siempre mediada por la validación de la misma desde la constatación de efectos empíricos. Y es en relación a este hecho cuando debe llamarse la atención respecto a la corrección –normativa y no metodológica– de la aplicación de las ciencias sociales en la discusión sobre los fines de la pena: la aportación de las mismas permite verificar si los fines sociales perseguidos se cumplen en la realidad, pero asumir criterios de naturaleza empírica como única referencia de contrastación para legitimar la pena conlleva el riesgo de abandonar toda atención a la racionalidad valorativa, elevando el pragmatismo prevencionista a única pauta de actuación y de legitimación (24).

(21) Cfr. WEBER, *Soziologische Grundbegriffe*, Tübingen, 1984 (4.ª ed.), p. 44 ss.

(22) WEBER (nota 21) pp. 44 ss.; *vid. asimismo* MAIHOFER, «Die gesellschaftliche Funktion des Rechts», en *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1, 1970, p. 27.

(23) Así, VOSS, *Symbolische Gesetzgebung, Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten* 1989, p. 19, desde una interpretación de Weber.

(24) Alertan sobre ese riesgo, HAFFKE (nota 20), p. 68; BESTE (nota 16), p. 174; KREISSL, «Vom Nachteil des Nutzens der Sozialwissenschaften für das Strafrecht», *ZfRSoz*, 1988, pp. 280, 288-289; SILVA SÁNCHEZ (nota 1), pp. 92-93 (remitiéndose al autor anteriormente citado): «Un “abandono” del Derecho penal en manos de consideraciones “científico-sociales” podría favorecer, dada la ausencia de límites y controles valorativos, la aparición de procesos de estigmatización colectiva e hipercriminalización desde exclusiva base utilitarista» (p. 93).

III. FACTICIDAD Y NORMATIVIDAD EN EL FUNCIONALISMO SOCIOLÓGICO

1. Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, hemos aún de detenernos en alguna cuestión metodológica relativa a la introducción de las ciencias sociales en el Derecho penal. Ello viene motivado por el hecho de que la sociología funcionalista, teoría quizá todavía mayoritaria en el ámbito de la sociología y mayoritariamente asumida por la ciencia jurídico-penal actual en la problemática de la teoría de la pena y del fin del Derecho penal, presenta cierta particularidad en relación a la diferenciación entre ser y deber ser, particularidad que amenaza con diluir la relevancia de la distinción entre dichos planos de argumentación. Dicha circunstancia se muestra de forma paradigmática en la construcción normativa de Jakobs, caracterizada precisamente por servir directamente de algunas de las directrices de la sociología del Derecho desarrollada por Luhmann (25); en otras palabras, por proceder a una normativización (Derecho) de premisas teóricamente fácticas (sociología). Ello podría parecer, *a priori*, inviable, en tanto en cuanto, como habíamos afirmado, los datos aportados por las ciencias de la *observación*, al ser valorativamente neutros, carecen de un criterio que permita discriminar valorativamente el conjunto de hechos o efectos observados por dichas ciencias: del ser no puede conocerse el deber ser. No es de extrañar, en este sentido, que contra la concepción de la pena de Jakobs se hayan dirigido, además de críticas de carácter ideológico, también objeciones de carácter metodológico, acusándolo de sustituir «la fundamentación del deber ser por la del ser sin dar a conocer el parámetro valorativo de su decisión» (26). Si bien tales objeciones ponen de manifiesto la problemática que queremos resaltar aquí, es discutible que el autor alemán incurra en una falacia naturalista al establecer las funciones o fines del Derecho penal directamente de la concepción sistémico-funcional. Y ello precisamente por la ya citada particularidad que dicha teoría sociológica presenta, sobre la que paso a tratar a continuación.

3. La cuestión que debemos plantearnos es la siguiente: ¿Hasta qué punto las consideraciones aportadas por la sociología funcionalista responden a un análisis puramente fáctico o descriptivo? ¿Hasta

(25) Cfr., recientemente, JAKOBS, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropäischen Prinzipien», *ZStW* 107 (1995), pp. 843 ss., donde programáticamente se establecen las bases de su concepción, resaltando asimismo lo que le une y lo que le separa de Luhmann.

(26) PÉREZ MANZANO (nota 4) pp. 254-255, nota 152.

qué punto no se dan también criterios de carácter valorativo en el estudio de la sociedad o del Derecho? Con carácter general, puede afirmarse que, a pesar de la caracterización teórica de las ciencias sociales como ciencias analítico-descriptivas, todo ámbito de estudio que se ocupa de la sociedad y sus relaciones tiende no sólo a describir procesos o fenómenos objetivos, sino asimismo a aportar, potencialmente, una determinada visión o interpretación valorativa de la sociedad. Ello viene dado por diferentes motivos y en diferentes estadios. En un primer nivel, cabe afirmarse que toda interpretación sobre la realidad social se realiza a partir de determinadas premisas o preconcepciones valorativas inherentes al talante ideológico del investigador, las cuales terminan –o pueden terminar– por filtrarse en el desarrollo de sus investigaciones (27). Así, dicho investigador, si asumimos en un sentido estricto la afirmación anterior, ya no puede caracterizarse sólo como un observador ajeno a lo observado, sino que se constituye como un intérprete de la realidad en la que él mismo está imbuido (28), realidad que ya no es «objetiva», sino que viene subjetivamente filtrada por las premisas valorativas asumidas por el agente. Este hecho, sin embargo, no ha de implicar, en sí, la pérdida de la naturaleza descrip-

(27) Cfr., por ejemplo, en el ámbito de la Historia, BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, 1996, pp. 29 –32: «Lo que dice el historiador, por mucho cuidado que tenga en usar un lenguaje puramente descriptivo, tarde o temprano implicará la actitud que él tenga. El distanciamiento mismo es una postura moral» (p. 30).

(28) Vid., por ejemplo, MCCARTHY, *Ideales e ilusiones. Reconstrucción y deconstrucción en la teoría crítica contemporánea*, Madrid, 1992, p. 28: «Nunca podemos ser observadores sin ser al mismo tiempo participantes»; p. 140: «El observador social no es, como pudiera erróneamente suponerse, un observador, explicador y predictor neutral, ni es un crítico soberano que pueda asumir con seguridad su propia superioridad moral y cognitiva. También es, aunque virtualmente, un participante en el diálogo, un participante incluso cuando observa y critica». En sentido similar, afirman GUIBOURG/GHIGLIANI/GUARINONI, *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, 1984, p. 148, que «el investigador siempre pone algo de sí en la percepción del objeto que observa y en la elaboración de los datos de su percepción; y esta subjetividad se torna considerablemente mayor en el caso de la sociología», destacando que, desde la premisa de la supuesta «objetividad» de dicha ciencia empírica, dicha «participación del observador en el objeto se aprecia normalmente como un ruido en la comunicación con la realidad, como un elemento indeseable, aunque de difícil eliminación». Cfr. también, en la misma obra citada, p. 193, donde se rechaza, con carácter general, dicha pretensión de «objetividad», especialmente en la sociología: «Si tal cosa ocurre con las ciencias en general, más grave es en este aspecto la situación de las ciencias sociales. El propio científico, como integrante del grupo en el que vive y trabaja, forma parte del objeto de su ciencia, y sería utópico exigirle que no proyectara en ésta sus intereses personales y grupales, al menos a través de las hipótesis ocultas que integran su visión de la realidad».

tiva de la disciplina de que se trate; dicha subjetividad hermenéutica es, hasta cierto punto, epistemológicamente inevitable, si partimos del hecho –apenas puesto en duda actualmente– de que toda percepción de la realidad es, en gran parte, un proceso hermenéutico (29). Pero no es este nivel previo de intermediación entre lo fáctico y lo normativo, entre la observación y la decisión, el relevante para nuestro objeto de análisis (30); sino que es un segundo nivel el que nos interesa: lo que ha de ponerse de relevancia es que disciplinas como la sociología o la psicología profunda –por centrarnos en los dos ámbitos que más han influenciado la teoría de la pena– conllevan, tras la supuesta base descriptiva, elevadas dosis de valoración en relación a los fenómenos que analizan (31). Pero ello, no ya dada dicha «inevitabilidad epistemológica», sino como una toma de posición, más o menos explícita, ya sobre el substrato político, ético o filosófico sobre el que se asienta la

(29) Cfr. V. FOERSTER, *Wissen und Gewissen. Versuch eine Brücke*, Frankfurt a. M., 1993, pp. 25 ss. y *passim*.

(30) En este sentido, si bien resalta el hecho de que tampoco Jakobs, en su afán renormativizador, puede prescindir del *factum* de dicha subjetividad epistemológica, no creo que la crítica de SILVA SÁNCHEZ (nota 11), p. 24, a Jakobs, respecto a la pretendida comprensión objetiva de la constitución social, sea válida, en sí, como oposición a las premisas metodológicas del autor alemán. En cualquier caso, se volverá sobre la metodología de éste en el epígrafe VII.

(31) Ello es resaltado, entre otros, por SILVA SÁNCHEZ (nota 1), pp. 86, 88, 94. También SCHELSKY (nota 14), pp. 34 ss., en relación al funcionalismo de T. Parsons. Por abundar en ejemplos, puede citarse también la crítica de DAHRENDORF, *Gesellschaft und Demokratie in Deutschland*, 1965, pp. 151 ss. a TÖNNIES, destacando que, a pesar de la naturaleza sociológica de su obra *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Tönnies toma claramente partido por la versión de la «comunidad» como idea orgánica y cohesionada en torno a valores de lo social, frente a la idea de «sociedad» basada en intereses individuales, trasunto del modelo liberal del contrato social. En igual sentido respecto a Tönnies, *vid.* voz «Gemeinschaft», en *Staats-Lexikon-Görres Gesellschaft*, pp. 851 ss., y GUTMANN, «Keeping 'em down on the fram after they've seen Paree»: *Aporien des kommunitaristischen Rechtsbegriff*, ARSP 1997, p. 53-54, relacionándolo con los actuales defensores del comunitarismo. Merece citarse asimismo –en especial por la relevancia de las concepciones sobre lo punitivo de Durkheim en algunas concepciones de la pena en la actualidad –las consideraciones de WÖSSNER, *Mensch und Gesellschaft. «Kollektivierung» und «Sozialisierung»*, Berlín, 1963, p. 249 sobre DURKHEIM, de cuyas tesis en la *División del trabajo social* afirma que tras la apariencia de mero análisis de los «hechos sociales» se esconde una vinculación política favorable a un modelo de sociedad de índole colectivista y orgánico, centrado en la «solidaridad mecánica» –vínculos sociales fuertes por medio de las convicciones morales y los afectos (similar a la noción de «comunidad» de Tönnies) –que en la «solidaridad orgánica» –vínculos sociales difusos basados en intereses individuales y en la diversificación del trabajo (similar a la «sociedad» de Tönnies). «La secreta finalidad sociológica de Durkheim es la apología del espíritu de la comunidad», manifiesta dicho autor (p. 249).

concepción de la sociedad y el Derecho mantenida, ya sobre la potencialidad política o jurídica de dicha concepción. Es sabido, por ejemplo, que el psicoanálisis, a la hora de explicar el fenómeno punitivo, ha partido siempre de un rechazo manifiesto de la aplicación de la pena como instrumento de control social, en tanto en cuanto ésta es concebida como la canalización organizada de los instintos colectivos e irracionales de venganza (32). En este sentido resulta, ciertamente, paradójico que las conclusiones críticas hacia el Derecho penal propias del psicoanálisis sean convertidas, a la hora de trasladarse a la discusión jurídico-penal, en criterios de legitimación de la pena, como ocurre en alguna versión de la prevención general positiva (33).

4. Y lo mismo puede decirse, en relación a la cuestión metodológica de la introducción de consideraciones valorativas, de la sociología. Toda teoría sociológica que aspire a una comprensión total del fenómeno social, no sólo se limita a describir el conjunto de hechos y efectos que tienen lugar en la sociedad, sino que se configuran como teorías de la sociedad, las cuales aportan, además de meros datos fácticos, una serie de consideraciones sobre cómo *deben* organizarse las relaciones sociales para mantener o aspirar a un orden social determinado, de forma que tras las aseveraciones descriptivo-analíticas suele darse una más o menos manifiesta toma de postura valorativa respecto a las relaciones entre la sociedad y el individuo y a los instrumentos institucionales que mantienen el orden social: el Estado y el Derecho, en lo que a nosotros concierne. Y ello no necesariamente como un efecto latente o indeseado de la actividad científica de estas disciplinas, sino que dicha tendencia valorativa es asumida, por no pocos autores, como una parte integrante y legítima de las mismas —baste

(32) Ello es puesto de manifiesto, entre otros, por HAFKE (nota 20) pp. 165 ss; JÄGER, «Psychologie des Strafrechts und der Strafenden Gesellschaft», en *Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die Gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, 1*. Lüderssen/Sack (edit.), Frankfurt a. M., 1975 pp. 107 ss. (p. 111, p. 122 ss., y *passim*); NEUMANN/SCHROTH (nota 6), pp. 93–94, 121; BESTE (nota 16), pp. 176 ss.

(33) Como, por ejemplo, pretenden, STRENG, «Schuld, Vergeltung, Prävention», *ZStW* 92 (1980), pp. 637 ss. o ACHENBACH, «Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad», en *El sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Schünemann (edit.), Madrid, 1991, pp. 134 ss. (pp. 138 ss.). Críticos, en sentido similar al del texto, LUZÓN PEÑA, «Prevención general y psicoanálisis», en *Derecho penal y ciencias sociales*, Mir Puig (edit.), Bellaterra, 1982, p. 153: «racionalización encubridora del funcionamiento de dichos mecanismos irracionales»; BÖLLINGER, «Generalprävention als Sozialisationsfaktor? Zur Kritik der Dogmatisierung sozialwissenschaftliche Begriffe», *KrimJ*, 1, 1987, pp. 33 ss.: «Una consecuencia de la política criminal orientada a la legitimación debería ir tendencialmente dirigida a la aminoración de dicha irracionalidad, en vez a reforzar aún más la neurosis colectiva».

citar el enconado debate desarrollado en Alemania en los años setenta, conocido como el *Positivismusstreit*-. En este sentido, afirma, por ejemplo, Schelsky que la «sociología del Derecho no tiene sólo una misión de análisis, sino, por encima de ella, también una misión jurídico y sociopolítica» (34). Sin necesidad de asumir tal afirmación –propia quizá de una sociología crítica– para toda concepción del método sociológico, puede afirmarse con carácter general la existencia de un substrato ideológico subyacente a toda teoría de la sociedad. Y apenas cabe dudar de esa realidad si nos referimos a la teoría funcionalista-sistémica.

5. Como habíamos afirmado, sin un criterio valorativo de decisión, sin un concepto de deber ser, los datos constatados en el plano fáctico no pueden hacerse operativos en la determinación de lo deseado como fin de la pena. Y ese criterio de valoración ha de venir dado a partir de una idea superior de bien, de orientación final, desde la cual comprender y orientar las decisiones normativas. Pues bien, lo que caracteriza a la teoría funcionalista-sistémica no es sólo que pueda proceder de una tradición de pensamiento determinada o que pueda conllevar cierta tendencialidad política, sino el hecho de que dentro de su propio arsenal argumentativo y conceptual yace de forma explícita un concepto de bien, así como, derivado de éste, un criterio de decisión normativo o, al menos, normativizable. El concepto de ‘función’ utilizado en la misma es el que determina tales implicaciones normativas. Como es sabido, desde dicha teoría la interacción de los fenómenos sociales se analiza dentro del sistema social como única instancia autorreferencial tanto de comunicación como de decisión (35). Y todo sistema, se afirma, tiende a la autorregulación de la pervivencia de su estado, por lo que las interacciones se organizan y describen en torno al *problema* del mantenimiento de su estructura. Este «hecho» –cuya verificabilidad empírica podría, por lo demás, discutirse (36)– permite

(34) SCHELSKY (nota 14), p. 39.

(35) Cfr. LUHMANN, *Soziale systeme*, Frankfurt a. M., 1984, p. 346 y *passim*.

(36) Entre otras razones, porque gran parte de lo «observado» en el plano macrosocial viene dado a partir del análisis de fenómenos pertenecientes a la microbiología, como por ejemplo el concepto de la «autopoiesis» o el del «sistema inmunológico» con el que recientemente Luhmann concibe el Derecho con respecto al sistema social; conceptos que, no obstante, no son empleados por este autor «por analogía o... en forma metafórica», sino como fenómenos que se producen en dicha realidad macrosocial. Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1993, pp. 565 ss. Dudas sobre la verificabilidad empírica de las premisas fácticas de la teoría de sistemas plantean asimismo, NEUMANN/SCROTH (nota 6), p. 111, y KIM, *Zur Fragwürdigkeit und Notwendigkeit des Strafrechtlichen Schuldprinzips. Ein Versuch zur Rekonstruktion der jüngsten Diskussion zur «Schuld und Prävention»*, Ber-

establecer un código binario con que *calificar* las interacciones que se dan dentro del sistema: funcional/disfuncional. La función social de todo elemento estructural del sistema consiste en el mantenimiento del mismo. Por contra, un fenómeno social es disfuncional cuando amenaza con desestabilizar su estructura. '*Función*' se define, entonces, como todo lo que sirve al mantenimiento estable del sistema (37). Así, por ejemplo, desde el análisis funcionalista el delito no es comprendido como lesión de un interés individual, sino como un fenómeno disfuncional para la pervivencia del sistema (38); y el Derecho penal y la pena no tienen el fin de evitar conductas lesivas para intereses individuales o, inversamente, de proteger esos intereses, sino que, como elementos del sistema social, sirven al mantenimiento de la estabilidad e integración del mismo (39). Como puede verse, a diferencia del primer concepto de función empleado más arriba –meros efectos fácticos de la pena–, la idea de función en el funcionalismo sociológico conlleva una *valoración* respecto de esos efectos, valoración derivada de

lín, 1987, p. 25; SILVA SÁNCHEZ (nota 1), p. 70. Sobre esta cuestión, cfr. asimismo, MCCARTHY (nota 28), p. 185, quien destaca la «probada esterilidad de este enfoque [*scil.* la teoría de sistemas] como marco para la investigación social *empírica*» (cursivas en el original), y afirma que «incluso en el territorio más propio del análisis social de sistemas, la teoría de las organizaciones formales, la cuestión de su fecundidad empírica es, en el mejor de los casos, una cuestión abierta. Se reconoce generalmente, incluso por sus proponentes, la desproporción entre el complejo arsenal conceptual, por una parte, y nuestra capacidad para manejar y utilizar realmente las nociones de «input» y «output», «circuito de realimentación» y «mecanismos de control», «ambientes» y «capacidad adaptativa», por la otra. La abstracción, la vaguedad y la indeterminación empírica de tales conceptos han dado lugar a que la capacidad predictiva del modelo de sistemas sea, como poco, cuestionable».

(37) Cfr. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 358: «El concepto que permite tender un puente desde el análisis estructural hasta la problemática del mantenimiento de la estructura es el concepto de la función social». Sobre dicho término en el análisis funcionalista, cfr. también SCHELSKY (nota 14), pp. 43-44; JAKOBS (nota 25), p. 844.

(38) *Vid.* sobre ello AMELUNG (nota 37), p. 361; NEUMANN/SCHROTH (nota 6), pp. 101; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlín *et. al.*, 1991 (2.ª ed.), parágrafo 2/1 ss.

(39) SCHELSKY (nota 14), pp. 54-55; NEUMANN/SCHROTH (nota 6) pp. 101; JAKOBS (nota 25), p. 844 y 849: el Derecho penal tiene la misión de mantener la identidad social. Similar –si bien más adelante (epígrafe VI) resaltaremos notables diferencias entre la posición de Jakobs y la del autor que a continuación se menciona– es la concepción del delito y la pena de Durkheim, para quien el Derecho penal sirve al fortalecimiento de la conciencia colectiva, requisito *sine qua non* para la cohesión y pervivencia del organismo social. Cfr. DURKHEIM, *La división del trabajo social*, Madrid, 1995 (3.ª ed.), pp. 96 ss., pp. 113 ss. Sobre la concepción del delito y la pena en Durkheim puede verse, además, GEPHART, *Strafe und Verbrechen. Die Theorie Emile Durkheims*, Opladen, 1990, *passim*.

la idea de bien, de fin, que también aporta dicha teoría: el mantenimiento del sistema (40). En esta línea, afirma Bock, por ejemplo, que todo análisis funcional conlleva *implícitamente una condición de deber ser*, que es la que permite distinguir entre lo funcional y lo disfuncional (41). Sin duda, dicho soporte conceptual puede entenderse exclusivamente como un método analítico, no habiendo, por tanto, de derivarse necesariamente consecuencias normativas del mismo para el Derecho penal; sin embargo –y ello es lo único que en este momento pretende resaltarse– no existe ningún obstáculo lógico o epistemológico que impida la normativización de dicha base descriptiva, la transformación de la función en fin, puesto que la primera, al operar como instancia valorativa, conlleva potencialmente un deber ser. Es, en pala-

(40) En este sentido, entre otros, LÓPEZ CALERA, «Funciones del Derecho», en *Derecho y justicia*, Garzón Valdés/Laporta (edit.), Madrid, 1996, pp. 457 ss., p. 462. Como afirma NAVAS, *Der Begriff der Moral bei Niklas Luhmann*, Jahrbuch für Recht und Ethik, I, 1993, p. 303, la propia idea de sistema es difícil de comprenderse sin la referencia a un fin. En el mismo sentido, destaca MCCHARTHY (nota 28), que «el uso de la teoría de sistemas en el estudio de las organizaciones formales ha sido, de hecho, mucho más normativo-analítico que empírico-analítico. Aunque los límites y la formulación de fines no pueden ser empíricamente *averiguados*, pueden ser estipulados o *establecidos*». En otras palabras, no como una disciplina de observación (empírica), sino como una disciplina de decisión (normativa).

(41) Vid. BOCK, «Ideen und Schimären im Strafrecht. Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention», *ZStW* 103 (1991), p. 648; similar KIM, (nota 36), p. 28. El hecho de que toda noción de función presuponga una valoración es resaltado claramente por SEARLE, *La construcción de la realidad social*, 1997, pp. 32 ss. Como afirma este autor, en la naturaleza, como tal, el concepto de función no existe: «las funciones nunca son intrínsecas a la física de ningún fenómeno, sino que son externamente asignadas por observadores y usuarios conscientes». Es cierto que «nos obnubila respecto de ese hecho la práctica común en biología, de hablar de funciones como si fueran intrínsecas a la naturaleza. Pero... la naturaleza ignora por completo las funciones» (p. 33). Así, cuando establecemos funciones a los fenómenos naturales «estamos haciendo algo más que registrar esos hechos intrínsecos. Estamos disponiendo esos hechos en relación con un sistema de valores albergados por nosotros», estamos procediendo a la «asignación de una teleología a esos procesos» (p. 33). En suma, toda noción de función «contemplada» en los fenómenos naturales (o sociales) no es en realidad una constatación fáctica, empírica, sino una atribución del observador basada en un esquema de valores. De ahí que la noción de función en la teoría sistémica –como en cualquier otro ámbito de conocimiento– esté condicionada a una previa valoración teleológica del observador: del intérprete. Todo ello, sin embargo, no contradice los dos significados de función establecidos más arriba: función como producción de efectos no deseados y función como asignación intencional y valorativa de fines. Cfr. p. 40 de la obra citada de Searle, donde distingue entre funciones «no agentivas» y funciones «agentivas», que asocia, respectivamente, a la noción de funciones latentes y manifiestas empleadas por los teóricos sociales.

bras de Schelsky, una «“determinación final” de la función» (42). La cuestión, entonces, no consiste en si es posible –por errarse el método de la argumentación– llevar a cabo dicha normativización; la cuestión es si *deben* o no asumirse las premisas valorativas de la teoría funcionalista de sistemas, dadas las implicaciones y consecuencias que pueden derivarse de ello. Cuestión, por tanto, de naturaleza normativa. Así, por ejemplo, Amelung se esfuerza por distinguir claramente, en su aplicación de dicha teoría a la idea de lesividad social, la función del fin, pero ello no en aras de una corrección lógica o metodológica, sino de una corrección ética (43).

IV. LA RACIONALIDAD SISTÉMICA. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

1. Respecto a dicha cuestión normativa, debe darse una respuesta negativa. La asunción de las premisas sistémicas como criterios de legitimación de la actividad del Derecho penal implica, en principio, la asunción de las implicaciones políticas y éticas inherentes a la teoría de sistemas (44). Así, la justificación de la pena dada exclusivamente a partir de su funcionalidad en orden a la satisfacción del fin: estabilidad del organismo social, prescinde de toda referencia legitimatoria y limitativa en relación a la *Wertrationalität*, ya que la única pauta valorativa, si la función se convierte en fin, es la optimización del mismo. En este sentido, se ha afirmado que «esta sociología ha tratado de hacer un análisis del Derecho eliminando toda referencia a valores, para volver

(42) SCHELSKY (nota 14), p. 44, fin que se concibe como la supervivencia del sistema.

(43) Cfr. AMELUNG (nota 37), pp. 359 y 363: «una institución es legítima sólo cuando es éticamente correcta»

(44) Un panorama de las críticas ideológicas realizadas contra el funcionalismo sistémico puede verse en OTTO, *Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle. Wandel vom soziologischen zum ökonomischen Paradigma in der nordamerikanischen Kriminologie*, Freiburg, 1982, pp. 30 ss.; PÉREZ MANZANO (nota 4), pp. 50 ss; LÓPEZ CALERA (nota 40), p. 462, poniendo de relevancia la tendencia a la justificación del *status quo*: «Este funcionalismo tiene –aun sin reconocerlo –un objetivo, que podría denominarse ideológico, como sería la defensa del orden, el mantenimiento y la apología del orden social existente». Cfr. también las críticas que realiza LÜDERSSEN, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropäischen Prinzipien», *ZStW* 107 (1995), p. 883-884, a la postura de Jakobs. En igual sentido, BOCK (nota 41), pp. 648, quien le reprocha a Jakobs una considerable ingenuidad respecto a la asunción de las implicaciones políticas de la teoría de sistemas.

luego a atribuirle un sentido de valor con el criterio funcional de la autojustificación del sistema o de su autoconservación» (45). Con ello, la desatención respecto a principios garantísticos –los cuales se configuran, como hemos afirmado, como límites o correctores de la inercia instrumental–, si bien no es exclusiva del funcionalismo sistémico, se agrava si se erige la *racionalidad sistémica* como único criterio regulativo y legitimatorio del *ius puniendi*. Y ello por dos características esenciales de dicha teoría. En primer lugar, el análisis de la teoría sistémica se centra en la organización del todo social, y en el plano del Derecho, en las funciones que éste aporta al mantenimiento de la estabilidad del sistema. Ello conlleva que el individuo no es asumido en su subjetividad, sino que se lo concibe como un elemento estructural más del sistema, o bien como un subsistema situado en el entorno del sistema social (46). Las implicaciones políticas de esta posición son evidentes; la referencia al sistema social como un todo autónomo tiende a auspiciar subrepticamente una concepción holista y organicista de la sociedad, en la que los intereses del individuo son reconocidos en tanto vienen atribuidos por la misma y, por tanto, pueden ser sacrificados –funcionalizados– en aras del interés superior de la perpetuación del todo social (47). En palabras de Schelsky, desde el análisis sociológico: «En el análisis funcionalista-sistémico el Derecho se entiende opuesto al individuo; no es ‘su’ Derecho, sino el Derecho del sistema. Su función consiste en el establecimiento de un funcionamiento lo más libre de conflictos, lo más ‘armónico’ posible; en la creación de una ‘cooperación productiva’ en la cual el individuo participa indirectamente como ‘parte del sistema’; por ello mismo los intereses del

(45) LÓPEZ CALERA (nota 40). Similar, LÜDERSEN (nota 44), p. 885, crítico con la postura sistémica de Jakobs.

(46) Así, en la teoría de sistemas de Luhmann. Cfr., LUHMANN (nota 35), pp. 346 ss.; el mismo, *Rechtssoziologie*, Opladen, 1987, 3.ª ed., p. 134: «hombre y sociedad son para cada cual entorno». Vid. Sobre ello, además, AMELUNG (nota 37), pp. 353 ss.; PÉREZ MANZANO (nota 4), p. 51.

(47) SCHELKY (nota 14), pp. 54-55 y 56. Esas implicaciones son reconocidas por el propio AMELUNG (nota 37), p. 362. Cfr. además, NEUMANN/SCHROTH (nota 6), p. 111: «hablar de la funcionalidad de un fenómeno social presupone veladamente una estructura homogénea de la sociedad, una concordancia entre los intereses de los distintos grupos»; HABERMAS, *Der philosophische Diskurs der Moderne. Zwölf Vorlesungen*, Frankfurt a. M., 1985, pp. 434-435; el mismo, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, 1998, 4.ª edición del original alemán (1994), p. 570, destacando la ausencia de deontologismo y atención a principios valorativos de la teoría de sistemas; LÜDERSEN (nota 44) pp. 883-884; LÓPEZ CALERA (nota 40), p. 426. Respecto al funcionalismo de Durkheim, vid. por ejemplo, las críticas en la misma dirección de WÖSSNER (nota 31), pp. 249 a 255.

individuo serán también solo indirectamente garantizados» (48). La misma idea apunta García Amado, refiriéndose a la racionalidad sistémica desde una perspectiva metodológica jurídica: «Desde este enfoque, tanto el sistema social global como sus subsistemas, entre los que se encuentra el jurídico, aseguran por sí mismos las condiciones de su subsistencia, autorregulan sus propios mecanismos integradores y adaptadores al medio respectivo. Con ello, los sujetos particulares, considerados individualmente, no poseen las claves para influir el funcionamiento del sistema, sino que son ellos los que están determinados por éste como meros engranajes, poseedores sólo del grado de autonomía suficiente para cumplir su función en el sistema, pero no para influir sus mecanismos» (49). Si aplicamos dicha concepción, por ejemplo, al ámbito de la teoría de la pena, nos encontramos con la clásica oposición entre los intereses de la colectividad como objeto de protección y los intereses del individuo a quien se impone la pena, como vehículo a través del se que instrumenta dicha protección: el conflicto se resuelve enteramente del lado de los intereses de la colectividad, dándose, por tanto, una primacía absoluta a la lógica prevencionista.

No obstante lo dicho, debe afirmarse, a modo de paréntesis, que no toda aplicación del método de análisis sistémico en el Derecho penal conllevará *per se* tal concepción organicista de la sociedad —aunque sí cierta *potencialidad* político-criminal, planteada a continuación—, puesto que el sistema a estabilizar puede ser tanto directamente el de la sociedad, como el subsistema jurídico-penal en la sociedad. Por cuestiones de orden expositivo, hemos preferido dejar para un momento posterior —epígrafe VI— tal matización.

2. En segundo lugar, la teoría sistémica aporta un método de análisis sobre los principios valorativos basado exclusivamente en el criterio de la funcionalidad, por lo que la referencia a criterios deontológicos aparece como un elemento extraño a la lógica sistémica (50). Como afirma Habermas respecto de la metodología sistémica, «la cualidad deontológica de las normas jurídicas queda redefinida de suerte que resulta accesible a un análisis puramente funcional» (51). «Con

(48) SCHELSKY (nota 14), pp. 54-55 y 56.

(49) GARCÍA AMADO, *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*, AFD 1986, p. 175.

(50) Vid. LUHMANN *Rechtssoziologie*, Hamburgo, 1983 (2.ª ed.), pp. 259 ss., y p. 266, donde afirma que la idea de la legitimidad ha de entenderse funcionalmente, de forma que ya no puede concebirse como un criterio de justificación externo al sistema político, sino como una prestación del mismo. Cfr., además, NAVAS (nota 40), pp. 303-304; LÓPEZ CALERA (nota 40), p. 462.

(51) HABERMAS, *Facticidad* (nota 47), p. 564.

ello, las pretensiones de validez y las razones expresadas en los discursos jurídicos pierden también su valor intrínseco» (52). En efecto, si todo elemento del sistema es valorado en base a su funcionalidad para la estabilización del mismo, la *Wertrationalität*, caracterizada por ser un criterio de legitimación basado, como dijimos, en principios *independientes de la satisfacción de resultados*, no tiene cabida en la argumentación sistémica, sino que los principios éticos y las garantías limitativas obtendrán su vigencia —y su contenido— en tanto en cuanto sean funcionales al fin de la conservación del sistema: «la *Wertrationalität* aparece como función de la *Zweckrationalität*» (53).

3. En realidad, esta consecuencia: ausencia de principios garantísticos (limitativos de la lógica instrumental) puede ser reconducida a la anterior: desaparición del individuo como sujeto autónomo y supe-ditación del mismo a las decisiones (necesidades) del sistema. Y ello en base a dos hechos. Por un lado, en el plano de los *destinatarios* de tales principios, la referencia a criterios éticos de justicia sólo tiene sentido a partir de la consideración del individuo, único portador de derechos subjetivos inalienables (54). Ello es patente en lo tocante a los límites o garantías frente a la pena preventiva, los cuales se predicán respecto de los intereses del delincuente —o de los potenciales delinquentes— frente a los de la colectividad. Entonces, la ausencia del individuo como integrante de la racionalidad sistémica implica la inexistencia de deontologismo, de principios garantísticos no contingentes. Por otro lado, en el plano de la *fundamentación* de los principios, éstos, en la filosofía política de raigambre liberal, suelen venir establecidos a partir de una lógica intersubjetiva, ya discursiva, ya consensual (55). Como afirma Maihofer, mientras que la *Zweckrationalität*

(52) HABERMAS, *Facticidad* (nota 47), p. 114.

(53) Así, SILVA SÁNCHEZ (nota 11), p. 21. Similar, KIM (nota 37), p. 25 y crítico en p. 29. Cfr. también NAVAS (nota 40), p. 304, resaltando el *Kontingentismus* de toda referencia a principios propio de la teoría de Luhmann; GARCÍA PABLOS (nota 16) p. 383.

(54) Como afirma FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit. Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, Frankfurt a. M., 1996, p. 436, la persona es el centro de las cuestiones de justicia; *vid.* asimismo, SILVA SÁNCHEZ (nota 11), p. 20: el signo fundamental del principalismo es el individualismo.

(55) *Vid.*, así, HOERSTER, «Rechtsethik ohne Metaphysik», *JZ*, 1982, pp. 265 ss (pp. 269 ss.); FORST (nota 54), pp. 68-69, p. 436 y *passim*; SILVA SÁNCHEZ (nota 11), p. 21-22. Cfr., como los dos autores más destacados de dicha fundamentación de los valores, RAWLS, *Teoría de la justicia*, México, 1995 (2.ª reimp.), *passim* (teoría consensual); y HABERMAS, «¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?», en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, 1991, pp. 166 ss.; del mismo autor, *Facticidad*, (nota 47), *passim*, (teoría discursiva).

parte de una perspectiva decisoria subjetiva (ya sea individual, ya —como en el Derecho penal— colectiva), la *Wertrationalität* se fundamenta y justifica desde una perspectiva intersubjetiva (56). En cambio, si, como en la teoría sistémica, el individuo no es sujeto de comunicación y decisión, sino, por el contrario, únicamente es objeto de las decisiones tomadas con base en la autorreferencialidad del sistema, no cabe la posibilidad de fundamentar, dentro de dicha racionalidad, valores o principios que corrijan o se enfrenten a la exclusiva orientación funcional a los intereses del organismo social. La idea de un *conflicto* entre intereses subjetivos contrapuestos no cabe dentro de la racionalidad sistémica, puesto que ésta va dirigida hacia la satisfacción de los intereses de un solo 'sujeto': el sistema, en el cual los conflictos y tensiones, al igual que los principios éticos, son decididos y procesados como funcionales o disfuncionales respecto a su propia pervivencia (57). Puede, así, afirmarse que la racionalidad sistémica parte de las mismas bases metaéticas que el utilitarismo, es decir, de una exclusiva racionalidad instrumental, según la cual la corrección de las acciones —de la acción social 'pena'— se establece en relación a la satisfacción de un fin determinado; en este caso, del fin de la estabilización del sistema social. Es por ese motivo por lo que la crítica que dirige Rawls al utilitarismo, objetándole que en dicha teoría se adopta «para la sociedad como un todo el principio de elección racional del individuo» y que, por ello, «no considera seriamente la distinción entre personas» (58), puede aplicarse de igual forma a la racionalidad sistémica, en la cual el único «individuo» decisor es el sistema.

V. PERSONA Y COMUNIDAD

1. En relación a estas consideraciones críticas, no pueden dejar de mencionarse algunas réplicas que recientemente ha introducido Jakobs frente a las objeciones relativas a la instrumentalización del individuo en las concepciones del Derecho penal de sesgo sociológico-funciona-

(56) MAIHOFER (nota 22), p. 27. Similar SILVA SÁNCHEZ (nota 11), pp. 21-22.

(57) No en vano otra de las críticas fundamentales realizadas contra la teoría de sistemas es la tendencia al inmovilismo y el mantenimiento del *status quo*, así como la ausencia de potencialidad crítica e innovadora frente a ese *status quo*. Cfr. PÉREZ MANZANO (nota 4), p. 50. Vid. asimismo, NEUMANN/SCHROTH (nota 6), p. 123: la potencialidad crítica de las teorías funcionales es sorprendentemente ínfima; KIM (nota 37), p. 27.

(58) RAWLS (nota 55), pp. 45, 46.

lista y a la concepción colectivista de la sociedad. En cualquier caso, y antes de ello, debe decirse que no se pretende con ello erigir a este autor en paradigma del funcionalismo en Derecho penal, o al menos en paradigma de la concepción del funcionalismo que tiende a dicha concepción organicista de la sociedad. Por el contrario, conviene afirmar desde ahora que algunas de las facetas –si bien no todas– de la concepción del Derecho penal de Jakobs vienen a ser bastante más liberales –al menos en la última evolución de la misma (59)– que otras teorías de la pena que parten asimismo de concepciones funcionalistas; de igual forma que la concepción de Luhmann sobre la pena –de su metodología jurídica me ocuparé más adelante– viene a ser bastante más liberal que la mantenida por funcionalistas como Durkheim o Parsons, en relación a la concepción de lo social (60). Por el contrario, la exposición de la postura del profesor de Bonn tiene esencialmente el fin de enfatizar algunas consideraciones ya realizadas en páginas anteriores.

2. Frente a sus críticos, afirma Jakobs que las objeciones contra el funcionalismo sociológico parten de una identificación errónea entre dicha corriente sociológica y el colectivismo (61). Por un lado, el individuo no puede entenderse al margen de la sociedad; sino que, por contra, es la sociedad la que conforma al individuo: la identidad de la sociedad conforma la identidad del individuo (62). Por otro lado, el funcionalismo no ha de implicar la disolución del individuo en el todo social, sino que el individuo estará presente en el sistema social en la medida en que intervenga en los procesos comunicativos del mismo;

(59) Por ejemplo, en la teoría de la pena de Jakobs cabe encontrar una evolución que iría desde posiciones que partirían del fin ético-social de su maestro Welzel a su concepción actual, reducido el fin de la pena al mero de fin de manifestación de la vigencia de las normas. Así, afirma en la actualidad (*vid.* la obra citada en nota 25), que el fin de ejercicio en la fidelidad a Derecho no es lo que justifica la pena, sino que ha de tratarse como un mero efecto secundario de la misma. Dicha evolución es resaltada por PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Estudio preliminar a JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 18 ss. y 39 ss.

(60) En este o similar sentido, en relación a Luhmann, SCHELSKY (nota 14), p. 43. Ésa parece ser la opinión de LÜDERSEN (nota 44), p. 883, respecto a Jakobs, cuando afirma que el fin de la pena que éste asume: ejercicio en la vigencia de las normas «va dirigido claramente, independientemente de su formulación abstracta –a personas concretas de una sociedad–». Más claramente en p. 891: «En absoluto puede afirmarse... que según la concepción de Jakobs la misión del Derecho penal debe concebirse totalmente desvinculada de los intereses de los individuos de una sociedad o de los hombres que habitan en un Estado».

(61) JAKOBS (nota 25), p. 853.

(62) JACOBS (nota 25), p. 850 y 852, citando a Herbert Mead. Cfr. también LUHMANN (nota 35), Capítulo 7.

la atención al individuo vendrá determinada, en otras palabras, por «la autodescripción de la sociedad» (63). No obstante, condición de la subjetividad es la propia funcionalidad de la sociedad: «sin una sociedad que funcione faltan las condiciones empíricas de la subjetividad» (64), si bien insiste Jakobs en que la perspectiva funcional no va referida a un modelo concreto: «existen sociedades liberales funcionalmente organizadas y sociedades colectivistas disfuncionalmente organizadas» (65).

3. Nuevamente ha de insistirse en la diferencia metodológica entre la facticidad y la normatividad. Sin duda, como ya se ha afirmado, el funcionalismo puede ser aplicado como un mero método de *observación* de lo social, apto tanto para sociedades liberales como para sociedades colectivistas, tanto para democracias como para dictaduras; método según el cual el «objeto» cuya funcionalidad ha de analizarse es el *status quo*: el sistema democrático en un caso, el sistema dictatorial, en otro, puesto que lo que se observa es lo dado: el ser, no el deber ser. Así, un mismo fenómeno social podrá aparecer como funcional para una sociedad liberal y como disfuncional para una sociedad colectivista. Pero el criterio de observación puede convertirse en criterio de *decisión*, como, por ejemplo, viene haciéndose respecto de la sanción penal: la pena «debe ser», es decir, viene legitimada en tanto en cuanto establezca el sistema. Jakobs, en la réplica a sus críticos acabada de exponer, parece confundir el plano de la argumentación, al rebatir objeciones normativas –políticas– con consideraciones sociológicas (66). La misma impresión puede sacarse si atendemos a la réplica dada por el autor alemán a las críticas de idéntico signo: instrumentalización del individuo en aras de la satisfacción de intereses colectivos, en materia de culpabilidad, cuando afirma que su concepción de la misma «sólo trata de la *descripción* de las condiciones funcionales de la sociedad. La descripción no instrumentaliza, sino que deja abierta una instrumentalización previamente dada» (67). En cualquier caso, como ya dijimos, lo que habrá que determinar es el «objeto» a estabilizar. Volveremos inmediatamente sobre ello. Pero antes hemos de detenernos aún en otra cuestión vinculada a la diferencia entre facticidad y normatividad, relativa al concepto de persona.

(63) JAKOBS (nota 25), p. 850.

(64) JAKOBS (nota 25), p. 851.

(65) JAKOBS (nota 25), p. 853.

(66) No obstante, la referencia a facticidad y normatividad tiene en relación a la metodología de Jakobs una índole distinta a la anterior referencia a dicha dualidad. Cfr. sobre ello el epígrafe VII.

(67) JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993, p. 30.

4. Sin duda es cierta la afirmación de Jakobs de que la identidad de la subjetividad —entendida como la conformación del individuo a través de los procesos de socialización— depende de la identidad de la sociedad en la que los sujetos interactúan entre sí, realidad que, como el mismo autor pone de manifiesto, ha sido especialmente resaltada en el debate filosófico-político entre el comunitarismo y el liberalismo (68). Pero lo que asimismo ha sido puesto de relevancia en dicho debate, y ha determinado su evolución posterior, es que debe establecerse una nítida separación entre lo que es el aspecto ontológico o empírico (ser) y lo que es el aspecto político o normativo (deber ser), y que del primero no tienen por qué derivarse consecuencias para el segundo (69); ni, por tanto, pueden rebatirse críticas normativas con argumentos ontológicos o empíricos, como parece hacer Jakobs. Expresado de otra forma: del hecho de que el horizonte psicológico-moral del individuo venga determinado por la conformación de la sociedad dada, no tiene por qué derivarse que el Derecho aparezca legitimado para servir de mecanismo internalizador de dichos valores, ni que los intereses y libertades del individuo hayan de venir delimitados por los intereses del organismo social. Ello, denominado por los críticos liberales al comunitarismo con el término «falacia comunitarista» (70), no es más que la derivación del deber ser a partir del ser, es decir, una falacia naturalista.

5. También en lo relativo a la comprensión del sujeto y su relación en sociedad debe establecerse una diferencia entre lo fáctico y lo normativo, distinguiendo así la noción de individuo de la de *persona*. Frente a la anterior, el concepto de persona es convencional y normativo: está constituido por normas, por el ámbito de derechos y deberes frente a las demás personas y frente al poder estatal. En otras palabras, el *status* de *persona* determina la forma en que el Derecho *debe* tratar con el individuo. El mismo Jakobs ha enfocado en su teoría de la imputación un concepto tal de persona (71). En este sentido, afirma

(68) JAKOBS (nota 25), p. 850.

(69) Cfr. HONETH, *Einleitung a Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*, Honeth (edit.), Frankfurt/New York, 1993, pp. 7 ss. (p. 10); TAYLOR, *Aneinandervorbei: Die Debatte zwischen Liberalismus und Kommunitarismus*, en la obra colectiva acabada de citar; FORST [(nota 54), pp. 23 ss., respecto a la crítica (ontológica) de Sandel a la posición (normativa)] de Rawls; GUTMANN, T. (nota 31), pp. 37 ss. (p. 41 ss. y p. 44).

(70) *Vid.*, por ejemplo, GUTMANN (nota 31), p. 44.

(71) JAKOBS (nota 25), p. 859: «Ser persona significa tener que jugar un rol; *persona* es la máscara, por tanto no precisamente expresión de la subjetividad de su portador, sino más bien presentación de una competencia social comprensible». En la

Forst que la noción abstracta de persona aparece como una «envoltura de protección» (*Schutzhülle*), un ámbito exterior que delimitará los márgenes de imputación de responsabilidad y de respeto por parte del Derecho (72). En consecuencia, la determinación del ámbito de dicha envoltura determinará la forma de concebir los límites y garantías materiales al *ius puniendi*; así, si, partiendo de algunas premisas funcionalistas, los principios valorativos se despojan de su carácter deontológico, y se determina su contenido en función de las necesidades de pervivencia del sistema, el *status* de persona será moldeable en función de la satisfacción coyuntural de dicho fin; en cambio, partir de premisas liberales, que den prioridad a los intereses del individuo frente a los del sistema social, implicará una más firme delimitación de los márgenes de dicha envoltura, puesto que ésta vendrá delimitada en atención a premisas deontológicas, independientes de la satisfacción de fines instrumentales, erigiéndose, entonces, en una verdadera barrera de protección frente al poder estatal. Todo ello es entroncable con la cuestión relativa a qué criterio se establece como *prius* axiológico a partir del que derivar decisiones materiales: el sistema social o el individuo. Así, siguiendo a Forst, en una concepción liberal y democrática del Derecho debe establecerse aún un concepto ulterior de individuo: éste no es sólo «persona» responsable frente al Derecho: «súbdito», sino que también se erige en «persona» responsable del Derecho: «ciudadano», en la terminología de este autor; es decir, las obligaciones y las libertades, los márgenes de imputación y las garantías frente a la misma, los delitos y las penas han de ser decididos *intersubjetivamente*, al amparo de un procedimiento en condiciones de igualdad, cuyo modelo por excelencia viene representado por el contrato social (73). En sentido similar, afirma Baumann que la imagen

literatura española, consideraciones normativas respecto a la idea de persona pueden hallarse en FEIJÓO, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, Madrid, 1997, p. 28.

(72) FORTS (nota 54), p. 86, pp.395 ss. y *passim*. También HABERMAS, «Razonable» versus «Verdadero» o la moral de las concepciones del mundo, en HABERMAS/ RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, 1998, pp. 147 ss., pp. 179, 180.

(73) Cfr. FORTS (nota 54), pp. 396 ss. y *passim*. En general sobre este tipo de libertad basada en el autogobierno, caracterizada como «libertad positiva», y distinguible de la «libertad negativa» anteriormente citada (protección de la autonomía privada y los derechos individuales), puede verse el escrito de HABERMAS, *La soberanía popular como procedimiento*, pp. 589 ss. (especialmente, pp. 598 ss.), incluido en HABERMAS, *Facticidad* (nota 46). En general sobre la distinción entre ambos tipos de libertad, cfr. el clásico de BERLIN, *Dos conceptos de libertad*, incluido en BERLIN (nota 27), pp. 187 ss. Algunos penalistas han aplicado alguna versión similar a la del

del hombre en un Estado de Derecho es la de una persona racional y autorresponsable, para quien su mayor interés radica en la libertad (74). Frente a este modelo intersubjetivo de legitimación (75), el cual, por decirlo gráficamente, opera «desde abajo», es decir, desde las decisiones tomadas por los individuos en condiciones de igualdad, el modelo de legitimación funcionalista –y, en general, cualquier concepción holista de lo social, según la cual, siguiendo el axioma aristotélico, el todo es superior y anterior a las partes– lo hace «desde arriba», siendo el sistema social, a partir de sus intereses, quien establece los derechos y deberes, los márgenes de lo punible en Derecho penal. Así, en la discusión entre el comunitarismo y el liberalismo, el primero concibe las relaciones entre los individuos como una cohesión orgánica basada en los valores que imperan en una sociedad dada, de forma que la integración de los individuos se realizará por medio de la asimilación e interiorización de dichos valores, constituyendo la identidad moral colectiva la identidad moral de la persona. Frente a ello, el liberalismo parte del principio de la autonomía moral, el cual protege a la persona frente a las concepciones morales de la mayoría, permitiendo, en suma, la diferencia y el disenso. Así, en una sociedad liberal, y a diferencia de en una «comunidad ética», el Derecho sólo aspira a establecer el ámbito externo de relaciones intersubjetivas para proteger los intereses esenciales de los ciudadanos, sin atribuirse el fin de integración y cohesión social a través de la conformación del esquema de valores (76). No es difícil, tras las consideraciones anteriores, establecer una diferenciación entre teorías liberales y «comunitaristas» en

pacto social, en especial según el modelo rawlsiano, a determinadas decisiones en Derecho penal. *Vid.*, entre otros, BAURMANN, *Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*, Baden-Baden, 1981, pp. 50 ss (principio de responsabilidad subjetiva); el mismo, «Strafe im Rechtsstaat», en *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, Baumann/Kliemt (Edit.), 1991, pp. 109 ss. (justificación de la pena); HOERTER, «Zur Begründung staatlichen Strafens», en *Otto Weinberger-Festschrift*, Berlín, 1984, pp. 233 ss. (justificación de la pena); GÜNTHER, *Möglichkeit einer diskursethischen Begründung des Strafrechts*, en *Recht und Moral*, Jung/Müller-Dietz/Neumann (edit.), 1991, pp. 205 ss. (más cercano a la teoría discursiva de Habermas).

(74) BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat* (nota 73), pp. 116-117.

(75) Sobre la idea del contrato social como un modelo de legitimación de instituciones políticas, cfr. KOLLER, «Theorien des sozialkontrakts als Rechtfertigungsmodelle politischer Institutionen», en *Otto Weinberger-Festschrift*, Berlín, 1984, pp. 241 ss.

(76) Sobre todo ello, cfr. FORST (nota 54), pp. 45-52, pp. 55 ss. y *passim*, y el resto de los autores citados en nota 65. En especial sobre el respeto a la autonomía moral como axioma esencial de liberalismo, cfr. LARMORE, *Politischer Liberalismus*, en *Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*, Honeth (edit.), Frankfurt/New York, 1993, pp. 131 ss.

materia de los fines de la pena. Plantearemos algunos ejemplos en el epígrafe siguiente.

6. El respeto a los principios garantísticos en Derecho penal, la *Wertrationalität*, viene referido tanto a la propia *justificación de la pena y sus fines* (límites legitimatorios), como al establecimiento de los *límites a la imputación y responsabilidad* (límites materiales). En la primera cuestión, la teoría de la pena de Jakobs –volviendo al autor que motivó esta digresión–, desvinculada de reminiscencias *welzelianas* relativas al ejercicio en la fidelidad a Derecho (77), presenta un respeto escrupuloso a premisas liberales: la idea de la protección de la expectativa normativa, de reafirmación en las potenciales víctimas de la confianza en la vigencia de la norma, puede entenderse como el mantenimiento de la expectativa de que los participantes en el contrato social respetarán los términos del mismo, como la protección de los márgenes de seguridad necesarios para el pacífico disfrute de los intereses del ciudadano, la cual entronca con el axioma liberal de la prioridad en la defensa de la libertad y seguridad de la persona como labor del Estado (78). De igual forma, dicho autor se ha esforzado por establecer, en lo tocante a la imputación objetiva, un ámbito de autonomía del individuo basado en la competencia del rol de persona, el cual trasciende el mero ámbito de las *cogitationes* (79). No obstante, la situación parece ser distinta respecto a la, por lo demás polémica, concepción del autor alemán de la responsabilidad subjetiva, según la cual la culpabilidad es entendida como un mero derivado de la necesidad de prevención, de forma que los presupuestos de imputación subjetiva, así como su medida, vendrán determinados por dicha necesidad (80). Los límites a la punición, la racionalidad valorativa, es así funcionalizada a partir de las necesidades de prevención general, de la racionalidad

(77) *Vid. supra* nota 59. Conviene poner de relevancia que lo que puede denominarse «prevención general positiva» abarca un amplio espectro de concepciones sobre la pena, y que en ocasiones suele criticarse unitariamente, sin distinguir suficientemente entre ellas.

(78) Por ejemplo, HARDWIG, *Personales Unrecht und Schuld*, MSchrKrim 1961, p. 195, quien afirma –mostrándose, por cierto, crítico con ello, ya que él parte de una idea social de «comunidad» hegeliana– que los conceptos esenciales del modelo de sociedad liberal –propios de la modernidad ilustrada– son la libertad, la seguridad, la satisfacción y el daño. Cfr. además el interesante paralelismo del fin de la pena de Jakobs con el –liberal– fin que Carrara atribuye a la pena que destacan PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ (nota 58), p. 25.

(79) Cfr. el escrito de JACOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung», *ZStW* 97 (1985), pp. 751 ss.

(80) Cfr. JACOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, pp. 3 ss, p. 9: «sólo el fin aporta un contenido al concepto de culpabilidad»; p. 14 y *passim*.

dad instrumental; el contorno del concepto de persona, en materia de responsabilidad subjetiva, parece venir determinado, por tanto, «desde arriba», desde criterios de protección de la colectividad, de estabilización del sistema.

VI. DERECHO COMO MEDIO PARA EL ORDEN SOCIAL VS. DERECHO COMO ORDEN SOCIAL

1. No entraremos en profundidad sobre la concepción de la culpabilidad en Jakobs; entre otras razones, porque, como ya hemos afirmado, la teoría del delito de Jakobs no es objeto central de este estudio. En cambio, sí ha de retomarse una cuestión que dejamos pendiente. Como hemos afirmado en multitud de ocasiones, el fin establecido por la lógica sistémica radica en la estabilización y pervivencia del sistema. Lo que debemos plantearnos, entonces, es de qué sistema estamos hablando cuando decimos que el Derecho debe servir a tal fin de estabilización; cuestión que normalmente no suele distinguirse con la suficiente nitidez. A este respecto, el papel del Derecho puede entenderse de dos formas: por un lado, como medio para la estabilización y cohesión del orden social y, por otro, como orden social, el cual persigue su propia estabilización dentro del orden social (81). Expresado en la terminología luhmaniana, el Derecho se configura como un subsistema autónomo y cerrado ubicado, a modo de círculo concéntrico menor, en el sistema social, apareciendo éste para el sistema 'Derecho' como parte del entorno (82), y la estabilización perseguida por el Derecho puede venir referida tanto al sistema social como al subsistema 'Derecho'. La distinción puede resultar compleja y, hasta cierto punto, superflua, ya que el hecho de que Derecho sirva como medio al fin de la estabilización social implicará que el subsistema 'Derecho' se estabilizará dentro del sistema social, en tanto en cuanto será reconocido; y, viceversa, el hecho de que el Derecho sea estable dentro del sistema social, es decir, que sus normas sean reconocidas, implicará que sirve al fin de estabilización social, ya que reducirá la violencia social y, en última instancia, la desintegración social. No obstante, el optar por uno u otro modelo puede conllevar

(81) Similar distinción es el punto de partida del análisis sociológico que realiza BAURMANN en su obra *Der Markt der Tugend. Recht und Moral in der liberalen Gesellschaft. Eine soziologische Untersuchung*, Tübingen, 1996, pp. 1 ss.

(82) LUHMANN (nota 40), pp. 337 ss. y *passim*.

diversas implicaciones políticas y, por ello, jurídicas. Hemos de recurrir a los ejemplos para matizar dichas diferencias.

2. Por un lado, la noción del *Derecho como un instrumento para la estabilización social* se corresponde con la concepción «comunitarista» de la sociedad, según la cual sólo una identificación sólida entre sus miembros en torno a valores, convicciones y afectos comunes posibilita la pervivencia del colectivo y evita la disgregación de la sociedad; valores y convicciones que constituyen la identidad de la comunidad, la cual determinará la identidad moral y del individuo y establecerá los esquemas de actuación social. Desde esta concepción organicista de lo social, el Derecho es postulado la expresión de la moral colectiva, y se configura como vehículo del mantenimiento de dicha identidad, con el fin, por tanto, de asegurar las condiciones de su pervivencia. Y el delito es, ante todo, la manifestación de la infidelidad hacia la comunidad. Dicha concepción de lo social está presente, por ejemplo, en la función ético-social de Welzel o de H. Mayer, según la cual los valores plasmados en las normas, como emanación del espíritu del pueblo representan el *ethos* que aglutina y da identidad a la comunidad ética (83). Fin del Derecho penal, concebido éste como «poder espiritual configurador del orden» (84), es entonces el mantenimiento de esos valores en la conciencia de los miembros de la comunidad. Afirma, por ejemplo, H. Mayer: «La función preventivo-general del Derecho penal encuentra su fundamento moral en su determinación de presentar la realidad moral del pueblo y de probar la realidad y el poder del orden de las costumbres y del Derecho sobre el injusto» (85). La prioridad de la protección de los valores de la actitud frente a la protección de bienes jurídicos puede interpretarse *funcionalmente*

(83) La vinculación del primer Welzel con ciertos aspectos de la ideología del nazismo es, por lo demás, innegable. Cfr., por ejemplo, WELZEL, *Über den substantiellen Begriff, des Strafgesetzes*, en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 228, donde habla de la «misión histórico-cultural» de la comunidad, para la cual los actos de los individuos, si bien representan la altura moral de la primera, son para ella únicamente un medio para llevar a cabo tal misión. Cfr. también p. 233-234. Por otra parte, la idea de la *Volksgemeinschaft*, concepto ya presente en Hegel, es elemento definidor esencial de la comprensión de lo social tanto de Welzel como de H. Mayer. Léase, de este autor, el *Prólogo* a su *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, 1936. Dicha tendencia filosófico-política, omnipresente en Alemania en los años treinta, se plasma también, por ejemplo, en GALLAS, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, Gleispach-Festschrift, 1936, pp. 50 ss. La vinculación de los dos primeros autores con los planteamientos políticos nazis es puesta también de relevancia por AMELUNG (nota 37), pp. 228, 278, destacando el marcado carácter antiliberal de dichas posiciones.

(84) WELZEL (nota 13), p. 193.

(85) H. MAYER (nota 83), p. 4.

como un más eficaz medio para la protección última de éstos (86); pero su *razón de ser*, su justificación, tiene su origen en premisas filosófico-políticas derivadas de dichos antecedentes —especialmente del estatalismo ético hegeliano (87)—, según las que misión del Derecho penal es el fortalecimiento de la identidad ética de la comunidad, a través de la conformación de las costumbres morales, de una actitud fiel a los valores que la cohesionan. De similares premisas políticas parte también la conocida concepción de Lord Devlin, denominada por Hart como la «tesis de la desintegración», según la cual el Derecho penal ostenta el cometido de asentar e imponer la moral dominante en la comunidad, con el fin último de fortalecer los vínculos morales que la mantienen unida y evitar así su disgregación (88). Y en poco dista, respecto de las acabadas de ver, la forma de comprender la sociedad y el papel en la misma de la pena en los funcionalistas Durkheim y Talcott Parsons. Para el primero de ellos, la pena sirve al restablecimiento de la «conciencia colectiva» —conjunto de valores, creencias y afectos que aglutinan la identidad de la comunidad (89)— alterada por el delito. Con la imposición de la pena, comprendida

(86) *Vid.*, por ejemplo; HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a. M., 1973, pp. 87 ss.; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1994 (2.ª ed.) 2/35,36. El mismo WELZELL (nota 13), p. 4, expone de forma similar su posición.

(87) Para una crítica a la concepción del Estado en Hegel puede verse, FERRAJOLI (nota 9), pp. 880 ss., denominando la concepción del filósofo alemán como «Estado-fin», como un fin en sí mismo, al ser expresión suprema del Espíritu objetivo emanado de la comunidad, y oponiéndolo a la idea del «Estado-instrumento», propia de la ilustración liberal, como un medio creado por la libertad de los individuos para la satisfacción y protección de sus propios intereses. También el *Prólogo* de BOBBIO a la obra acabada de citar, p. 18: «Uno de los enemigos mortales del defensor convencido del garantismo es el estado ético de Hegel y, más en general, toda concepción organicista de la sociedad»; BOBBIO, «Hegel und die Naturrechtslehre», en *Materialien zur Hegels Rechtsphilosophie*, Tomo II, Riedel (compilador), Frankfurt a. M., 1979, pp. 81 ss. (p. 82, y p. 85, contrastando la concepción del *Volksgeist* de Hegel con la del romanticismo irracionalista germano; pp. 86, 90 respecto del holismo y organicismo hegeliano). Más radical aún es la crítica de POPPER, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde II. Falsche Propheten. Hegel, Marx und die Folgen*, München, 1980 (6.ª ed.), p. 48: «El colectivista Hegel plantea el Estado... como un organismo», 53 ss., 80 ss: «Casi todas las ideas más importantes de las modernas direcciones totalitaristas han sido directamente tomadas de Hegel».

(88) Especialmente crítico, HART, «Soziale Bindung und die Durchsetzung der Moral», en *Recht und Moral. Drei Aufsätze*, Hoerster (compilador), Göttingen, 1971, pp. 87 ss. (91 ss.). Sobre las tesis de Lord Devlin, puede verse asimismo, VOSS (nota 23), pp. 107 ss., a cuya concepción vincula las de Welzel y H. Mayer; WOLF (nota 5), p. 35: «La debilidad de la retórica de Devlin... yace en su utopía de la comunidad. Sus argumentos a favor del moralismo de las leyes y de la analogía del delito con la subversión parten de 'ideales comunitaristas'».

(89) DURKHEIM (nota 39), p. 94.

como «reacción pasional» (90), los instintos irracionales de venganza –la «cólera pública», en expresión de este autor– son sublimados y canalizados, restableciendo el clima de solidaridad social anterior al delito. La verdadera función de la pena, afirma Durkheim, «es mantener intacta la cohesión social, conservando en toda su vitalidad la conciencia común. Si se la negara de una manera categórica, perdería aquélla necesariamente su energía, como no viniera a compensar esta pérdida una reacción emocional de la comunidad, y resultaría entonces un aflojamiento de la solidaridad social. Es preciso, pues, que se afirme con estruendo desde el momento que se la contradice, y el único medio de afirmarse es expresar la aversión unánime que el crimen continúa inspirando». La pena es, así, «el signo que testimonia que los sentimientos colectivos son siempre colectivos, que la comunión de espíritus en una misma fe permanece intacta y por esa razón repara el mal que el crimen ha ocasionado a la sociedad» (91). T. Parsons, por su parte, continúa la senda iniciada por Durkheim, en la cual introduce además perspectivas freudianas de psicología profunda. Para el sociólogo americano, la esencia de la integración social yace en la identificación interna en torno a valores morales. Para mantener dicha integridad, el Derecho se erige en factor de socialización, por medio de cuyas normas se internalizan los valores que rigen en la sociedad, cohesionando así una «comunidad ética», sin la cual resultaría inviable la pervivencia de la sociedad (92). Como conclusión, puede afirmarse que todos estos autores parten de una concepción orgánica de la sociedad, cohesionada en torno a valores y convicciones comunes, según la cual el Derecho tiene el fin *esencial* de mantener la integridad de los valores de los que la misma recibe su identidad, de fortalecer la cohesión social, aunque ello sea canalizado por vías diversas: en unos por medio de la internalización de valores, en otros por medio de la satisfacción de instintos de venganza, por medio de la cual, vía exclusión del chivo expiatorio, se cohesionan y fortalecen los vínculos afectivos de la colectividad. Característica común a todas ellas es, además, el rechazo de las teorías liberales del orden social y, en línea con lo anterior, el rechazo de la protección de bienes jurídicos como fin del Derecho penal (93).

(90) DURKHEIM (nota 39), p. 106, p. 113.

(91) DURKHEIM (nota 39), p. 127.

(92) Sobre la posición de T. Parsons en relación al sociedad y al Derecho, cfr. OTTO (nota 44), pp. 17 ss., pp. 170 ss.

(93) Una diferencia ulterior entre las posiciones de ascendencia filosófica (Welzel) y las de carácter funcional (Durkheim) es que, mientras en las primeras los valores que dan identidad a la comunidad plasmados en el Derecho son la moral *ver-*

3. Tenemos, así, que la concepción orgánica de algunos funcionalistas –concepción también mantenida por autores que parten de similares premisas filosófico-políticas– lleva a mantener para el Derecho el fin de cohesión de la misma. De dicha función del Derecho como estabilizador del organismo social, vía cohesión de convicciones morales, deben distinguirse, como decía, las posturas que parten de la estabilización del sistema jurídico dentro del sistema social. Dicha postura no prejuzga necesariamente dicha concepción orgánica y ética de la comunidad, por lo que no se habrá de darse la fusión entre Derecho y moral de la que adolecen las anteriores posturas. Según esta segunda comprensión del Derecho, la incidencia del mismo sobre la sociedad no va orientada en este caso a fines de integración o fortalecimiento de la identidad moral común, sino que aquél sólo persigue, en un cierto grado, su *reconocimiento en la sociedad*; en otras palabras, que sus normas sean respetadas por los ciudadanos; o, en la versión de Luhmann y Jakobs, ni siquiera eso: para ellos basta con que las normas orienten los contactos sociales mediante la expresión de la vigencia fáctica de la expectativa normativa. Como puede verse, esta comprensión: estabilización del subsistema Derecho, dista mucho de la anterior: estabilización del sistema social por el Derecho. Y es a la primera de éstas a la que se tiende en algunas justificaciones programáticas de la pena y el Derecho penal, cuando se afirma que éste tiene el fin de «ejercitar en el reconocimiento de la norma» (94) o la misión de «mantener el respeto general a dichas normas» (95). También en el mismo sentido pueden entenderse las cada vez más abstractas declaraciones de Jakobs sobre el fin de la pena, cuando afirma, por ejemplo, que la pena «manifiesta identidad social» (96) o que sirve al fin de la «confirmación de la realidad de las normas» (97), siempre que –a pesar de las similitudes terminológicas con las anteriores nociones metafísicas de la comunidad– se entienda dicha «identidad social» no

dadera –a partir de la metafísica estatalista hegeliana del Espíritu objetivo, el cual halla su expresión más acabada en el Estado como prolongación moral de la comunidad del pueblo–, en las segundas lo que ha de estabilizarse es sencillamente la moral dominante en una sociedad dada en un momento dado, independientemente de la corrección o de la «verdad» de dicha moral; es decir, se pasa de una metafísica de los valores a un absoluto relativismo valorativo. Ésta es también la postura de Devlin, a cuyas tesis vincula HART (nota 85), pp. 93-94, las de Durkheim. Sobre la diferenciación citada cfr. WOLF (nota 5), pp. 30 ss.

(94) JAKOBS (nota 38) 1/15.

(95) Por ejemplo, FELIÓ (nota 71), p. 36.

(96) JAKOBS (nota 25), p. 844

(97) JAKOBS, «Sobre la teoría de la pena», *PJ*, núm. 47, 1997, p. 149 ss.

como una identidad moral o afectiva, metafísica o colectiva, sino meramente como la identidad normativa, es decir, el conjunto de normas *jurídicas* emanadas en una sociedad.

4. El problema al que se enfrentan estas concepciones es precisamente el contrario al de las anteriores. Si éstas partían de una fuerte identificación entre moral y Derecho, las que ahora estamos planteando adolecen de un carácter tautológico y circular (98). En efecto, la finalidad del Derecho de ejercitar en el reconocimiento de la norma no es más que la pretensión de respeto a que tiende todo sistema de normas prescriptivas. Como afirma Frommel, «*estabilización de la norma* se convierte en este contexto en un concepto tautológico. Por definición, las instancias de control penal estabilizan el orden respectivo» (99). Con afirmar dicho fin no se ha dicho aún nada, puesto que no se explicita cómo debe llevarse a cabo (100). Así, ese respeto puede perseguirse por medio de la mera motivación coactiva –amenaza de un mal–, lo que puede llamarse *acatamiento*; o puede buscarse también por medio de criterios de vinculación política, basados en la motivación fundada en la *razonabilidad* y *justicia* del Derecho, lo que puede denominarse *aceptación o reconocimiento* en sentido estricto (101). Pero ello puede también perseguirse a través de las vías expuestas anteriormente –moralización y satisfacción de instintos de venganza–, entendidas funcionalmente, esta vez, como medio de reconocimiento del Derecho (102). De similar problema de circularidad parece adole-

(98) Así, por ejemplo, FROMMEL, *Umriss einer liberal-rechstaatlichen Normverdeutlichung durch Strafrecht*, en Schüler-Springorum-Festschrift, 1993, p. 274. LÜDERSSEN, *Abschaffen des Saftrens?*, Frankfurt a. M., 1995, p. 31. Respecto de la metodología de Jakobs, SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, GA 1995, p. 220 Cfr., por otro lado, sobre la estricta separación de Luhmann hace entre Derecho y moral, LUHMANN, *Rechtssoziologie* (nota 46), pp. 223-224, y p. 225, donde rechaza cualquier función ético-social, moralizante o socializadora del Derecho. Si bien ello le lleva a excluir asimismo cualquier criterio legitimatorio externo al Derecho positivo mismo: p. 226: «Y “justicia” se plantea como un principio ético ahora externo al Derecho». Ello conlleva consecuencias en el papel que Luhmann atribuye a la dogmática jurídica, y que Jakobs asume, como veremos más adelante.

(99) FROMMEL (nota 98), p. 274. En el mismo sentido, LÜDERSSEN (nota 44), p. 885: «‘Bestandssicherung’ ist ja eine Leerformel».

(100) Así, concretamente, LÜDERSSEN (nota 98), p. 31.

(101) Cfr. las similares consideraciones de BAURMANN (nota 81), pp. 327 ss., quien, partiendo de las nociones de Hart de «punto de vista externo» y «punto de vista interno», establece dos formas esenciales de imposición del Derecho: situacional –que se correspondería con la idea de «acatamiento» esbozada en el texto– y disposicional –«reconocimiento».

(102) Todo ello puede exponerse de la mano de los fines de la pena y la noción de persona, destinataria de las normas que persiguen dicho reconocimiento. 1) Así, la

cer, por otra parte, la luhmaniana protección de la expectativa normativa, como uno de los medios para ejercitar en tal reconocimiento. Se afirma, desde esta posición, que la pena tiene el fin de estabilizar la vigencia de la norma, pero no se afirma con claridad qué mecanismo operará para satisfacer tal fin, sobre todo cuando los defensores de la misma rechazan expresamente cualquier fin directivo evitador de conductas lesivas (103). Expresado de otra forma: si lo que se protege es la seguridad de la expectativa de los participantes en el tráfico social

función ético-social de la pena respondería a la idea del «*hombre moral*», según la cual se parte de la premisa *metafísica* de que los valores del individuo se identifican *a priori* con los valores de la comunidad y, por extensión, con los del Estado. 2) La función de integración colectiva, así como la internalización funcional de valores propia del Talcott Parsons, implica un «*hombre sociológico*», según el que se parte de la premisa *funcionalista* de que el individuo tiende a (y por ello «debe» identificarse con los afectos y convecciones de la sociedad. 3) La prevención general negativa, en su versión racionalista, es expresión del «*hombre económico*», cuya pauta de actuación viene dada por el interés individual, establecido exclusivamente por el balance entre costos y beneficios. 4) Por último, la prevención general positiva basada en el reconocimiento *en sentido estricto* del Derecho, tiene su reflejo en la idea del «*hombre político*», modelo caracterizado por dar prioridad a sus intereses individuales, si bien no parte del balance costos/beneficios a corto plazo, sino que está dotado de cierta disposición a la *cooperación* y, por ello, de cierta tendencia al respeto de lo pactado y a la autorresponsabilidad en caso de incumplimiento, siempre que él haya sido partícipe en ese pacto y lo pactado haya sido establecido por un procedimiento justo y que, como consecuencia de esto, en dicho pacto se vean reflejados sus intereses. Una concepción similar a ese «hombre político» es la mantenida por RAWLS, *Sobre las libertades*, Barcelona, 1996, pp. 43 a 48, para determinar la noción de persona como participante del contrato social. El modelo de Rawls parte de dos capacidades esenciales: lo racional y lo razonable. Lo racional es concebido como la potestad de tener y perseguir un sentido individual del bien –dentro del cual se configura como bien primario, en cuanto requisito para cualquier otro bien, el de la libertad, bien que, por ello, se presupone perseguido por la persona–. Y lo razonable es la capacidad del «sentido de lo recto y de la justicia», entendido como «capacidad de comprender, aplicar y ser movido normalmente por deseo efectivo de actuar los principios de la justicia [*scil.* obtenidos del contrato social] como términos equitativos de cooperación social». Respecto de lo que ese modelo representa, concluye Rawls (p. 51): «Los ciudadanos iguales de una sociedad bien ordenada son plenamente autónomos porque aceptan libremente las constricciones de lo razonable, y al hacerlo su vida política refleja aquella concepción de la persona que asume como fundamental su capacidad de cooperación social. Es la plena autonomía de los ciudadanos activos lo que expresa el ideal político que se debe realizar en el mundo social». Éste sería, por lo demás, el modelo de hombre exigido en un Estado democrático de Derecho, lo que conllevará consecuencias en materia de legitimación de los fines de la pena. En cualquier caso, el texto no va dirigido a dicha cuestión, por lo que debemos dejar de lado este enfoque.

(103) Así claramente en LUHMANN, «Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?» en *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1981, pp. 73 ss, *passim*; similar JAKOBS (nota 38) 1/9 ss.

(potenciales víctimas) de que *terceras personas* (potenciales delincuentes) no vulnerarán las normas y, por tanto, sus intereses, ¿cómo puede garantizarse esa seguridad si no es precisamente a través de la activación de medidas preventivas *frente a esas terceras personas*?

VII. CRÍTICA A LA COMPRESIÓN DE JAKOBS DE LA DOGMÁTICA

1. A modo de conclusión intermedia, puede decirse que lo que separa a Luhmann y a Jakobs de otras aplicaciones del funcionalismo sociológico en Derecho penal es que mientras éstas parten de la estabilización del sistema social, por medio de una línea de continuidad entre la moral, el Derecho y el Estado, el primero parte de la estabilización del subsistema del Derecho –separándolo del subsistema ‘Moral’– dentro del sistema social. Y que mientras las primeras incurren en una (con)fusión entre Derecho y moral, la concepción de Luhmann/Jakobs incurre en problemas de circularidad y tautología.

2. Ello viene motivado, a mi juicio, por lo siguiente. La incorporación que hace Jakobs a la dogmática jurídico-penal de los métodos de análisis formalizados y abstractos de la teoría sistémica le llevan a atribuir a la dogmática un carácter positivista y formal (104). La abstracción y formalismo se manifiesta, por un lado, en la «normativización» conceptual realizada en las categorías del delito, asumiendo la terminología sociológica (105). Pero no es éste el aspecto que ahora

(104) Cfr. LUHMANN, *Rechtssoziologie* (nota 46), pp. 223-224 (donde separa claramente el sistema moral del sistema jurídico) y 226; y pp. 259 ss. No sin razón afirma LÜNDERSSEN (nota 44), p. 881 que la conocida discusión mantenida entre este autor y Jakobs sobre la opción entre *Funktionalismus* o *Alteuropäischen Prinzipien-denken* puede entenderse también como una cuestión de mayor o menor abstracción. Lo cual, por otra parte, podrá conllevar notables implicaciones normativas, como a continuación se expondrá en el texto.

(105) Crítico en general sobre la sustitución del vocabulario jurídico por uno sociológico, LUZÓN PEÑA, «Alcance y función del Derecho penal», *ADPCP*, 1991, p. 19; crítico en concreto sobre Jakobs, SCHUNEMANN (nota 98), pp. 220 ss. Una crítica más general a la «abstracción, la vaguedad y la indeterminación» de los conceptos sistémicos puede verse en MCCARTHY (nota 28), p. 185 mencionando una objeción que ya opusiera Habermas en 1967 relativa al «fetichismo de los conceptos» y al «ridículo desequilibrio entre el imponente montón de recipientes categoriales vacíos y la insignificancia empírica almacenada en ellos»; objeciones éstas que deberían cuanto menos plantear la adecuación del aparato conceptual sistémico en lo tocante a su aplicación a la dogmática jurídico-penal.

interesa resaltar. La cuestión va dirigida hacia el papel que Jakobs otorga a la dogmática jurídico-penal como labor del intérprete del Derecho. Para este autor, el papel del intérprete jurídico ha de limitarse a *descripción*, a la *explicación* del sistema positivo de normas en una sociedad dada –en su caso, en la sociedad alemana– (106), respecto a la finalidad genérica de estabilización del primero en la segunda, sin introducir consideraciones valorativas sobre cómo *debería ser* la conformación de dicha sociedad, es decir, cómo debería ser el Derecho penal que emanara de esa sociedad (107). Como, por ejemplo, pone de manifiesto Müssig, discípulo de Jakobs, «los puntos de partida de la teoría sistémica son, esencialmente, ciegos ante la problemática jurídico-penal de la legitimación». Coherentemente, su versión de «la teoría de la prevención general positiva... es un modelo formal y positivista en la medida en que da por supuesta, es decir, no convierte en el tema a tratar, la configuración concreta de la sociedad» (108). Y lo que este autor afirma de dicho fin de la pena es, en realidad, la concepción general de la dogmática de Jakobs, según la cual el intérprete ha de limitarse a analizar el Derecho positivo y renunciar a la introducción de criterios políticos (criminales) (109) de validez y legitimidad. Es dada esta concepción por lo que algún autor ha calificado el método de Jakobs como «sociológico», «puesto que la construcción dogmática ha perdido toda autonomía valorativa (y, por ello, toda posibilidad de aportación de principios correctores) y se ha hecho esclava de la constatación empírica de cuáles son las funciones del subsistema jurídico-penal en el sistema social» (110).

3. Coherentemente con el método de análisis de la teoría sistémica, Jakobs plantea una concepción del trabajo dogmático despojada de prescriptivismo, de criterios axiológicos normativos, desde los que informar la construcción del sistema. Para ello, se ve obligado a construir un sistema del delito de gran abstracción, el cual, como algunos de sus críticos le han objetado, es compatible con la configuración política de cualquier sociedad, tanto liberal como colectivista (111).

(106) JAKOBS (nota 38) 1/3. Cfr. asimismo, del mismo autor (nota 25), pp. 853.(107) Así, JAKOBS (nota 25), p. 855.

(108) Cfr. MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt a. M. et al., 1994, pp. 72 y 238, respectivamente. Cfr. también p. 142: «La teoría de la prevención general positiva es un concepto positivista: presupone el Derecho y la forma de la sociedad, en el sentido de que son éstos los que determinan el contenido y el ámbito del Derecho penal».

(109) JAKOBS (nota 25), p. 855.

(110) SILVA SÁNCHEZ (nota 1), p. 70

(111) Referencias sobre esas críticas en PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ (nota 59), p. 27, nota 51.

La contestación de Jakobs a estas críticas parece ser la siguiente: el intérprete no es quien para cuestionar la legitimidad del Derecho penal; ésta dependerá de la legitimidad del sistema político-social del que es fruto; por ello afirmaba, como vimos, que la perspectiva funcional por él empleada «no está vinculada a ningún modelo en concreto» y que la atención a las garantías de los individuos dependerán de la autodescripción de la sociedad (112); es decir, que ello no es algo que deba pertenecer a la agenda de trabajo del dogmático.

4. La primera cuestión que puede surgir es si nos encontramos una vez más ante el ya expuesto problema de la distinción entre la facticidad: descripción, y la normatividad: decisión, cuestión que, de ser su respuesta afirmativa podría llevarnos a objetar a Jakobs el incurrir en una falacia naturalista. A mi juicio, no es éste el caso. La distinción entre facticidad y normatividad no se da ahora, a diferencia de como fue planteada más arriba, en relación a los efectos y funciones del Derecho y la pena en el entorno social, sino dentro de la *interpretación* y *elaboración dogmática* del Derecho. Así, Jakobs parte de la facticidad, en cuanto toma al Derecho –conjunto de *decisiones* tomadas por el legislador– como un *factum* social, y se limita a describirlo desde el punto de vista de su estabilización dentro del sistema social. Lo prescriptivo del Derecho –normas y principios valorativos– es asumido entonces como un hecho sujeto a la mera *observación y explicación*, y no algo sobre lo que deban, a su vez, emitirse *decisiones* valorativas prepositivas. Estamos, en suma, ante un modelo metodológico positivista y formal. Así, la desvinculación pretendida por Luhmann y Jakobs respecto a consideraciones valorativas, que les permite renunciar –a diferencia de Talcott Parsons– a concebir un modelo de sociedad y de las relaciones entre sus miembros y el Estado basada en las convicciones morales y, por ello, a la confusión citada entre Derecho y Moral, llega hasta el extremo de prescindir de toda referencia axiológica y valorativa exterior al derecho positivo mismo: al sistema «Derecho». Ello puede venir dado por una diferente comprensión estructural de la teoría funcionalista. A diferencia de T. Parsons, quien concebía los sistemas como entes abiertos, interrelacionados entre sí funcionalmente (por ejemplo: Derecho-Moral-Sociedad), Luhmann da un paso más y caracteriza los sistemas como «cerrados»: los sistemas operan en función de los procesos de comunicación dados dentro de los mismos –autorreferencialmente–, sin influencia directa de los generados

(112) JACOBS (nota 25), p. 850 y 853.

en el entorno (113). Así, para el sistema «Derecho positivo» el ámbito de legitimación valorativa –sistemas moral y político –pertenece al entorno, por lo que no afectará a las operaciones y decisiones tomadas en el interior del mismo (114). Las palabras de Habermas expresan inmejorablemente esta idea: «Al final de un largo proceso de desencantamiento por parte de las ciencias sociales, la teoría de sistemas liquida los restos del normativismo del Derecho natural racional. El Derecho, que acaba reduciéndose a un sistema autopoyético, queda despojado, desde ese punto de vista sociológico, distanciador y extraño, de todas sus connotaciones normativas... Su validez, el Derecho sólo puede hacerla derivar positivísticamente [*sic.*] del Derecho vigente; se ha despojado de toda pretensión de validez que pueda tener un alcance mayor. No hay ni un *output* que el sistema jurídico pudiese suministrar en forma de regulaciones: no le están permitidas las intervenciones en el entorno. Ni tampoco hay un *input*, que el sistema jurídico recibiese en forma de legitimaciones: también el proceso político, el espacio de la opinión pública y la cultura política constituyen entornos, cuyos lenguajes el sistema jurídico no entiende» (115). Ello lleva a Luhmann a concebir la aplicación del Derecho al modo positivista de la superada jurisprudencia de conceptos, como queda puesto de manifiesto en la enunciación que hace García Amado del método jurídico luhmanniano: «Para Luhmann, la aplicación del Derecho no es un acontecimiento para cuya racionalidad tengan que aportar nada las valoraciones del juez. Las decisiones de éste están ‘condicionalmente programadas’ en las normas generales, de modo que cuando se da el supuesto previsto en el antecedente o supuesto de hecho de la norma la decisión debe recaer como mera aplicación de lo establecido en el consecuente de la misma. La racionalidad de la decisión programada que el juez lleva a cabo consiste en su coincidencia con los criterios marcados en la decisión programadora del legislador» (116). En conclusión, y volviendo al

(113) Cfr. por ejemplo, LUHMANN, *Rechtssoziologie* (nota 46), pp. 355, 356, donde afirma que «el sistema de Derecho es un *sistema normativamente cerrado*». Sobre ese paso dado por Luhmann, así como sobre las diferencias de su funcionalismo respecto del de Parsons o v. Bertalanffy, puede verse RODRÍGUEZ MANSILLA, *Introducción a LUHMANN, Confianza*, Barcelona/México/Santiago de Chile, 1996, pp. XI y XII; también MÜSSIG (nota 108), pp. 96 ss., resaltando el «cambio de paradigma», y pp. 101 ss.

(114) Así, LUHMANN, *Rechtssoziologie* (nota 46), p. 357.

(115) HABERMAS *Facticidad* (nota 47), p. 115.

(116) GARCÍA AMADO (nota 49), pp. 175-176, citando a LUHMANN, «Funktionale Methode und juristische Entscheidung», en *Ausdifferenzierung des Rechts* (nota 102), pp. 275-276. *Vid.* además, LUHMANN, *Rechtssoziologie* (nota 46), pp. 234 ss.

tema que a nosotros concierne: el sistema «política criminal» pasa a formar parte del entorno del sistema «Derecho positivo», por lo que las consideraciones valorativas del primero en nada afectarán a éste.

5. La asunción de la metodología sistémica luhmaniana en el Derecho penal realizada por Jakobs aboca, por tanto, a volver a levantar la «barrera infranqueable» que separa la política criminal de la dogmática (117). Independientemente de que quepa dudarse de si el mismo Jakobs es en realidad fiel a tal pretensión —puesto que no pocos de sus escritos pueden hallarse referencias valorativas no precisamente «observadas» en la legislación vigente alemana (118)—, lo que en realidad debe plantearse es si tal pretensión es fácticamente viable, por un lado, y si es normativamente correcta, por otro.

6. Por lo que respecta al primer aspecto, sabido es que las disposiciones legales, como enunciados lingüísticos que son, vienen caracterizadas por un margen considerable de vaguedad y ambigüedad en el ámbito de significado de sus términos (119), lo que, en afirmación de los críticos a la metodología jurídica positivista, impide concebir la aplicación de la ley como una mera subsunción formal, sino que para ello juega un papel importante la *decisión e interpretación* del aplicador del Derecho, la cual, siempre dentro del marco de significado de la norma —del sentido literal posible—, vendrá dada inevitablemente a partir del razonamiento instrumental (fines) y valorativo (principios) (120). En este sentido, de la mera descripción de los textos

(117) Así también SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva*, Estudio preliminar a Günther Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1996, p. 80.

(118) En similar sentido, los autores citados en nota anterior, p. 81.

(119) Cfr. sobre ello, HART, «Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral», en *Recht und Moral. Drei Aufsätze*, Hoerster (compilador), Göttingen, 1971, pp. 29 ss.; NINO (nota 1), pp. 264 ss.; SCHÜNEMANN, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Schünemann (compilador), Madrid, 1991, p. 36. Sobre los términos de «vaguedad» y ambigüedad», cfr. GUIBOURG/GHIGLIANI/GUARINONI (nota 28), pp. 47 ss. *Vid.* también SCHÜNEMANN, *Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre*, Festschrift für Klug, Köln, 1983, Tomo I, p. 170: «La perspectiva de la filosofía del lenguaje y la inevitable e irremediable vaguedad y porosidad ontológica del lenguaje común han propinado el golpe mortal definitivo al positivismo legal».

(120) Sobre ello, entre muchos, ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1997, pp. 23 ss.; SCHÜNEMANN, Klug-FS (nota 119), p. 169; GARCÍA AMADO (nota 49), pp. 151 a 154, criticando la concepción de Luhmann desde las mismas críticas objetadas al positivismo metodológico. *Vid.* también NINO, *Ética y derechos humanos*, 1989, Barcelona, p. 21: «todo orden jurídico padece de indeterminaciones, generadas por lagunas, contradicciones, ambigüedades, imprecisiones, y ellas no pueden ser resueltas sin acudir directamente a consideraciones valorativas», y pp. 22-23.

legales no pueden derivarse ni el *telos* de las mismas, ni los principios rectores orientadores de todo el sistema, sino que éstos habrán de venir dados a partir de una serie de criterios de argumentación y razonamiento práctico, previos al Derecho positivo, que indicarán la orientación interpretativa a tomar en relación a dichos textos legales. Es esta realidad, asumida mayoritariamente, la que impone a la dogmática jurídica su labor esencial; como, por ejemplo, afirma Silva, una «caracterización de la dogmática que la aproxima a su verdadera misión» es la de «añadir a los enunciados de la ley otros enunciados, que se emplean en la fundamentación de decisiones junto a la ley misma» (121). La pretensión de Luhmann de que el juez no sea más que «la boca que pronuncia las palabras de la ley», según la clásica expresión de Montesquieu, implica retrotraer la metodología jurídica al formalismo positivista decimonónico, por lo que el destino de la misma será inevitablemente toparse con el problema hermenéutico (122). Y respecto de la dogmática jurídico-penal —la cual, al fin y al cabo, halla su misión fundamental en la aportación de criterios razonados y razonables de interpretación de las normas a los aplicadores del Derecho— la misma involución supone, a mi juicio, el retorno a un positivismo aséptico a toda valoración político-criminal exterior a las palabras de la ley. En cualquier caso, no puede afirmarse que la metodología de Jakobs no sea *teleológica*, si bien, dado el *telos* que persigue, en un sentido particular. Siguiendo la perspectiva sistémica, el criterio axiológico de interpretación que emplea el autor alemán es el basado en la estabilización del subsistema jurídico-penal en el sistema social; como aquí ha sido conceptualizado: la pretensión de reconocimiento en la sociedad, pretensión, como decíamos, circular, en el sentido de que todo sistema de normas persigue imponer su carácter prescriptivo y obligatorio o, al menos, ser asumido como orden consensualmente válido. Pero, como también habíamos dicho, la idea de reconocimiento en sentido amplio no es más que una fórmula vacía y abstracta, puesto que con ella no se pone aún de manifiesto cómo ha de ser llevado a cabo tal fin de autoestabilización. En otras palabras, no se afirma aún cuál es el fin del Derecho penal. Dicho reconocimiento puede perseguirse tanto por medio del terror o la internalización de valores, como por medio de la búsqueda de respeto en función de la justicia e igualdad de su aplicación; dicha pretensión de reconocimiento se da, enton-

(121) SILVA SÁNCHEZ (nota 1), p. 49.

(122) GARCÍA AMADO (nota 49), pp. 177: «La teoría de Luhmann... acaba por tropezar con el mismo obstáculo que todas las que pretenden hacer de la decisión judicial una pura aplicación de la norma general: el desfase entre los términos necesariamente generales de la norma y los perfiles concretos de cada caso».

ces, y como el propio Jakobs afirma, tanto en Estados totalitarios como democráticos, tanto a partir de una concepción comunitarista como liberal de la sociedad. De ahí el riesgo de circularidad y tautología del método del profesor de Bonn, así como su potencialidad reaccionaria. En otras palabras, dicho *prius* teleológico es vacío e inoperante en tanto en cuanto no se especifiquen los medios y límites para llevarlo a cabo. Es, en todo caso, una teleología formal y tautológica, no material, ya que el *telos* perseguido no dice nada respecto del establecimiento de los propios fines. Por ello, por sí mismo no puede servir como criterio de interpretación del Derecho positivo, ni como criterio de construcción del sistema del delito, puesto que en nada concreta los márgenes de significado de las disposiciones penales, sino que las convierte en argumentaciones circulares, en la medida en que la concreción del sentido de las normas remite nuevamente a las normas positivas. Así, por ejemplo, la afirmación de Jakobs de que la idea de la «culpabilidad como medio para la prevención» sólo viene a determinar la «*descripción* de las condiciones funcionales de la sociedad» es, en principio, completamente vacía, puesto que no se pone de manifiesto qué contenido y qué límites han de conformar dicha culpabilidad, ya que poco o nada puede extraerse del Derecho positivo en esta cuestión. La *descripción* no puede ser, por tanto, el método adecuado para la dogmática penal, sino que ésta ha de venir presidida por consideraciones valorativas, por *decisiones*, las únicas que pueden determinar cómo se ha de estabilizar el sistema jurídico-penal, es decir, cuál es el fin –y los límites– del Derecho penal y, por tanto, qué dirección ha de tomar la aplicación del Derecho penal. En este sentido, las objeciones que vierte Habermas respecto de la metodología de Luhmann son perfectamente aplicables a Jakobs: «La crítica inmanente a las concepciones del positivismo jurídico... permite ver que la aplicación del Derecho, y ello de forma cada vez más explícita, no tiene más remedio que recurrir a consideraciones concernientes a objetivos políticos, así como a fundamentaciones morales y a la ponderación de principios. Pero esto, en conceptos de Luhmann, significa que en el código con que opera el Derecho penetran contenidos provenientes de los códigos con que opera la moral y con que opera el poder; por tanto, el sistema jurídico no es un sistema ‘cerrado’» (123).

7. Como ya fue afirmado, ni Luhmann ni Jakobs pueden escapar a ese hecho; así, de la lectura de los textos de este último pueden entresacarse toda una serie de criterios valorativos orientados a la concreción de dicho «fin» genérico de la estabilización del sistema del Dere-

(123) HABERMAS, *Facticidad* (nota 47), p. 570.

cho, en especial en relación a los criterios de imputación. El mismo fin de protección de la vigencia de las expectativas de seguridad de los ciudadanos frente a eventuales lesiones de sus intereses conlleva ya una toma de postura respecto a cómo realizar aquél (124), si bien, por un lado, adolece asimismo de cierta vaguedad y circularidad, puesto que tampoco respecto de él se especifica el medio para llevarlo a cabo; por otro, Jakobs, en coherencia con su posición descriptiva, se resiste –al menos teóricamente– a concretar los *límites* garantísticos que operarán como correctores, puesto que éstos se limitarán a los establecidos en el Derecho positivo. En cualquier caso, debemos plantearnos también la corrección normativa, no del concreto fin de la pena en Jakobs, sino de la metodología dogmática por él propuesta. A mi juicio, y frente a poco reflexivas críticas del sistema de Jakobs –auspiciadas quizá por su inclusión dentro de la otra versión del funcionalismo citada, caracterizada por una comprensión organicista de la sociedad y por concebir el Derecho como un medio de cohesión e integración de la identidad de la comunidad (125)–, no puede encontrarse en la asunción de la teoría de sistemas realizada por Jakobs una concepción autoritaria del Estado y orgánica de la sociedad; por el contrario, como él afirma, su construcción no prejuzga cuál ha de ser la descripción de lo social. No obstante, la concepción de la dogmática planteada, así como el método de análisis: teoría de sistemas, sí conlleva cierta *potencialidad* político-criminal en los resultados a que puede llevar. Como se ha afirmado, la renuencia hacia una toma de postura de planteamientos

(124) Véase de nuevo PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ (nota 59), p. 29: «La impresión que así se obtiene de la orientación metodológica de Jakobs no se ve totalmente confirmada, sin embargo, ni siquiera cuando su exposición se mantiene en el elevado nivel de abstracción que corresponde a la prevención general positiva. Las deducciones no se obtienen aquí siempre a partir de una descripción neutralmente valorativa del fenómeno de la normatividad en sí, ni del sentido y funcionamiento de la pena, según su propio concepto, en cualquier sociedad imaginable. Las conclusiones obtenidas se deben también, en parte, a la anunciada concreción del análisis a las particulares condiciones del Derecho vigente en Alemania, pero tomado no sólo en su calidad de Derecho positivo sino también de ordenamiento legítimo, produciéndose, de este modo, a nuestro juicio, una cierta síntesis entre una justificación funcional o final y una legitimación racional o valorativa» (subrayados añadidos).

(125) Por ejemplo, BARATTA, «Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», *CPC*, 1984, pp. 533 ss., artículo que tanta influencia ha ejercido en la comprensión de la teoría de Jakobs en España. Debe afirmarse, no obstante, que interpretaciones de esta índole vienen motivadas, aparte de por la propia evolución de su teoría, por la propia indeterminación terminológica de Jakobs, quien, con un afán a veces marcadamente provocador, parece haberse mostrado reticente a entrar en aclaraciones y réplicas detalladas de su propia concepción.

político-criminales expresos es sustituida por Jakobs por un elevado grado de abstracción y formalidad, lo que implica una tendencia manifiesta de circularidad en la argumentación. Dicha circularidad y vaciedad tiende, a su vez, al riesgo de reducir las decisiones sobre los márgenes de punición a un puro *decisionismo*, al no establecerse con concreción las pautas valorativas de interpretación que habrán de guiar la aplicación del Derecho (126). Si, como afirmábamos, la finalidad de estabilidad del sistema jurídico nada dice sobre las formas y principios que deben regir su consecución, la necesidad de establecer un criterio axiológico orientativo de las decisiones remite de nuevo, inevitablemente —en especial en lo tocante a los límites de la punición—, a la opción entre establecer, como aspecto rector de dicho criterio, los intereses del individuo o los de la sociedad, opción que determinará así el concepto de *persona* y, con ello, la forma en que el Estado debe tratar con los ciudadanos; entre otras cosas, porque, como ya hemos afirmado, dichos principios y límites no pueden ser obtenidos simplemente de la descripción del Derecho positivo, sino que ello debe venir dado por una determinada orientación valorativa, centrada en una de las anteriores opciones. El abandono de Jakobs de dicha opción al sistema concreto de que se trate, justifica, a mi juicio, las críticas *normativas* realizadas contra su metodología —antes, quizá, que contra su ideología—, en relación al mantenimiento del *status quo* y de la potencialidad acrítica y, por ello, reaccionaria de la misma (127). Y no sólo ello, sino que la óptica metodológica de Jakobs corre el riesgo de conllevar en sí la toma de postura por la más conservadora de esas opciones, concretamente la que otorga prioridad axiológica a la colectividad frente al individuo. Como ya dijimos, característico de la racionalidad sistémica es el abandono del individuo como sujeto de las decisiones materiales en el sistema. Por ello, se excluye toda legitimación inter-

(126) Así LÜDERSSEN (nota 44), p. 885: «Aplicado al Derecho penal la teoría “pura” de sistemas significa: decisionismo». En el mismo sentido, SCHUNEMANN (nota 97), p. 220.

(127) Así, por ejemplo, BARATTA (nota 125), p. 550; SILVA SÁNCHEZ (nota 1), p. 70. Sobre objeciones en la misma dirección respecto de la teoría de sistemas, cfr. nota 53. Conviene poner de relevancia que idéntica crítica es realizada frente a las concepciones de Hegel, autor sobre quien Jakobs apoya también parte de las premisas de su construcción dogmática. Cfr., por ejemplo, POPPER (nota 87), p. 53, quien afirma que la «filosofía de la identidad sirve a la justificación del orden existente. Su más relevante resultado es un *positivismo ético y jurídico*, la teoría de que lo dado es lo bueno, de que no puede existir otra alternativa que no sea la existente; es la teoría de que el poder es Derecho»; llegando a plantear este autor que tras la aparente confusión conceptual del método hegeliano yace la defensa de los intereses de la Monarquía absoluta del Estado prusiano.

subjetiva, por un lado, y todo deontologismo, por otro, ya que todo elemento del sistema es describible sólo en atención a lo funcional para el mismo, es decir, todo está basado en la racionalidad instrumental consecuencialista, tendente a la estabilización del sistema jurídico en el social. En este sentido, afirma García Amado: «Desde el momento en que se revela ilusoria la autonomía moral y de decisión del individuo, la racionalidad de sus acciones sólo puede comprenderse desde el punto de vista del sistema para el que prestan su función. De ahí que las categorías éticas con que las acciones de los sujetos suelen ser calificadas sólo conserven sentido como *descripciones* de caracteres del sistema» (128). Pues bien, la lógica de dicha racionalidad sistémica se prolongará en las decisiones derivadas de la sistemática de Jakobs, de forma que se dará prioridad a las necesidades de estabilización del sistema jurídico en la sociedad –asumida la imposibilidad de desvincular un sistema de otro, de concebirlos como entes «cerrados»–, frente a principios valorativos y garantísticos que, en un momento dado, podrán ser disfuncionales al mismo, ya que no se verán asumidos como razonables por las, en ocasiones irracionales y mediáticamente manipuladas, exigencias punitivas de la sociedad. Ello puede manifestarse con especial relevancia en materia de la culpabilidad y la determinación de la pena concreta a imponer, momento éste en que el conflicto entre los intereses del individuo (concreto delincuente) y los intereses de prevención colectiva se hacen notablemente patentes. Si el contenido de la culpabilidad se limita a ser lo necesario para las exigencias de prevención, prescindiendo de toda corrección garantística –la cual sólo puede entenderse fundada en la atención a los intereses del individuo–, la decisión vendrá fundada sólo en aras de la satisfacción del fin de estabilización del sistema Derecho. Frente a esta crítica, cabría replicarse que ello no es necesariamente así, en cuanto que, si, como afirma Jakobs, los límites a la punición se derivan del sistema positivo concreto, habrá que estar a la legislación en la que la discusión se enmarque. Pero, insistimos, ello nos llevaría a un eterno círculo vicioso, ya que toda legislación adolece de la vaguedad y porosidad inherente al lenguaje y todo Código Penal establece unos marcos máximo y mínimo –y no penas exactas para cada caso– de punición, por lo que para interpretar ese Derecho positivo será precisa la decisión prepositiva de criterios político-criminales de interpretación. Por otra parte, tampoco el acogerse a los principios derivados de la Constitución exime de dichas concepciones valorativas, puesto que en la misma se dan de igual forma los problemas citados de vaguedad y abstracción. Como afirma Silva Sánchez, «la Constitución, en realidad, no

(128) GARCÍA AMADO (nota 49), p. 175.

constituye más que un marco, que ciertamente delimita las posibilidades de la construcción dogmática (y aplicación del Derecho) de *lege lata*, pero que en muchos aspectos, dada su amplitud y ambigüedad, puede rellenarse de formas sustancialmente diferentes» (129). En suma, y frente a la afirmación de Jakobs, la descripción, si es aplicada bajo la perspectiva de análisis sistémica, *sí* instrumentaliza. Por ello, la ideología liberal que parece desprenderse de algunos escritos de este autor corre el riesgo de ser pervertida por el empleo de su metodología. Conviene, por ello, recordar la crítica de Bock, relativa a la ingenuidad (*Nai-vität*) con que Jakobs acoge las implicaciones políticas presentes en la teoría de sistemas (130) y resaltar, parafraseando a Isaiah Berlin, que el mismo distanciamiento de valoraciones político-criminales es ya una postura político-criminal (131).

8. En conclusión, la comprensión mantenida por Jakobs de la dogmática jurídico-penal es, a mi juicio, tanto fácticamente inviable como normativamente incorrecta. Por el contrario, estimo que la dogmática debe venir presidida por consideraciones de carácter político-valorativo, dirigida, por tanto, no sólo al análisis del Derecho positivo y a la determinación lógico-conceptual de las estructuras de imputación, sino también, dentro de los márgenes de dicho Derecho positivo y de dichas estructuras lógicas —procurando evitar, en otras palabras, el tan habitual eclecticismo—, al establecimiento de los criterios materiales que determinen el merecimiento y la necesidad de pena de las conductas, lo que inevitablemente conduce a partir de los fines que *debe* cumplir el Derecho penal como criterio de decisión y construcción el sistema (132). Si, como suele afirmarse por la actual hermenéutica jurídica, toda interpretación del Derecho es, en cierto modo, una creación del Derecho (133), la dogmática debe asumir su respon-

(129) SILVA SÁNCHEZ (nota 1), p. 113. El paréntesis es añadido.

(130) BOCK (nota 41), p. 648, resaltando además, al igual que en el texto, que dicha potencialidad colectivista de la metodología de la teoría de sistemas es algo que no parece ser querido por Jakobs.

(131) Cfr. la frase de referencia en nota 27. *Vid.* asimismo, por ejemplo, MCCARTHY (nota 28), p. 124: «hacer de escéptico en los asuntos ético-políticos es, por supuesto, adoptar una posición ético-política».

(132) En igual o similar sentido, MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, pp. 130 ss.; MIR PUIG, «Dogmática creadora y política criminal», en la obra del mismo *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, pp. 11 ss.; SILVA SÁNCHEZ, (nota 1), pp. 103 ss., con ulteriores referencias.

(133) En este sentido, por ejemplo, HABERMAS, *Facticidad* (nota 47), p. 585: «Como demuestra la hermenéutica filosófica, las operaciones interpretativas en la aplicación de las reglas comportan siempre operaciones constructivas que desarrollan el Derecho».

sabilidad política. Desde premisas liberales, aquí mantenidas, el epicentro de las consideraciones valorativas que habrán de plasmarse en el sistema del hecho punible debe residir en los intereses del individuo y no en los del sistema social. Ello conlleva dos consecuencias esenciales. En materia de los fines del Derecho penal, debe rechazarse la sola atención a la racionalidad utilitarista y su lógica instrumental, asumiéndose la racionalidad valorativa no sólo como corrector de la anterior, sino también como *telos* del Derecho penal; en otras palabras, fin del Derecho penal no puede ser sólo la protección de los ciudadanos frente a los potenciales delincuentes, sino también la protección de éstos –de todos los ciudadanos– frente a la violencia emanada del poder estatal, orientándose la construcción dogmática y aplicación jurídica a partir de la ponderación del permanente *conflicto* entre ambos fines (134). En relación a la concepción de la dogmática, ésta debe configurarse como una instancia científica y política intermedia entre el ciudadano y el Estado, cuya labor esencial debe ser la de racionalizar, controlar y limitar la tendencia punitiva expansiva de éste en aras de la protección de los intereses de aquél (135).

VIII. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA INTRODUCCIÓN DE LAS CIENCIAS SOCIALES EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICO-PENAL

1. Ciertamente, la complejidad de la cuestión que motivó estas páginas, relativa a la introducción de las ciencias sociales en el Derecho penal, no puede plantearse y, menos aún, resolverse, en unas pocas páginas. Hemos, por tanto, de abandonar aquí la cuestión, pero no sin

(134) En este sentido se orienta la propuesta de SILVA SÁNCHEZ (nota 1), pp. 179 ss. y *passim*. En el mismo sentido respecto a los fines, por ejemplo, SPENDEL, «Zur Neubegründung der objektiven Versuchslehre», en *Stock-Festschrift, Würzburg*, 1966, p. 96. El Derecho penal «debe garantizar tanto la seguridad y libertad de la comunidad jurídica frente a los delitos de los individuos como la seguridad y libertad del individuo frente a la pena estatal». Argumentos similares respecto de la metodología o el fin del Derecho penal se encuentran, entre otros, en NAUCKE (nota 21), pp. 21 ss.; CALLIES, «Strafzwecke und Strafrecht», *NJW*, 1989, p. 1340; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia 1989, p. 137.

(135) Citando a MUÑOZ CONDE (nota 132), p. 136: «La dogmática jurídico-penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de Derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites».

antes exponer alguna consideración final sobre la misma. Así, a modo de resumen puede afirmarse lo siguiente.

Metodológicamente, la facticidad inherente a las ciencias sociales no puede sustituir la argumentación normativa propia del Derecho. La decisión sobre un fin determinado de actuación sólo puede obtenerse desde criterios valorativos. Sin embargo, la orientación teleológica asignada a la pena impone a la misma la exigencia de comprobación empírica de la satisfacción de dichos fines. La 'validación empírica' se convierte, por tanto, en un criterio insustituible de legitimación en la discusión sobre los fines de la pena, la cual aporta una importante vía de racionalización en la labor punitiva estatal, racionalización que puede operar asimismo como principio limitativo, ya que la efectividad empírica de los efectos pretendidos debe contrastarse en todos los casos, por lo que una pena que no fuera a satisfacer los fines previstos quedaría, por ilegítima, vedada.

No obstante, la aplicación de las ciencias sociales conlleva también considerables riesgos, por lo que, como algún sector doctrinal viene afirmando, debe acogerse con prudencia (136). Por un lado, puede tenderse a prescindir de la atención a principios garantísticos a la hora de legitimar los fines y medios del Derecho penal, al aplicar los datos empíricos con arreglo a la elección de los medios más efectivos para la satisfacción del fin. Ello, conviene reiterarlo, no implica una sustitución de la argumentación prescriptiva por la descriptiva (falacia naturalista), sino la sola atención a uno de los criterios de legitimación: la racionalidad instrumental, abandonando la racionalidad valorativa. Por otro lado, algunas disciplinas propias de las ciencias sociales, tras la pretendida –o no pretendida– facticidad, introducen criterios de naturaleza normativa en sus argumentaciones, de forma que la asunción del programa que las mismas presentan no supondrá, tampoco, una confusión entre el ser y el deber ser, sino que implicará la asunción en el Derecho penal de dichos criterios valorativos y políticos. Ello es especialmente patente en el funcionalismo sociológico, cuya aplicación al Derecho conlleva no sólo, en algunas versiones de la misma, asumir una concepción organicista de lo social, sino además, en todas las versiones, el riesgo de la optimización de la racionalidad instrumental –asumida como racionalidad sistémica, la cual incluye en sí misma el fin a perseguir: mantenimiento del sistema–, y la precarización o instrumentalización de la racionalidad valorativa: de las garantías individuales.

(136) Así también, KREISSL (nota 24), p. 289; BESTE (nota 16), pp. 153, 176 ss.; SILVA SÁNCHEZ (nota 1), p. 94; GARCÍA PABLOS (nota 16), p. 398.

2. Como conclusión debe resaltarse la ambivalencia implícita en la aplicación de las ciencias sociales: 1) si la misma puede operar como una condición limitativa del *ius puniendi*, conlleva asimismo la tendencia a la ampliación del mismo, 2) y si trae consigo una saludable racionalización, implica también el riesgo de irracionalización del instrumento punitivo.

1) La tendencia a la ampliación viene dada, a tenor de lo visto, por el abandono de la atención a principios garantísticos de índole liberal, cuya razón práctica es servir de protección al ciudadano frente a la intervención punitiva estatal. Mientras que los criterios teleológicos se vinculan a su correspondencia empírica, los principios garantísticos, de naturaleza deontológica, no pueden ser deducidos –validados o falsados– del análisis fáctico; por lo que establecer como único criterio de legitimación la satisfacción fáctica de fines –entendidos como fines preventivos frente a acciones delictivas– conlleva el abandono de la referencia a principios, dando lugar a un peligroso pragmatismo utilitarista (137).

2) El riesgo de irracionalización, el cual implica a su vez el riesgo de ausencia de límites garantistas, viene dado a partir de la aplicación en la teoría de la pena de la perspectiva de observación del fenómeno punitivo propia de las ciencias sociales (138). Característico de éstas es la comprensión del Derecho penal como un medio más, si bien con particularidades específicas, de *control social* (139); dicho control social es un proceso de interrelación y socialización que se da en todos los ámbitos del desarrollo del individuo en sociedad, y que se establece, de igual forma que el Derecho penal, en torno a una serie de normas y sanciones. La tendencia a la equiparación de todo mecanismo de control social, del Derecho penal con otros medios informales, conlleva el riesgo de precarizar la formalización y limitación propia del Derecho penal (140), relativizando su carácter de excepcionalidad, de *ultima ratio*, igualando valorativamente –a través de la idea de la equivalencia funcional– el mecanismo de actuación de dichos controles informales y difusos –por ejemplo, internalización de valores en el

(137) KREISSL (nota 24), pp. 281 y 289; SILVA SANCHEZ (nota 1), pp. 92 y 93.

(138) La idea de un «*sozialwissenschaftliche Unterminierung des vernunftrechtlichen Normativismus*» es puesta de relevancia por HABERMAS, *Facticidad*, (nota 47), pp. 105 ss., p. 115.

(139) *Vid.* sobre ello, SCHELSKY (nota 14), p. 51, en relación a Talcott Parsons; NEUMANSS/SCHROTH (nota 6), pp. 94 ss.; HASSEMER (nota 15), pp. 292 ss.

(140) La atención a la formalización del Derecho penal, como característica que lo distingue de otros medios de control social, es especialmente resaltada por HASSEMER (nota 15) p. 294.

subconsciente producida en el proceso de socialización— con el Derecho penal (141). Consecuencia de esa equiparación funcional de los fines de la pena con los mecanismos informales de control social es la actual reconversión —en el ámbito de las teorías de la prevención general positiva— de lo que son consideradas *funciones latentes* en *funciones manifiestas*. Lo que conceptualmente distingue a ambas es que, mientras las funciones manifiestas son consecuencias decididas intencionalmente por un agente y conscientemente asumibles por los integrantes de la sociedad y, por ello, racionalizables y susceptibles de discusión y aceptación intersubjetiva, las funciones latentes son efectos que sirven también —dentro de los parámetros del funcionalismo sociológico— a la estabilidad social, pero, sin embargo, no son perseguidas o reconocidas instrumentalmente, por lo que, dado además sus mecanismos inconscientes de intermediación, no son comunicables ni racionalizables intersubjetivamente (142). La legitimación como fin del Derecho penal de funciones latentes —ejemplo: satisfacción de instintos colectivos de venganza— no es otra cosa que la racionalización pragmática de fenómenos irracionales, propia de una concepción tecnocrática de la labor estatal, realizada sin el previo sometimiento de la misma a la aceptación de los ciudadanos, sustituyéndose, así, la exigencia legitimatoria de consenso por la producción estratégica del mismo (143). Ello puede venir dado, ciertamente, desde la lógica de la racionalidad sistémica —al menos en su ‘normativización’ en Derecho penal—, ya que lo perseguido por la misma es la estabilización: reconocimiento del sistema en la sociedad, y en la cual, como hemos afirmado, los individuos no son sujetos de decisión, sino objeto de decisiones tomadas a nivel sistémico en orden a su autoconservación. Por

(141) Crítico con la equiparación del Derecho penal con la idea de control social se muestra, entre otros, SILVA SÁNCHEZ (nota 1), pp. 229-230, nota 206, poniendo de relevancia la ausencia de referencia a principios, ya que los medios de control social, dada su espontaneidad, se orientan exclusivamente a la funcionalidad. (Citando también a NAUCKE, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, 1985, p. 23, nota 17, quien afirma que es precisamente el deslindamiento del Derecho penal de los demás medios de control social lo que posibilita dicha formalización, no referida a fines.)

(142) Cfr. Sobre ello, NEUMANN/SCHROTH (nota 6), p. 122; PÉREZ MANZANO (nota 4) p. 220-221.

(143) En este sentido afirma críticamente BOCK, (nota 41), p. 653, que la teoría de la prevención general positiva debe permanecer, si quiere cumplir las funciones que se le asignan, como una «teoría secreta». Crítico también con la pertenencia de la prevención general positiva a tendencias tecnocráticas, BARATTA, *Jenseits der Strafe. Rechtsgüterschutz ind der Risikogesellschaft*, en Arthur Kaufmann-Festschrift zum 70.º Geburtstag, 1993, pp. 412-413.

decirlo en forma gráfica, el lenguaje de la *racionalidad sistémica*, basado en el código binario de lo funcional/disfuncional, no es traducible al lenguaje de la *racionalidad intersubjetiva*, en el cual la comprensión de lo social y, por ello, de lo jurídico, parte de la idea democrática de creación intersubjetiva del Derecho, del mutuo reconocimiento de derechos entre los individuos y, por tanto, del establecimiento de principios no instrumentalizables en aras de la colectividad (144).

(144) Similar, criticando el abandono de la justificación de base discursiva o consensual por la concepción luhmaniana del Derecho, HABERMAS, *Facticidad*, (nota 47), pp. 114 ss. y *passim*.