

DIMENSIONES BÁSICAS DEL FUNCIONALISMO JURÍDICO-PENAL: ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS*

*Prof. Dr. Miguel Polaino Navarrete***

Las xxvii Jornadas Internacionales de Derecho Penal de la prestigiosa Universidad Externado de Colombia, cuya invitación me honra y enorgullece, rinden homenaje a los juristas que fueron asesinados, hace ahora veinte años, en el asalto al Palacio de Justicia. Querría, por ello, dedicar, sentidamente, esta ponencia a la memoria de aquellos ilustres juristas colombianos, y –en particular– a dos penalistas y externadistas de prestigio: ALFONSO REYES ECHANDÍA y EMIRO SANDOVAL HUERTAS, con la firme convicción de que su lucha por los derechos y por el Derecho no fue en balde.

* Ponencia presentada en las xxvii Jornadas Internacionales de Derecho Penal, “Principio de Culpabilidad y Proceso Penal”, Homenaje a los Magistrados que perdieron su vida en el holocausto del Palacio de Justicia, Universidad Externado de Colombia, 24, 25 y 26 de agosto de 2005, Bogotá, D. C. Quiero mostrar mi más profundo agradecimiento al ilustre jurista y ya querido amigo prof. Dr. JAIME BERNAL CUÉLLAR, por su cordial invitación a participar en las prestigiosas Jornadas externadistas, así como a todos y cada uno de los miembros del Departamento de Derecho Penal, por la cálida hospitalidad que me dispensaron durante mi estancia en Colombia. A todos ellos muchas gracias.

** Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Sevilla.

I. LAS DIMENSIONES BÁSICAS DEL DERECHO: DE LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL A LA TEORÍA TETRADIMENSIONAL DEL DERECHO

En el ámbito de la teoría general del Derecho se ha desarrollado una doctrina, conocida como “*teoría tridimensional del Derecho*”, que pone de relieve las *tres dimensiones* esenciales de la experiencia jurídica, a saber: *sociedad, norma y valor*¹, y que ha tenido numerosos seguidores en diferentes países². Posteriormente, se ha sostenido la necesidad de incorporar una nueva dimensión más, igualmente esencial y útil para el conocimiento del Derecho: el *tiempo* (medurado a lo largo de la *Historia*). A continuación analizaremos brevemente cada una de estas dimensiones esenciales.

A. Dimensión social

La primera dimensión del Derecho reside en que toda experiencia jurídica constituye un *hecho social*, es decir, un *hecho con relevancia, significado o proyección social*³. Esta dimensión social es irrenunciable en todo Ordenamiento jurídico y en toda experiencia jurídica: es obvio que cuando una persona comete un homicidio, una de-

-
- 1 Suele citarse como paradigmática una obra del jurista brasileño MIGUEL REALE titulada *Teoria tridimensional do Direito*, publicada en 1940 (versión española: *Teoría tridimensional del Derecho*, J. A. SARDINA-PÁRAMO [trad.], Edeval, Valparaíso, 1978). Además: *id.* “La Science du Droit selon la théorie tridimensionnelle du Droit”, en *Mélanges en l’honneur de Jean Dabin*, t. *Théorie générale du Droit*, Paris y Bruxelles, Bruylant y Sirey, 1963, pp. 211 y ss.; *id.* *Introducción al Derecho*, Madrid, Pirámide, 1979. Cfr. sobre las dimensiones del Derecho, H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF. *Les Dimensions du Droit. Etudes de Philosophie du Droit*, Paris, Librairie generale de Droit et de Jurisprudence, 1978, pp. 7 y ss.; *id.* *Elements d’une introduction a la Philosophie du Droit*, Paris, LGDI, 1976, esp. pp. 35 y ss.
 - 2 Entre los defensores o partidarios de la “teoría tridimensional del Derecho” se encuentran los siguientes autores: EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1963; LUIS RECASENS SICHES. *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1978; WILHELM SAUER. *System der Rechts- und Sozialphilosophie. Vorlesungen zugleich über Allgemeine Philosophie und Soziologie*, 2. Völlig neu bearbeitete Auflage des Lehrbuchs der Rechts- und Sozialphilosophie, Verlag für Recht und Gesellschaft AG. Basel, 1949, pp. 174 y ss.; *id.* *Einführung ind die Rechtsphilosophie für Unterricht und Praxis*, 2. wesentlich neubearbeitete Aufl., Berlin, Duncker & Humblot, 1961, pp. 118 y ss.; NORBERTO BOBBIO. *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960; *id.* *Contribución a la Teoría del Derecho*, A. RUIZ MIGUEL (trad. y estudio preliminar), Fernando Torres (ed.), Valencia, 1980; *id.* *Teoría General del Debate*, E. ROZO (trad.), Madrid, Debate, 1991; WERNER GOLDSCHMIDT. *Introducción filosófica al Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1973; ELÍAS DÍAZ GARCÍA. *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1974; JOSÉ M. RODRÍGUEZ PANIAGUA. *Historia del pensamiento jurídico*, 3.ª ed., Madrid, Universidad Complutense, 1977; ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO. “Concepto del Derecho y experiencia jurídica”, en *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la Experiencia Jurídica*, 6.ª ed., Sevilla, Mergablum edición y comunicación, 1998, pp. 43 y ss., y *pássim*; *id.* *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 37 y ss.; RAMÓN SORIANO. *Compendio de Teoría general del Derecho*, 2.ª ed., corregida y aumentada, Madrid, Ariel Derecho, 1993, pp. 15 y ss.
 - 3 Cfr. KARL OLIVECRONA. *Law as a fact*, London, 1939, esp. pp. 80 y s. (2.ª ed., London, Stevens & Sons, 1971), quien –fiel a un empirismo radical– pretende explicar el Derecho como un puro acto.

fraudación a la Hacienda Pública o un atentado contra la autoridad, etc., tales hechos antijurídicos implican necesariamente una proyección social. El Derecho surge, ante todo, para intentar conseguir y garantizar un orden social determinado⁴. Y por ello se habla del Derecho como un instrumento de control social⁵. El Derecho se integra en la Sociedad, y por ello hay entre ellos una *recíproca interrelación*, una *mutua interdependencia*.

El *Derecho penal*, como parte o sector del ordenamiento jurídico en su conjunto, tiene lógicamente una *proyección social* ineludible, y ello porque sanciona determinadas acciones humanas (delitos o faltas: matar, lesionar, violar, injuriar, defraudar, hurtar, etc.) con una pena (prisión, multa, inhabilitación, etc.), o una medida de seguridad (internamiento en centro de tratamiento, prohibición de estancia o residencia en determinados lugares, privación del derecho a conducir vehículos de motor, etc.), precisamente porque tales acciones lesionan o ponen en peligro un *bien jurídico* (vida, salud, libertad, sexualidad, honor, patrimonio, etc.)⁶.

Todo delito implica la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico ajeno. Precisamente la *ajenidad* del bien objeto de lesión o de puesta en peligro *indica la proyección social del delito*, porque la acción delictiva trasciende más allá de las barreras de la propia persona individual, lesionando una *esfera ajena*, de una manera que entraña tal gravedad nociva que la Sociedad la considera intolerable y merecedora de conminación penal.

De esta proyección social del delito, en la actualidad, es difícil prescindir: ni aun las más subjetivistas doctrinas (que sitúan el centro de atención en la persona) se configuran con absoluta exclusión de la relevancia social del hecho.

Excepciones constituyen los más lamentables episodios de la historia del Derecho penal, como los vividos en la Alemania nazi, donde se pretendió instaurar un Dere-

4 ÁNGEL LATORRE. *Introducción al Derecho*, Barcelona, Ariel, 1972, p. 27: “el Derecho es ante todo un mecanismo para imponer y garantizar un orden social”.

5 Que el Derecho (en general) cumple una función de control social es lógico y evidente. Ahora bien, algunos penalistas ponen especial énfasis en esta misión, como si fuera exclusiva del Derecho penal, y no del ordenamiento jurídico en su conjunto. A mi juicio, este concepto de control social es tan vago y ambiguo como etéreo. En última instancia, decir que el Derecho penal cumple una misión de control social es decir muy poco o –incluso– es como decir nada: nada específico aporta a la descripción del Derecho penal el afirmar que sea un instrumento del control social, pues esta misión es predicable de todo el ordenamiento. Cfr., con mayores referencias, MIGUEL POLAINO NAVARRETE. *Derecho penal. Parte general*, t. I, “Fundamentos científicos del Derecho penal”, 5.^a ed. actualizada con la colaboración de MIGUEL POLAINO-ORTS, Barcelona, Bosch, 2004, pp. 144 y s.

6 Ampliamente, sobre el concepto y la evolución dogmática del concepto de bien jurídico, MIGUEL POLAINO NAVARRETE. “El bien jurídico en Derecho penal”, *Anales de la Universidad de Sevilla*, n.º 19, Sevilla, 1974, pássim; *id.* *El injusto típico en la teoría del delito*, MARIO A. VIERA (ed.), Mave, Corrientes (Argentina), 2000, esp. pp. 319 a 675; *id.* *Derecho penal. Parte general*, t. II, “Teoría jurídica del delito”, vol. I, Barcelona, Bosch, 2000, cap. 13.

cho de *autor* (“*Täterstrafrecht*”) o de la *voluntad* (“*Willensstrafrecht*”), que no exigía que se manifestara la “voluntad criminal” al exterior (a la realidad social) sino que sólo requería que se acreditara la existencia de una tal pretendida voluntad criminal para que el sujeto (normalmente de una raza o de unas condiciones personales determinadas) fuera sancionado.

Lógicamente el moderno sistema de la dogmática penal de corte funcional normativista, del que es máximo representante el Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Penal en la Universidad de Bonn GÜNTHER JAKOBS, no sólo no prescindía de esta perspectiva del Derecho como hecho social⁷, sino que lo acoge como centro del sistema jurídico: “lo que ha de ser resuelto es siempre un problema del sistema social”⁸.

El sistema penal funcionalista de JAKOBS concibe el Derecho como parte integrante de la Sociedad: como sistema social, o subsistema de la Sociedad. Sobre el fundamento de este básico apuntamiento extrae muy sugerentes consecuencias (algunas de las cuales analizaremos en este mismo trabajo), que parten de la “teoría de los sistemas” de NIKLAS LUHMANN, pero también de una larga tradición filosófica y sociológica-jurídica de rancio abolengo.

Gráficamente ha escrito JAKOBS⁹: “La solución de un problema social a través del Derecho penal tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad. Por lo tanto, *es imposible desgajar al Derecho penal de la Sociedad*; el Derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la Sociedad altamente expresiva, al igual que sobre la base de otras partes de la Sociedad cabe derivar conclusiones bastante fiables sobre el Derecho penal. Por ejemplo, que la máxima pena se imponga por bruje-

7 Citando a su maestro WELZEL, dice JAKOBS que el Derecho penal debe proteger *valores ético-sociales*, argumentando que “así hay que comenzar si no se quieren entender los efectos del Derecho penal –al igual que el invierno y el verano– como sucesos de la naturaleza, sino –al igual que el enunciado y la respuesta– como *hechos sociales*”. Cfr. GÜNTHER JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin y New York, Walter de Gruyter, 1991 (= *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO [trads.], Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1995, p. IX). Críticamente sobre la idea de protección de valores ético-sociales por parte del Derecho penal, MIGUEL POLAINO NAVARRETE. “Naturaleza del deber jurídico y función ético-social del Derecho penal”, en JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, LUIS GRACIA MARTÍN y JUAN FELIPE HIGUERA GUIMERÁ (eds.), *La Ciencia de Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 109 y ss.

8 GÜNTHER JAKOBS. “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischem’ Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des ‘alteuropäischen’ Strafrechts?”. *ZStW*, Band 107, Heft 4, 1995, pp. 843 y ss. (= *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, MANUEL CANCIO MELLÁ y BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ [trads.], Madrid, Civitas, 1996, p. 20).

9 JAKOBS. Ob. cit., pp. 21 y s.

ría, por contar chistes sobre el *Führer* o por asesinato, caracteriza a ambos, al Derecho penal y a la Sociedad”. Ya antes había señalado JELLINEK que “el conocimiento del Derecho penal de un pueblo nos permite determinar el grado de cultura alcanzado por éste”.

B. Dimensión normativa

Todo Derecho presenta una *dimensión normativa*, es decir, todo ordenamiento jurídico es un *complejo de normas* con determinadas características, que son *positivadas* por un órgano legítimo de poder (poder legislativo) y recogidas en leyes u otras disposiciones normativas. Por ello, se habla también –en oposición al Derecho natural– de *Derecho “positivo”*¹⁰ (de “*positum*”: lo que el legislador “pone” o “establece” como Derecho en la norma jurídica).

El concepto de *norma jurídica* se presenta, pues, como uno de los elementos esenciales integrantes del propio concepto de Derecho¹¹. La consecución del orden social solamente puede alcanzarse mediante la articulación de determinadas normas jurídicas. Las normas jurídicas constituyen el objeto primario del ordenamiento¹².

Ahora bien, *no todo complejo de normas constituye un ordenamiento, aunque todo ordenamiento es un complejo (ordenado) de normas*. El orden es un elemento esencial del ordenamiento, que –junto a otras notas características– hace del ordenamien-

10 Cfr. OLIVECRONA. Ob. cit., pp. 77 y s., para quien es enteramente superfluo el calificativo “positivo” unido al sustantivo “Derecho”, que además puede ser malentendido porque se conecta con la idea de que el Derecho es “puesto”, en el sentido de ser una expresión de la voluntad del legislador, por lo que propone –para hablar del Derecho mismo– decir únicamente “Derecho” sin el adjetivo “positivo”, entonando un significativo “adiós” al Derecho “positivo”.

11 Mayores referencias en MIGUEL POLAINO NAVARRETE, “Reflexiones sobre la norma jurídico-penal: estructura, naturaleza y funciones”, en *Libro en Memoria de Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá, Legis, 2005; íd. *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., pp. 181 y ss.

12 Cfr. EBERHARD SCHMIDHÄUSER. *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1970, p. 4, quien destaca que la *Ciencia del Derecho penal* es aquel sector de las ciencias jurídicas que trata del Derecho penal, dentro del ámbito de las denominadas ciencias espirituales, culturales y normativas: el Derecho penal, como todo Derecho, y la pena, como su más importante sanción jurídica, constituyen fenómenos de la vida espiritual valorativa; la misión científica esencial estriba en elaborar, de forma coherente susceptible de ser comprendida, las conexiones espirituales y las estructuras existentes en este sector del Derecho, haciéndolas ostensibles: el objeto primario de esta aspiración son las leyes penales vigentes; ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG. *Concepto y método de la Ciencia del Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 36; EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR. *Derecho penal, Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 35: “la legislación penal es el material básico de interpretación del derecho penal”. Cfr., sin embargo, TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN. “Dos problemas del positivismo jurídico”, en *Escritos penales*, Universidad de Valencia, 1979, pp. 341 y ss., esp. 352, quien sostiene que “las reglas positivas remiten fuera de sí mismas, y la ‘teoría’ del derecho no puede elaborarse sin presupuestos ‘metateóricos’. Y, en consecuencia, no cabe efectuar una separación tajante entre el derecho positivo y el derecho ideal al que éste remite como fundamento legitimador”.

to jurídico un *sistema*: *el Derecho es un sistema de normas, ordenado, unitario y coherente.*

Esta unidad y coherencia del ordenamiento no obsta para que, en ocasiones, puedan producirse *lagunas legales*, que habrán de ser integradas o colmadas, en la medida de lo posible, con los medios legales disponibles al efecto (p. ej., analogía, interpretación analógica, etc.).

C. Dimensión valorativa

El Derecho persigue siempre determinados *fin*es (esencialmente aspira a hacer realidad un fin de justicia, pero asimismo pretende satisfacer otros fines concomitantes con el mismo, como la tutela de bienes, la prevención frente al fenómeno de la criminalidad, el aseguramiento de las libertades, el logro del bien común, el control social mediante la intervención penal mínima y necesaria, etc.), lo cual implica una ineludible actividad axiológica, a través de una concreta *valoración* de determinados bienes: la aplicación de una determinada *filosofía de los valores*.

Tal *proceso de valoración* en Derecho penal no sólo constituye cometido irrenunciable, sino una tarea singularmente acentuada, en la que se trata de explicar, con razonamientos lógico-jurídicos, conceptos tan substancialmente valorativos como los de delito, y sus caracteres constitutivos, o de la penas y medidas de seguridad, en su contenidos y efectos, fenómenos que de manera constante acompañan la historia de la humanidad.

El Derecho penal conmina determinadas acciones humanas (delitos) con una pena o una medida de seguridad (consecuencias jurídicas del delito), por cuanto tales conductas lesionan o ponen en peligro aquellos *bienes* o *valores* que el ordenamiento estima dignos y necesitados de protección, y que la dogmática penal denomina “*bienes jurídicos*” (“*Rechtsgute*”). Pero tal función regulativa requiere lógicamente *valorar* los *bienes* (vida, integridad física, honor, patrimonio) y, sobre todo, (*des*)*valorar* los *ataques* (lesión o puesta en peligro) que, de modo intolerable para la Sociedad, sufren tales bienes jurídicos.

El ordenamiento punitivo no protege *todos los bienes* y *valores* (individuales o colectivos, de los que son portadores el hombre o la sociedad), *de manera indiscriminada e inequitativa*, sino antes bien guiándose por *criterios valorativos de proporcionalidad*, en la individualización de la respectiva conducta delictiva, que han de quedar plasmados en cada norma penal.

1. Por lo pronto, el Derecho penal no puede prestar protección a *todos* los bienes, sino que ha de limitarse a la protección de los “*valores fundamentales*” del orden social, consubstanciales a la convivencia humana en sociedad: *el Derecho penal tiene, ante todo, la esencial “misión” de proteger los “bienes jurídicos” fundamentales de la persona o de la sociedad.*

2. Una vez seleccionados los bienes o valores que son dignos y necesitados de protección típica (p. ej., vida, libertad, intimidad, patrimonio, etc.), el Derecho penal *no puede protegerlos con indiscriminada arbitrariedad, esto es, imponiendo a todas las distintas acciones que los lesionen la misma pena, o conminándolas con penas que no respeten la proporcionalidad* que respectivamente corresponde al valor del bien y a la gravedad de injusto típico: por ello, la diferente pena que se establece para el homicidio y la injuria indica la singularizada *valoración* que ha hecho el legislador de los bienes o valores que tales acciones lesionan (vida y honor, respectivamente).

3. Además, la protección no opera sino frente a los ataques más graves, más intolerables, de esos valores fundamentales: el ordenamiento punitivo no debe intervenir “en cualesquiera molestias” de la vida colectiva, sino sólo frente a determinadas *agresiones (típicas)* a tales bienes jurídicos, que implican *lesión* o inminente *peligro* de destrucción o grave menoscabo de los mismos, conforme a los límites de tipificación propios de las prescripciones jurídico-penales.

En resumen: la ciencia penal, quizá más que ninguna otra ciencia jurídica, posee un marcado *carácter valorativo y normativo*. El legislador valora los bienes dignos de protección, y le otorga una tutela que queda plasmada en las normas jurídicas. El Derecho penal sanciona los comportamientos humanos socialmente más desvaliosos, conminándolos con las sanciones jurídicas de mayor gravedad de cuantas dispone el ordenamiento jurídico en el Estado de Derecho, por exigencias de justicia y con finalidades de prevención.

Para llevar a cabo su cometido, el Derecho penal ha de operar substancialmente con estrictos criterios valorativos de afirmación o de negación, de adecuación o de infracción, de imputación o de exoneración, de reprochabilidad o de exculpación, de responsabilidad o de exención.

El ordenamiento jurídico-penal *desvalora* las conductas antijurídicas singularmente graves, para cuyo tratamiento adecuado no queda otro remedio que la amenaza y ejecución penales. Ello exige el previo reconocimiento de la existencia de un *bien jurídico* de singular valor social, que conforme a su naturaleza requiere una garantía punitiva, frente a los ataques típicos (lesión o puesta en peligro) que, por su material nocividad, la colectividad en su general sentir social *no puede tolerar*.

D. Dimensión temporal

1. La trascendencia del tiempo en el Derecho

Es mérito de la *teoría tridimensional* del Derecho haber destacado dos aspectos esenciales: en primer lugar, que en toda experiencia jurídica confluyen las *tres* aludidas dimensiones (*hecho social, norma y valor*); y, en segundo término, que tales facetas no se muestran aisladas sino que, antes bien, se *relacionan* mutuamente.

Desde este punto de vista, ha afirmado PÉREZ LUÑO¹³ que “el Derecho posee una incuestionable dimensión *social, normativa y axiológica*, pero no puede reducirse unilateralmente ni al hecho social, ni a la norma ni al valor”, sino que ha de *conjugar* tales componentes. Por ello, continua el profesor citado, “en cualquier experiencia jurídica se advierten esas tres dimensiones básicas del Derecho. En un proceso penal por homicidio sobrevenido como consecuencia de un accidente de tráfico, se parte de un *hecho* de la vida humana: la muerte de una persona a consecuencia de un atropello; supuesto que ha sido regulado (tipificado) por las *normas* del Código Penal; y ello en función de que la vida humana se considera un *valor* que el ordenamiento jurídico debe proteger”¹⁴.

Ahora bien, como se ha puesto de manifiesto, las tres aludidas dimensiones del Derecho (*sociedad, norma y valor*) a la postre *no son suficientes* para estudiar el fenómeno jurídico en su conjunto, ni para propiciar un conocimiento lo más aproximado posible del Derecho tenido en cuenta. Se requiere, junto a las tres anteriores, una *cuarta dimensión*, representada por el *factor tiempo* (la *Historia*).

La importancia de esta dimensión en la ciencia en general fue resaltada por la “teoría de la relatividad” de EINSTEIN, en la Sociología por la “teoría de los sistemas sociales”¹⁵ y en el Derecho en particular por diferentes autores¹⁶.

13 Cfr. ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO. *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 38. Este autor, uno de los principales representantes de una moderna concepción de la teoría tridimensional del Derecho, parte de la teoría de la experiencia jurídica e introduce nuevos criterios que el jurista ha de tener en cuenta a la hora de analizar el fenómeno del Derecho. En su concepción, pues, son básicas las dimensiones fáctico-social, normativa y axiológica (valorativa), pero da un paso más al estimar necesario la introducción de la variable histórica o temporal, por lo que puede hablar de un tránsito del tridimensionalismo al tetradimensionalismo. La relevancia del factor temporal (su entendimiento como magnitud relativa y no absoluta) ya había resaltado la “teoría de la relatividad” de ALBERT EINSTEIN, con aportaciones ulteriores de autores como BERTRAND RUSSELL. Cfr. sobre este tema, ERNST CASSIRER. *Zur Einstein'schen Relativitätstheorie. Erkenntnistheoretische Betrachtungen*, Berlin, Bruno Cassirer Verlag, 1921, esp. pp. 75 y ss.; PAUL ARTHUR SCHILPP (ed.). *Albert Einstein als Philosoph und Naturforscher*, Fried. Vieweg & Sohn Braunschweig, Wiesbaden, unveränd. Nachdr., 1979 (1.ª ed., W. Kohlhammer Verlag, 1955); *Einstein Symposion Berlin*, edited by H. NELKOWSKI, A. HERMANN, H. POSER, R. SCHRADER and R. SAILER, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg New York, 1979; HORST MELCHER. *Albert Einstein wider Vorurteile und Denkgewohnheiten*, Vieweg, Braunschweig, 1979, esp. pp. 18 y ss.

14 PÉREZ LUÑO. Ob. cit.

15 Cfr., por ejemplo, NIKLAS LUHMANN. *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Frankfurt am Main, Verlag, 1987, pp. 70 y ss. (el primer capítulo —“System und Funktion”— de esta programática obra, esencial para comprender la teoría luhmanniana, está traducido al castellano y publicado como monografía bajo el título *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, SANTIAGO LÓPEZ PETIT y DOROTHE SCHMITZ [trads.], IGNACIO IZUZQUIZA [introd.], Barcelona, Buenos Aires y México, Ediciones Paidós e ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1990, 1997, esp. pp. 108 y ss.; una traducción al castellano de la obra completa está publicada en México).

16 KARL LARENZ. “Aufgabe und Eigenart der Jurisprudenz”, en *Juristische Schulung*, 11. Jahrgang, Heft 9, 1971, p. 449, señala que el Derecho se configura, no como un Derecho natural (un Derecho que con nosotros ha nacido), sino como el ordenamiento jurídico positivo de una determinada comunidad

El Derecho, pues, posee una indudable dimensión histórica y temporal. Ya señaló Karl LARENZ¹⁷ que “las normas penales no caen del cielo”, sino que se conforman para una sociedad concreta en un momento histórico determinado.

2. Conocimiento “sincrónico” y conocimiento “diacrónico” del Derecho en la Gnoseología jurídica

La trascendencia del *factor tiempo* o *dimensión histórica* en el campo del Derecho determina un tránsito desde el básico *tridimensionalismo* hacia un necesario *tetradimensionalismo*¹⁸, de posible y adecuada aplicación específica en el ámbito jurídico-penal.

Este tránsito introduce un nuevo aspecto, el temporal o histórico, que incide de lleno en la Gnoseología jurídica (teoría y crítica del conocimiento). En concreto, determina que el conocimiento del Derecho no sea estático, sino dinámico: no limita el proceso cognitivo a las variables fáctico-social, normativa y valorativa, sino que introduce la variable temporal o histórica. Por ello, no puede analizarse el Derecho *actual* con absoluta independencia de su pasado: *todo Derecho es tributario de su herencia*.

Conforme a esta *tetradimensional* visión, es apreciable en toda experiencia jurídica, junto a las tres perspectivas básicas (*sociedad, norma, valor*), una dimensión más (*historia*). Esta cuarta dimensión permite *temporalizar* las otras tres dimensiones. De esta suerte, el jurista se aproxima al conocimiento del Derecho, no de un modo puramente *teórico o metodológico* (“sincrónico”), sino *real y concreto* (“diacrónico”)¹⁹.

Al introducir la variable *temporal* en el conocimiento científico, el proceso *gnoseológico* permite aproximarse al Derecho *vivo, palpitante, en acción*: no se estudia el Derecho penal de forma *estática* (como una “rana en formol” o “en una mesa de operaciones”²⁰), sino de forma *dinámica*, en su contexto histórico o temporal, esto es, valorando su evolución anterior y relacionándola con la venidera.

social, conectado a un tiempo y lugar. Por ello, el ordenamiento jurídico posee, como todo lo que ha sido realizado, producido o configurado por la persona, una indeclinable *dimensión histórica*: las normas jurídicas o las decisiones de Derecho no caen del cielo, sino que son conformadas o elaboradas en relación con determinadas circunstancias; surgen para un determinado tiempo, tienen validez dentro de un tiempo concreto y se transforman con el transcurso del tiempo. Esta dimensión comprende, pues, la Historia del Derecho. Cfr. sobre la temporalidad del Derecho, por ejemplo, GERHART HUSSERL. *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1955, pp. 7 y ss. Cfr. KARL ENGISCH. *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1950, pp. 67 y ss.; recientemente, desde un plano general, LORENZ SCHULZ, “De la aceleración de las condiciones de vida. Reflexiones sobre la reacción adecuada al Derecho penal”, RAMON RAGUÉS I VALLÉS (trad.), Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, Comares, 2000, pp. 447 y ss.

17 LARENZ. Ob. cit.

18 PÉREZ LUÑO. Ob. cit., p. 40.

19 Ídem.

Sólo así el conocimiento científico adquiere una más completa dimensión, al valorar en el proceso gnoseológico-cognitivo todas las caras de un mismo objeto de conocimiento. Y sólo así se entiende el fenómeno delictivo, que integra el objeto de conocimiento y valoración del Derecho penal, como algo *normal*²¹: la acción delictiva es propia, característica y definitoria del ser humano, esto es, no separable de su condición interna como ser racional en el seno del mundo (del ambiente) que le ha tocado vivir.

II. ¿NUEVAS DIMENSIONES DEL DERECHO PENAL? HACIA UNA TEORÍA PLURIDIMENSIONAL DEL SISTEMA SOCIAL Y DEL SISTEMA JURÍDICO

Las dimensiones principales que presenta la experiencia jurídica (también la penal) son las señaladas por la teoría *tridimensional* del Derecho, atemperadas con la ulterior perspectiva de la tesis *tetradimensional*, que incorpora en el mismo el *factor tiempo*, como un componente que dinamiza, articula y cohesiona el conocimiento jurídico a lo largo de la Historia. Pero cabe preguntarse si no son posibles otras concepciones o dimensiones del Derecho, que den entrada a otros elementos útiles para el proceso de conocimiento jurídico-penal y para el método de construcción de las categorías conceptuales en el Derecho penal.

20 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1973, pp. 256 y s., 305 y s.; *id.* *Manual de Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1977, pp. 337 y s., y 355 y s.; *id.* *Tratado de Derecho penal. Parte general*, III, Buenos Aires, Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1981, pp. 361 y s.

21 El concepto de “normalidad del delito” fue acuñado y primeramente desarrollado, por lo que alcanzo a ver, por el sociólogo francés EMILE DURKHEIM (1858-1917) en su destacada obra “Les règles de la méthode Sociologique”, en *Revue philosophique*, n.º 37, 1894, pp. 465 a 498 y 577 a 607, y n.º 38, 1894, pp. 14 a 39 y 168 a 182; también, en un volumen, con prólogo nuevo, en *Bibliothèque de philosophie contemporaine*, Paris, 1895, esp. pp. 81 y ss. (Cfr., sobre su concepción del delito y la pena, WERNER GEPHART. *Strafe und Verbrechen. Die Theorie Emile Durkheims*, Opladen, Leske + Bubrich, 1990, pássim, esp. 4 y ss., 21 y ss.). En todo caso, la consideración del fenómeno criminal como algo “normal” fue puesta de relieve, desde antiguo, por los cultivadores de la Criminología, y en la actualidad es generalmente aceptada por los criminólogos. En España, aludí a la “normalidad del delincuente” con precisión y conocimiento, hace ya un siglo, el ilustre criminólogo y humanista CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS; modernamente, en la doctrina alemana, HANS HAFFERKAMP. *Kriminalität ist normal. Zur gesellschaftlichen Produktion abweichenden Handelns*, Stuttgart, Enke, 1972, pássim; ARNO PLACK. *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, München, List, 1974, pássim; KARL PETERS. “Gedanken zur ‘Normalität des Verbrechens’. Ein Beitrag zur Ethik des Strafverfahrens”, en *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, herausgegeben von Wilfried KÜPER in Verbindung mit INGEBORG PUPPE und JÖRG TENCKHOFF, Berlin y New York, Walter de Gruyter, 1987, pp. 951 y ss.; en la doctrina española, ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Madrid, Espasa Calpe, 1988; *id.* *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, 4.ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2001; *id.* *Tratado de Criminología (Introducción, modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen)*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1999.

A este respecto, se han de tener en cuenta al respecto las dos siguientes precisiones: en primer lugar, como hemos señalado, acaso no sea posible una definición *absolutamente completa* del Derecho penal, pues todas las definiciones descuidarán algún aspecto: hay que intentar una *aproximación* al concepto más que una definición propiamente dicha. Y, por otro lado, cuantos más elementos integren esa *aproximación*, más *aproximada* será ella misma al concepto de Derecho penal.

A. Dimensión personal

Estimamos que otro ulterior elemento que puede introducirse en este cuadro, y que puede ayudar a definir el Derecho, y en particular el Derecho penal, es el concepto de *persona*. ¿Cuál es la posición de la *persona* en esa aproximación al Derecho? ¿Juega un papel esencial o accesorio? ¿Influyen en la definición del Derecho penal las características subjetivas de la persona?

El concepto de *persona* aparece íntimamente unido a los conceptos de *norma* y de *sociedad*. Las tres nociones (norma, persona, sociedad) son elementos esenciales en la moderna estructuración social, y –por supuesto– en el sistema penal funcionalista de GÜNTHER JAKOBS. Pero antes de analizar las líneas esenciales del sistema *jakobsiano* hemos de partir de la “teoría de los sistemas sociales”, representada en la moderna doctrina alemana por NIKLAS LUHMANN (1927-1998). Lógicamente un estudio siquiera general de esta sugerente teoría de los sistemas sociales escapa a nuestros propósitos y –por tanto– a nuestras intenciones. Así pues, nos limitaremos a resaltar los principales postulados de esta teoría sociológica, que ofrece una sugerente descripción de la configuración de la Sociedad, y sirve de punto de partida para la configuración del sistema penal funcionalista.

B. Otras (posibles) dimensiones

Probablemente las dimensiones básicas de toda experiencia jurídica (las señaladas por la teoría tridimensional del Derecho: sociedad, norma y valor; así como las resaltadas por la tesis tetradimensionalista: las tres anteriores, más el factor tiempo) no sean las únicas que pueden ayudar a la descripción (esto es, al conocimiento) de un concreto sistema jurídico. Hay otras perspectivas, igualmente válidas, para describir el Derecho. Por esta razón quizá sea más conveniente hablar de una *teoría pluridimensional del sistema social*, y por tanto, *del sistema jurídico*.

La teoría de los sistemas sociales ha puesto de relieve que la Sociedad es un sistema *complejo* integrado por una multitud de subsistemas que se interrelacionan mutuamente. La *complejidad* de la Sociedad es una complejidad estructural²²: sólo (y siem-

22 Cfr. W. WEABER. “Wissenschaft und Komplexität”, en TÜRK (ed.), *Handlungssysteme*, Westdeutscher Verlag, Opladen, pp. 38 y ss.

pre) la complejidad de un sistema es complejidad organizada²³. Por ello, la teoría de los sistemas sociales pretende una visión global de la Sociedad como sistema general, y de los sistemas integrados en el sistema social (p. ej., Derecho, economía, religión, arte, ciencia, etc.). Cada entramado social se caracteriza por una riqueza inmensa de matices y de dimensiones propias, acorde con la variedad y el polifacetismo de los niveles referenciales del sistema²⁴. Por ello, las relaciones entre los múltiples elementos integrantes de la Sociedad se multiplican aritméticamente: “la cifra de los relaciones posibles en abstracto entre los elementos de un sistema aumenta exponencialmente con el incremento de los elementos (dos elementos forman cuatro relaciones, tres elementos nueve relaciones, etc.)”²⁵. Este aumento de las relaciones estructurales potencia igualmente el número de posibles perspectivas de análisis de la realidad jurídica, de modo que se constituye en el sistema social como una estructura pluridimensional para cuya descripción no es posible atender a un número limitado de dimensiones²⁶.

III. EL SISTEMA NORMATIVO-FUNCIONALISTA DEL DERECHO PENAL: APORTACIONES DOGMÁTICAS SOBRE NORMA, PERSONA Y SOCIEDAD EN EL SISTEMA DE JAKOBS

A. El punto de partida: la estrecha conexión entre Derecho penal y Sociedad

Como puede desprenderse de lo dicho hasta ahora, las relaciones entre el Derecho penal y la Sociología del Derecho (es decir, entre el concreto sistema punitivo de un

23 Cfr. NIKLAS LUHMANN. *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1987, pp. 45 y ss., esp. 46, quien –sobre resaltar lo corriente de este aserto– afirma que “la complejidad organizada sólo se realiza a través de la formación de sistemas; pues ‘complejidad organizada’ no significa nada más que complejidad con relaciones selectivas entre los elementos” (p. 46), y señala que “complejidad [...] quiere decir coacción de selección, coacción de selección quiere decir contingencia, y contingencia quiere decir riesgo” (p. 47); también, id. “Komplexität”, en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. 4, Basel, Schwabe, 1976, pp. 939 y ss.; id. “Temporalization of Complexity”, en FELIX GEYER y JOHANNES VAN DER ZOUWEN, *Sociocybernetics*, t. II, Leiden, pp. 95 y ss.; CLAUDIO BARALDI. “Komplexität”, en CLAUDIO BARALDI, GIANCARLO CORSI y ELENA ESPOSITO. *Glu. Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1997, pp. 93 y ss.

24 HELMUT WILLKE. *Systemtheorie 1: Grundlagen. Eine Einführung in die Grundprobleme der Theorie sozialer Systeme*, 5.ª ed., Stuttgart, Lucius & Lucius, 1996, p. 22: “Komplexität bezeichnet den Grad der Vielschichtigkeit, Vernetzung und Folgelastigkeit eines Entscheidungsfeldes”.

25 BARALDI. Ob. cit., p. 94.

26 NIKLAS LUHMANN. “Soziologie als Theorie sozialer Systeme”, en id. *Soziologische Aufklärung*, t. 1, *Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Köln und Opladen, Westdeutscher Verlag, 1970, p. 115: “Como complejidad debe entenderse, en una primera aproximación a este difícil concepto, la totalidad de los posibles sucesos [...] El concepto de complejidad designa siempre una relación entre sistema y mundo, no un estado del ser”. Cfr. una crítica a este concepto en WILLKE. Ob. cit., p. 23, quien considera que la totalidad de los posibles sucesos no es empíricamente tangible, mientras que la relación entre sistema y mundo conduce en realidad a otro concepto: la selectividad; una formulación luhmanniana posterior, donde acoge el concepto de selectividad, en NIKLAS LUHMANN. “Systemtheorie,

Estado y de un tiempo histórico determinado y esa misma Sociedad) son ciertamente tan estrechas como ciertas. Ni la ciencia del Derecho penal ni la Sociología pueden desconocerse entre sí: constituyen un complemento mutuo y entre ellas existe una coherencia recíproca e intrínseca. Por un lado, el Derecho penal reclama objetivamente a la Sociología, y –por otro– la Sociología ha de tener presente referencias sistemáticas de valor desde el propio punto de vista del ordenamiento social: el orden social tiene que hallarse supeditado a unas escalas valorativas, porque de lo contrario carecería de finalidad y eficacia. En conclusión, como afirmara HERMANN KANTOROWICZ²⁷: “*la dogmática sin Sociología es vacía, la Sociología sin dogmática es ciega*”.

1. Las aportaciones de las teorías sociológicas clásicas o premodernas: Sociología del Derecho y Derecho penal

Sentadas estas premisas, puede afirmarse que la constitución del Derecho penal no puede realizarse al margen de las características propias de la concreta Sociedad donde vaya a aplicarse. Por ello, la Sociología del Derecho (y, en concreto, la Sociología criminal) ha sido siempre una disciplina imprescindible para el análisis de un concreto sistema punitivo²⁸. Y, por la misma razón, los juristas en general, y los penalistas en particular, no han prescindido de los criterios o perspectivas sociales en la configuración de sus concretas doctrinas (muy particularmente el sistema penal funcionalista, como veremos a continuación).

Ya RUDOLPH VON IHERING, en el ámbito del Derecho privado, y FRANZ VON LISZT y KARL BINDING, en el Derecho penal, sostuvieron que el orden jurídico se halla en último extremo al servicio de un orden social, que delimita el ámbito de aquél.

Modernamente KNUT AMELUNG²⁹, en un libro sólidamente fundamentado, configuró una “teoría de la nocividad social”, partiendo de la idea de que la Sociedad es una

Evolutionstheorie und Kommunikationstheorie”, *Soziologische Aufklärung*, t. 2, *Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1975, p. 207.

27 HERMANN KANTOROWICZ. *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Verhandlungen des Ersten deutschen Soziologentages vom 19. Bis 22. Oktober 1910 in Frankfurt am Main, Tübingen, Mohr, 1911, p. 29: “Dogmatik ohne Soziologie ist leer, Soziologie ohne Dogmatik ist blind” (trabajo luego publicado en su obra –del mismo nombre– *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, herausgegeben von THOMAS WÜRTEMBERGER, Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1962, pp. 117 y ss., la cita mencionada en p. 139). Cfr. THOMAS WÜRTEMBERGER. *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge (1948-1969)*, Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1970, p. 50.

28 Cfr. JOSÉ ANTÓN ONECA. *Derecho penal*, t. 1, “Parte general”, Madrid, Gráfica administrativa, 1949, p. 13, quien sostiene que tanto la Sociología como la Psicología, y en un sentido más amplio la Antropología o la Biología criminal, pueden ser encuadradas sistemáticamente, a efectos del estudio del delito y de sus factores etiológicos, individuales y sociales, dentro de la Criminología, como ciencia conjunta que se ocupa del conjunto de factores, momentos y perspectivas determinantes de la esencia y las características fundamentales del fenómeno social del delito.

sistema de interacciones, cuyo mantenimiento se fundamenta en la formación de estructuras y en la institucionalización de normas. Así, concibe al Derecho penal como un mecanismo de control social, que desempeña la misión de garantizar la validez de las normas penales dirigidas a regular una sociedad: el ordenamiento penal sólo prohíbe el actuar socialmente nocivo. Por ello, la función del Derecho penal consiste en ordenar un sistema y en solucionar problemas de sistema, y las normas penales son multifuncionales.

2. Las modernas teorías de los sistemas sociales (especial referencia a la teoría de NIKLAS LUHMANN)

Al igual que otros sociólogos anteriores, como –singularmente– TALCOTT PARSONS y ROBERT K. MERTON, NIKLAS LUHMANN³⁰ pretendió, a lo largo de una bibliografía casi inabarcable, elaborar desde una perspectiva crítica una “teoría general de la Sociedad”³¹, en la que conjuga con admirable coherencia la construcción teórica con el funcionalismo práctico y dinámico. Esta teoría recibe las denominaciones de “estructuralismo funcional” o de “constructivismo”³².

29 Cfr. KNUT AMELUNG. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der ‘Sozialschädlichkeit’ des Verbrechen*, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag GmbH., 1972, pp. 330 y ss., y pássim.

30 Vid., como estudios esenciales, entre la muy prolífica bibliografía de NIKLAS LUHMANN. *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied am Rhein und Berlin, Hermann Luchterhand Verlag, 1969, esp. pp. 38 y ss.; *id.* *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Köln und Opladen, Westdeutscher Verlag, 1970, pássim; *id.* *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1987, pp. 15 y ss., 30 y ss., pássim; *id.* *Rechtssoziologie*, 3.ª ed., Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987, pp. 10 y ss., 27 y ss.; *id.* *Soziologie des Risikos*, Berlin y New York, Walter de Gruyter, 1991, pp. 9 y ss.; *id.* *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1993, pássim, esp. pp. 9 y ss., 38 y ss., 124 y ss.; *id.* *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 2 tt., Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1998, pássim, esp. pp. 16 y ss. (t. 1).

31 Existen numerosas obras (generales o centradas en algún aspecto concreto) sobre la teoría luhmanniana. En lengua castellana, pueden verse, entre otras, los siguientes estudios: IGNACIO IZUZQUIZA. *La Sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Barcelona, Anthropos, 1990; PILAR GIMÉNEZ ALCOVER. *El Derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, 1993; en lengua alemana, GÁBOR KISS. *Grundzüge und Entwicklung der Luhmannschen Systemtheorie*, Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1986, pp. 4 y ss.; HANS HAFERKAMP y MICHAEL SCHMID (eds.). *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1987, pássim; Günter SCHULTE. *Der blinde Fleck in Luhmanns Systemtheorie*, Frankfurt am Main y New York, Campus Verlag, 1993; también el libro homenaje publicado a LUHMANN en vida: H. WILLKE y D. BAECKER (eds.), *Theorie als Passion*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1997; instructivos son los glosarios sobre la obra de LUHMANN: CLAUDIO BARALDI, GIANCARLO CORSI y ELENA ESPOSITO. *Glu. Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1997 (hay traducción española de la edición italiana, anterior a la alemana: *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, NIKLAS LUHMANN [prefacio], MIGUEL ROMERO PÉREZ y CARLOS VILLALOBOS [trads.], JAVIER TORRES NAFARRATE [coord.], Guadalajara, México, Universidad de Guadalajara, Universidad Iberoamericana, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1995).

Los presupuestos de los que parte LUHMANN para elaborar su sugerente teoría pueden resumirse en los siguientes puntos: alcance de *generalidad e interdisciplinariedad* (pretende ser una descripción y armónica explicación de la Sociedad en su conjunto: del sistema social y de los subsistemas integrados en ella: Derecho, economía, religión, política, ciencia, arte, etc.); reconocimiento de la *complejidad social*, que –aunque pueda parecer paradójico– sólo puede reducirse a través de un aumento de la complejidad; adopción de un concepto de *sistema social* que engloba las características de la autopoiesis, la autorreferencia, la diferencia y la contingencia³³.

Desde esta perspectiva, la teoría de LUHMANN concibe la Sociedad como *un sistema autorreferente y autopoietico que se integra de expresiones de sentido, de comunicaciones*. A continuación analizamos brevemente los elementos esenciales de esta definición.

a. *Clases de sistemas y “acoplamiento estructural” entre ellos*: como punto de partida, LUHMANN distingue tres clases de sistemas³⁴: los sistemas vivos, los sistemas psíquicos o personales, y los sistemas sociales. La distinción entre ellos reside en el modo de *autorreproducción* (operación *autopoietica*) de cada uno de ellos: los sistemas vivos adoptan como operación la propia vida (con todo un entramado de relaciones y operaciones vitales); los sistemas psíquicos o personales tienen como operación característica la conciencia (*Bewußtsein*); y los sistemas sociales se caracterizan precisamente por la expresión de sentido (*Sinn*), es decir, por la comunicación (*Kommunikation*).

Los diferentes tipos de sistemas no se presentan aislados entre sí, sino interrelacionados. Entre ellos opera un “acoplamiento estructural” (*strukturelle Kopplung*). Por ejemplo: los sistemas sociales se acoplan estructuralmente a los sistemas psíquicos o personales, porque de lo contrario no sería posible la comunicación. Se habla, asimismo de “interpenetración” (*Interpenetration*) cuando el acoplamiento estructural se realiza en el seno de una comunicación de dependencia recíproca entre los sistemas, de modo que cada uno de ellos sólo puede ser explicado y sólo puede existir si existen los demás³⁵.

32 A esta última concepción se opone el “deconstructivismo”. Otras denominaciones, harto imprecisas, son las de “teoría sistémica”, “funcionalismo sistémico” o “funcionalismo teleológico-sistémico”.

33 IGNACIO IZUZQUIZA. “Introducción: la urgencia de una nueva lógica” a NIKLAS LUHMANN, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, cit., pp. 13 y ss.; más ampliamente, *id.* *La Sociedad sin hombres*, cit., pássim, esp. pp. 141 y ss.

34 LUHMANN. *Soziale Systeme*, cit., pp. 242 y ss., pássim; en esquema (que básicamente seguimos), IZUZQUIZA. *Ob. cit.*, p. 24.

35 Vid., sobre esto, específicamente, NIKLAS LUHMANN, “Wie ist Bewußtsein an Kommunikation beteiligt?”, en HANS ULRICH GUMBRECHT y K. LUDWIG PFEIFFER (eds.), *Materialität der Kommunikation*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1988, pp. 884 y ss. (también en *id.* *Soziologische Aufklärung*, t. 6, “Die Soziologie und der Mensch”, Köln und Opladen, Westdeutscher Verlag, 1995, pp. 37 y ss.); *id.* *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1990, pp. 29 y ss., 38 y ss., 163

b. *La Sociedad como “sistema”*: el hecho de que la Sociedad sea un sistema alude a una global conexión entre diferentes elementos, cuyas relaciones entre sí son cuantitativamente más intensivas y cualitativamente más productivas que sus relaciones con otros elementos³⁶. Por un lado, la diferencia de la clase de relación entre los elementos de un sistema se halla, precisamente, en el concepto de “comunicación”; por otro, marca el límite entre “sistema” (*System*) y “entorno” (*Umwelt*)³⁷. Esta distinción constitutiva entre sistema y entorno “tiene que ser el punto de partida de cualquier análisis sistémico teórico”³⁸. El sistema es el ámbito en que se producen comunicaciones socialmente relevantes; el resto, no es sistema, sino entorno. En todo caso, entorno y sistema no pueden explicarse el uno sin el otro; son conceptos no sólo interrelacionados sino que cabe explicar con autonomía pero no con independencia uno respecto del otro³⁹: “el entorno alcanza su unidad sólo a través del sistema y solamente en relación con el sistema”⁴⁰.

c. *La Sociedad como sistema “social”*: la Sociedad no es más que un tipo de los sistemas sociales⁴¹, que se caracteriza por el modo de operaciones de *autorreproducción*

y ss. (= *La Ciencia de la Sociedad*, SILVIA PAPPE, BRUNHILDE ERKER y LUIS FELIPE SEGURA [trads.], JAVIER TORRES NAFARRATE [coord.], México y Barcelona, Universidad Iberoamericana, Iteso, Anthropos, Guadalajara, 1996, pp. 13 y ss.).

36 HELMUT WILLKE. *Systemtheorie I: Grundlagen*, cit., 5.ª ed, 1996, pp. 5 y ss., 41 y ss., 53 y ss., 266 (la 1.ª ed. de esta obra data de 1982).

37 Cfr., por ejemplo, WILLKE. Ob. cit.; ampliamente, NIKLAS LUHMANN. *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1987, pp. 242 y ss. (la 1.ª ed. de esta obra es de 1984).

38 LUHMANN. *Soziale Systeme*, cit., p. 35.

39 Cfr. NIKLAS LUHMANN y RAFFAELE DE GIORGI. *Teoría de la Sociedad*, MIGUEL ROMERO PÉREZ y CARLOS VILLALOBOS (trads.), coordinador de la traducción JAVIER TORRES NAFARRATE, Universidad de Guadalajara, Universidad Iberoamericana, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, Guadalajara, México, 1993, pp. 34 y ss., quienes sostienen que sistema y entorno “constituyen las dos partes de una forma; pueden sin duda existir separadamente, pero no pueden existir, respectivamente, uno sin el otro” (p. 37). Estos autores parten del concepto de “forma” de GEORGE SPENCER-BROWN. *Laws of Form*, Nueva York, pp. 1 y ss., y así opinan (ob. cit., p. 35) que “la forma es la forma de una distinción, por tanto de una separación, de una diferencia. Se opera una distinción trazando una marca que separa dos partes, que vuelve imposible el paso de una a la otra sin atravesar la marca. La forma es, pues, una línea de frontera que marca una diferencia y obliga a clarificar qué parte se indica cuando se dice que se encuentra en una parte y dónde se debe comenzar si se quiere proceder a nuevas operaciones. Cuando se efectúa una distinción, se indica una parte de la forma; sin embargo, con ella se da, al mismo tiempo, la otra parte. Es decir, simultaneidad y diferencia temporal. Indicar es al mismo tiempo distinguir, así como distinguir es al mismo tiempo indicar. Cada parte de la forma, por tanto, es la otra parte de la otra. Ninguna parte es algo en sí misma. Se actualiza sólo por el hecho de que se indica esa parte y no la otra. En este sentido la forma es autorreferencia desarrollada; más precisamente, es autorreferencia desarrollada en el tiempo”.

40 LUHMANN. *Soziale Systeme*, cit., p. 36, quien añade que “una de las más importantes consecuencias del paradigma sistema/entorno es: que debe diferenciarse entre el *entorno* de un sistema y *sistemas en el entorno* de ese sistema” (pp. 36 y s.). A juicio de LUHMANN, la diferenciación sistémica entre entorno y sistema “no es más que una repetición de la formación de sistemas en sistemas” (p. 37); muy detalladamente, el capítulo 5 (“System und Umwelt”) de ese mismo libro: pp. 242 y ss.

41 LUHMANN. *Soziale Systeme*, cit., pp. 242 y ss., pássim.

(*autopoiesis*) que adopta: la comunicación. De este modo, la Sociedad como sistema (social) está integrado por expresiones de sentido comunicativamente relevantes.

d. *La Sociedad como sistema social “autopoietico” (“autorreferencial”, “autoreproductivo”)*: el concepto de “autopoiesis”, incorporado por LUHMANN a la teoría de los sistemas sociales proveniente de la Biología⁴², significa que el propio sistema es capaz e idóneo para configurar su propia estructura y crear sus propios elementos integrantes. Autopoiesis es, por tanto, autocreación. En el campo de la Biología, significa que las propias células tienen capacidad para autorreproducirse, esto es, que son sistemas (vivos) idóneos para configurar su propio medio de vida. En el campo de la Sociología, la autopoiesis permite al sistema (social) dotarse de una propia estructuración: es, pues, *un juicio de autosuficiencia*. Lógicamente, el Derecho es también un sistema autopoietico⁴³, en tanto que las operaciones de autorreproducción se llevan a cabo en el seno del sistema, y no en el exterior (son operaciones intrasistemáticas). De ahí se deduce la “autorreferencialidad” del sistema jurídico.

e. *La “comunicación” como mecanismo autopoietico del sistema social*: Sociedad es comunicación. Es decir, la Sociedad se compone de comunicaciones, de expresiones de sentido con relevancia comunicativa. La comunicación es el mecanismo autopoietico u operación específica de los sistemas sociales. Allí donde hay comunicación hay Sociedad, y donde hay Sociedad (para que la haya) es necesario siempre comunicación. En la concepción de LUHMANN⁴⁴, la comunicación consiste en que alguien (*Alter*) participa al yo (*Ego*) una información, que es comprendida por el yo. La comunicación es, por tanto, un proceso o síntesis de tres selecciones: participación (*Mitteilung*)⁴⁵, información (*Information*) y comprensión de la diferencia entre

42 En concreto, el concepto de “autopoiesis” proviene de las aportaciones en el campo de la Biología debidas al biólogo chileno HUMBERTO MATURANA, en colaboración con su discípulo FRANCISCO VALERA. Para estos autores, los sistemas vivos se caracterizan por la capacidad de producir y reproducir por sí mismos los elementos que los integran, definiendo su propia unidad. Esta función de autorreproducción es llevada a cabo por células, que son elementos integrantes del sistema, y se realiza en el interior del mismo sistema.

43 Esenciales, al respecto, las aportaciones de GUNTHER TEUBNER. *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1989; y los varios y sugerentes trabajos compilados en *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, GUNTHER TEUBNER (ed.), Berlin y New York, Walter de Gruyter, 1988, pássim y en SINN. *Kommunikation und soziale Differenzierung. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Herausgegeben von HANS HAFERKAMP y MICHAEL SCHMID, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1987.

44 LUHMANN. *Soziale Systeme*, cit., pp. 191 y ss., esp. 193 y ss.; id. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, t. 1, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1997, pp. 81 y ss.; id. “Was ist Kommunikation?”, en id. *Soziologische Aufklärung*, t. 6, “Die Soziologie und der Mensch”, Köln y Opladen, Westdeutscher Verlag, 1995, pp. 113 y ss.

45 El vocablo “Mitteilung” ha sido traducido en la versión española del *Glosario* a LUHMANN como “emisión o acto de comunicar”. Esta última perífrasis no es, a nuestro juicio, muy acertada, porque puede inducir a una metonímica confusión entre la parte (la participación) y el todo (la comunicación). El término “emisión” es más correcto que esa perífrasis, aunque no sea la traducción literal de “Mitteilung”. En alemán, “emisión” se corresponde, más propiamente, con “Ausstrahlung”. Por ello,

información y participación (*Verstehen der Differenz zwischen Information und Mitteilung*)⁴⁶. Otros autores, como HABERMAS⁴⁷, resaltan también el aspecto de la comprensión dentro de la comunicación, emparejando éste último concepto con el de consenso (*Konsens*).

La *comunicación* (el proceso comunicativo) es, por tanto, la operación que define los elementos del sistema social, es decir, la específica operación que caracteriza al sistema social⁴⁸. Conviene llamar la atención sobre un punto polémico en el pensamiento luhmanniano: para el autor alemán, “no es el hombre quien puede comunicar, sólo la comunicación comunica”⁴⁹. Del mismo modo que la comunicación es la operación autopoietica definidora de los sistemas sociales, los sistemas personales o psíquicos (las personas) tienen como operación autopoietica la conciencia (*Bewußtsein*), y “los sistemas de conciencia también son sistemas operacionalmente cerrados. No pueden tener contacto unos con otros. No existe la comunicación de conciencia a conciencia, ni entre el individuo y la Sociedad”⁵⁰. Por ello, para LUHMANN, la *Sociedad no se compone de individuos o seres humanos aisladamente considerados, sino precisamente de comunicaciones*.

3. Teoría de los sistemas y sistema funcionalista del Derecho penal

El *moderno sistema penal funcionalista* acoge, como punto de partida, el *análisis funcionalista (funktionale Analyse)* de la configuración de la Sociedad. El *funcionalismo sistémico*, método científico seguido por la teoría de los sistemas sociales, permite concebir todo dato o fenómeno social como contingente y contrastable

creemos más preciso traducir “Mitteilung” por “participación”, en el sentido de manifestar, exteriorizar, expresar o emitir una concreta información (o sea, hacer partícipe al receptor de un concreto mensaje).

46 Cfr., muy claro, CLAUDIO BARALDI, “Kommunikation”, en CLAUDIO BARALDI / GIANCARLO CORSI / ELENA ESPOSITO. *Glu. Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1997, p. 89: “se habla de *comunicación* cuando el ‘yo’ (*Ego*) comprende que ‘otro’ (*Alter*) le ha participado alguna información; esta información le puede ser a él atribuida. La participación de una información (‘Alter’ dice, por ejemplo: ‘llueve’) no es en sí una información. La comunicación sólo se realiza cuando ella es comprendida: cuando la información (‘llueve’) y la intención por parte de ‘Alter’ de la participación (otro quiere, p. ej., transmitir a ‘Ego’ que lleve consigo un paraguas) son comprendidas como selecciones distintas. Sin comprensión no puede la comunicación ser observada: ‘Alter’ hace señas a ‘Ego’, y ‘Ego’ se marcha tranquilamente, porque no ha comprendido que la seña era un saludo. La comprensión realiza la distinción fundamental de la comunicación: la distinción entre participación e información”.

47 En concreto, HABERMAS distingue entre “actuar (o acción) estratégico (orientado al resultado)” (*strategische –erfolgsorientierte– Handeln*), y “actuar (o acción) comunicativo (orientado a la comprensión)” (*kommunikative –verständnisorientierte– Handeln*), relacionando íntimamente el concepto de comunicación con el de consenso. Cfr. JÜRGEN HABERMAS. *Theorie des kommunikativen Handelns*, t. 1, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1981, p. 387. Cfr., también, WILLKE. Ob. cit., pp. 174 y s.

48 BARALDI. Ob. cit., p. 91.

49 LUHMANN. *Soziale Systeme*, cit.

50 Ídem.

con otros⁵¹. Sobre esta base, el análisis funcionalista construye el conocimiento a través de la confrontación del dato conocido con otras posibilidades alternativas. La confrontación la lleva a cabo siempre un concreto “observador” (*Beobachter*). Es decir, se parte del análisis de la realidad, del dato como problema. El análisis consiste en describir la relación entre los diferentes problemas y buscar *soluciones actuales y equivalentes funcionales* (*funktionale Äquivalente*) a cada uno de ellos.

El *funcionalismo jurídico-penal* parte, también, de comunes presupuestos sociales, y es definido por JAKOBS, su máximo representante, como “aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la Sociedad”⁵². Este planteamiento se aleja, en sus planteamientos, tanto de la conciencia individual (que había sido el tradicional punto de partida de la filosofía, enraizada en DESCARTES y desarrollada desde HOBBS hasta KANT) como de la tradicional concepción europea del Estado, iniciada por ARISTÓTELES. El sistema social (concebido como sistema autorreferencial y autopoietico, delimitado del entorno, e integrado de expresiones de sentido, de comunicaciones entre personas) es punto de partida del funcionalismo jurídico-penal. Además, este sistema funcionalista desarrolla otras categorías o conceptos esenciales como “persona”, “norma” y “sociedad”. En este mismo trabajo nos ocuparemos de dar una visión general de esta concepción.

En todo caso, mucho se ha hablado, escrito y discutido en los últimos años sobre el influjo de la teoría de los sistemas sociales en el pensamiento de JAKOBS. Suele casi generalizadamente afirmarse que el sistema penal funcionalista *jakobsiano* es deudor en gran parte de la construcción sociológica sistémica *luhmanniana*⁵³. En otras pala-

-
- 51 NIKLAS LUHMANN. “Soziologie als Theorie sozialer Systeme”, en *id.* *Soziologische Aufklärung*, t. 1, “Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme”, Köln y Opladen, Westdeutscher Verlag, 1970, pp. 115 y ss.; *id.* *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1990, cap. 6 (= *La Ciencia de la Sociedad*, SILVIA PAPPE, BRUNHILDE ERKER y LUIS FELIPE SEGURA [trads.], JAVIER TORRES NAFARRATE [coord.], Guadalajara, México y Barcelona, Universidad Iberoamericana, Iteso, Anthropos, 1996, pp. 261 y ss.); resumidamente, CLAUDIO BARALDI. “Funktionale Analyse”, en CLAUDIO BARALDI, GIANCARLO CORSI y ELENA ESPOSITO. *Glu. Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1997, pp. 61 y ss. Cfr., sobre las diferencias entre el método científico del análisis funcional y del análisis sistemático, y sus repercusiones en la dogmática penal funcionalista, MIGUEL POLAINO-ORTS. “Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto”, en *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (coord.), t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 61 y ss.
- 52 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischem’ Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des ‘alteuropäischen’ Strafrechts?”, *ZStW*, t. 107, Heft 4, 1995, pp. 843 y ss. (= *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, MANUEL CANCIO MELIÁ y BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ [trads.], Madrid, Civitas, 1996, p. 15). Cfr. un atento ensayo sobre las relaciones entre la teoría funcionalista de JAKOBS y el sociologismo luhmanniano en RAFAEL MÁRQUEZ PINERO. “El pensamiento jurídico de Jakobs y la teoría sociológica de Luhmann”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, t. XLIX, mayo-agosto de 1999, pp. 105 y ss.
- 53 Incluso algún autor, como ESTEBAN JUAN PÉREZ ALONSO, “Las revoluciones científicas del Derecho penal: evolución y estado actual de la dogmática penal”, *ADPCP*, t. L, fasc. único, enero-diciembre de

bras, que la construcción de JAKOBS se debe en gran parte a las aportaciones de LUHMANN en el ámbito de la Sociología. A nuestro juicio, esta opinión sólo es cierta en parte, y por tanto lo autores que suelen resaltar este aspecto (a menudo como exacerbada e infundada crítica a la supuesta abstracción sociológica de los conceptos dogmáticos penales) lo hacen desde una perspectiva muy parcial y fragmentaria, y –en consecuencia– no alcanzan a vislumbrar la totalidad del problema⁵⁴.

1997, 2000, pp. 185 y ss., concretamente p. 199, considera que “no sería exagerado afirmar que uno de los méritos de JAKOBS consiste en adaptar el Derecho penal contemporáneo a la teoría de los sistemas de N. LUHMANN”. Esta opinión no es, a nuestro juicio, acertada. Una cosa es que puedan encontrarse influjos de la teoría de los sistemas en la construcción penal funcionalista, y otra muy distinta es que se pretenda adaptar el Derecho penal a una concreta teoría sistémica.

- 54 Cfr., entre los autores que, con visión manifiestamente parcial, consideran definitiva o preferente la influencia de la teoría de los sistemas en JAKOBS, por ejemplo, BEATRIZ DE LA GÁNDARA VALLEJO. “Algunas consideraciones acerca de los fundamentos teóricos del sistema de la teoría del delito de JAKOBS”, *ADPCP*, t. L, fasc. único, enero-diciembre de 1997, 2000, pp. 363 y ss., quien –frente a la opinión de CANCIO MELIÁ y SUÁREZ GONZÁLEZ (que defienden la idea de que, en algunos aspectos, JAKOBS pretende rescatar la vertiente normativa iniciada por WELZEL en sus primeros trabajos antes de la subjetivización del finalismo, poniendo como ejemplo la adecuación social)– pretende demostrar que “los principales fundamentos teóricos de los que parte JAKOBS a la hora de formular su sistema de la teoría del delito [...] se hallan, en el fondo, en la teoría de NIKLAS LUHMANN, ya que JAKOBS parte de cómo es la moderna sociedad contemporánea [*sic*] para proponer un concepto de Derecho penal funcionalista, o sea, un sistema funcionalista de la teoría del delito” (p. 363). En definitiva, pretende la autora citada demostrar, “examinando lo que dice el propio JAKOBS, y aun consultando las fuentes que él cita, que la línea directriz de su modelo de la teoría del delito –la idea de la prevención general positiva– está mucho más cercana a las teorías de LUHMANN que a las de WELZEL, es decir, que a la hora de explicar cuál es la verdadera función del Derecho penal JAKOBS está mucho más ‘influenciado’ [*sic*] por las teorías de LUHMANN que por los planteamientos de WELZEL”. Según nuestra opinión, es conveniente hacer algunas precisiones: 1. El sistema normativo-funcionalista de JAKOBS no se circunscribe a la teoría del delito, ni siquiera al Derecho penal: ahí está su libro *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997 (2.^a ed., 1999) para demostrar la amplitud de su sistema. 2. Aun cuando fuera cierto que todos los presupuestos teóricos de JAKOBS están ya en LUHMANN, no puede utilizarse como prueba de una supuesta influencia el hecho de que JAKOBS parta de la constitución de la moderna sociedad, como si LUHMANN fuera el (único) constructor o teórico de la misma. 3. Es posible que algunos (no todos: otros son radicalmente opuestos) de los presupuestos teóricos de la construcción de JAKOBS estén en LUHMANN. Pero no sólo *en él*: también en HEGEL, en WEBER, en DURKHEIM, en GEIGER, en RYFFEL, en PARSONS, y en una larga lista de filósofos y sociólogos, anteriores o contemporáneos a LUHMANN y a JAKOBS, que se han ocupado del análisis de la Sociedad y de sus relaciones con el sistema Derecho (cfr., en este sentido, JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. “Algunas referencias de Historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal”, *CPC*, n.º 71, Madrid, 2000, pp. 391 y ss.). 4. Por otro lado, el modo más acertado y fiable de vislumbrar si una teoría (la de JAKOBS o la de quien fuere) acusa la influencia de otra construcción científica no es, ciertamente, según nuestro parecer, la de ver las fuentes que se citan en las notas a pie de página de una obra general, sino –más convenientemente– contrastar substancialmente el cuerpo de las doctrinas a lo largo de la Historia del pensamiento (el procedimiento de contar las citas a determinados autores es, empero, esgrimido también como crítica a JAKOBS, recientemente, por BERND SCHÜNEMANN, “La culpabilidad: estado de la cuestión”, en CLAUS ROXIN, GÜNTHER JAKOBS, BERND SCHÜNEMANN, WOLFGANG FRISCH y MICHAEL KÖHLER, edición a cargo de JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2000, pp. 91 y ss., concretamente p. 100, nota 21). 5. Por lo demás, el aspecto dogmático (“la verdadera función del Derecho penal”, esto es, “la idea de la prevención general positiva”) que, a modo de ejemplo, resalta la citada autora para demostrar su suposición (o sea, la influencia de LUHMANN en JAKOBS), no es

Frente a esta opinión, algunos autores (y también -implícitamente- el propio JAKOBS) han intentado distinguir, con mejor criterio, ciertos (probables y aun posibles) *influidos* sociológicos en la construcción penal funcionalista de *condicionamientos* absolutos del sistema. Que en el pensamiento penal de JAKOBS puedan hallarse influencias de significativos aportes de la teoría de los sistemas sociales es, en buena parte, irrefutable (no en vano, la teoría penal funcionalista habla del *Derecho penal* de la moderna *Sociedad*). Pero sostener que JAKOBS construye su sistema *exclusivamente* con base en la teoría sistémica supone desconocer en gran parte los orígenes y otras influencias filosóficas en el sistema penal funcionalista *jakobsiano* (muy singularmente, la recia influencia de la filosofía idealista de HEGEL en el sistema de JAKOBS). Es decir, a nuestro juicio: 1. Ni las influencias de LUHMANN en JAKOBS son tan grandes ni tan definitivas como se piensa⁵⁵; 2. Ni el sistema penal funcionalista es absoluto deudor del sociologismo sistémico ni está ayuno de otros influjos filosóficos; 3. Ni la construcción luhmanniana es absolutamente original (no surge de la nada) ni es absolutamente contrapuesta, pongamos por caso, a la filosofía *hegeliana*.

B. Relevancia histórica del concepto de persona

Una vez analizados los postulados esenciales de la teoría de los sistemas sociales, nos centramos en el análisis del concepto de persona. Como afirmamos antes, el concepto de *persona* es, en efecto, un instrumento útil para alcanzar una más completa aproximación al Derecho: es una nueva dimensión del Derecho, o al menos un nuevo elemento que *personaliza* las *cuatro* aludidas dimensiones (“Sociedad”, “norma”, “valor” y “tiempo”). Pero aprehender un concepto válido de persona para la construcción –o al menos, la aproximación– de un sistema jurídico es tarea harto compleja. Así, ha podido, certeramente, decir el profesor JAKOBS que la conducta de

precisamente el mejor ejemplo posible, pues –a nuestro juicio– ese aspecto está mucho *más cerca* de (esto es, *más directamente influida* por) la concepción dialéctica de HEGEL que –probablemente– de otras concepciones posteriores. El análisis del contenido de ambas posiciones (la de HEGEL y la de JAKOBS) requiere analizar las teorías de los fines de la pena; y considerando “lo que JAKOBS dice” y las “fuentes que cita” se concluye que, en este caso, JAKOBS reconoce expresamente, en el texto de su *Tratado*, la influencia de HEGEL en su concepción de la pena: “en HEGEL la teoría absoluta (sc. de la pena) recibe una configuración que en poco se diferencia de la prevención general positiva aquí representada”. Cfr. GÜNTHER JAKOBS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin y New York, Walter de Gruyter, 1991, 1/21 (= *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO [trads.], Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1995, pp. 22 y s.).

55 El mismo JAKOBS ha marcado distancias con la teoría sistémica de LUHMANN en su conocida ponencia a las Jornadas Alemanas de Penalistas, celebradas en Rostock en 1995. Cfr. GÜNTHER JAKOBS. “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischem’ Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des ‘alteuropäischen’ Strafrechts?”, *ZStW*, Bd. 107, Heft 4, 1995, pp. 843 y ss. (= *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, MANUEL CANCIO MELIÁ y BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ [trads.], Madrid, Civitas, 1996, p. 16).

la *persona* (la conducta *humana* delictiva) en Derecho penal “*contiene el esbozo de un mundo*”⁵⁶.

El interés por el concepto de “persona”, desde una perspectiva iusfilosófica, no es, desde luego, reciente. Numerosos autores, desde la Antigüedad clásica hasta la Filosofía contemporánea, han dedicado sus esfuerzos a intentar desentrañar qué se esconde detrás de un concepto tan –aparentemente– accesible y ambiguo al tiempo como el de persona.

En el Derecho romano, por ejemplo, el propio ordenamiento jurídico se legitimaba por la satisfacción de tres principios, que mucho tenían que ver con el respeto al propio concepto de persona: *honestae vivere, suum cuique tribuere y alterum non laedere* (vivir honestamente, dar a cada uno lo suyo, y no dañar a nadie)⁵⁷. Esta idea del respeto a los demás (su consideración como “personas”) se ha repetido muchas veces a lo largo de la Historia. El filósofo idealista alemán HEGEL resumía su opinión al respecto con la famosa sentencia “sé persona y respeta a los demás como personas”⁵⁸, que encierra todo un programa filosófico y sociológico: un programa intercomunicativo.

C. El renacimiento del concepto de persona en la teoría de JAKOBS

Modernamente (acaso desde mediados del siglo XX) hemos asistido a un “renacimiento” del concepto de persona, concediéndosele una importancia incluso –a nuestro juicio– desmesurada, y ya no sólo desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, sino incluso directamente desde el Derecho penal⁵⁹.

Aun a riesgo probable de imprecisión o superficialidad, muy resumidamente puede decirse que la cuestión estriba en saber si existe –a efectos de realizar una imputación penal, o sea, a efectos del Derecho (no se discute, pues, el reconocimiento civil, social o político de la personalidad, con sus respectivos derechos)– un concepto de persona *preexistente* al Derecho (concepto prejurídico, naturalista, ontológico, etc. de persona), o si, por el contrario, se trata de un concepto en cierto modo *creado* por el Derecho (concepto normativo, funcional, jurídico, etc.).

56 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*, MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.), Estudio preliminar de CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ y MANUEL CANCIO MELIÁ, Madrid, Civitas, 1996, p. 11 (“Prólogo”).

57 Cuestión aparte es que en el propio Derecho romano se cumpliera a rajatabla lo dispuesto en esta *tria iuris praecepta*, y –sobre todo– las personas consideradas dignas de recibir el tratamiento de tales.

58 Vid. GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 36.

59 Vid., sobre diferentes aspectos del concepto de persona, los varios trabajos compilados en *Personen aus bioethischer Sicht*, Tagung der österreichischen Sektion der IVR in Graz, 29. und 30. November 1996, PETER STRASSER y EDGAR STARZ (eds.), ARSP, Beiheft Nr. 73, Franz Steiner Verlag Stuttgart, 1997.

Para el primer modelo, el Derecho se vería de algún modo condicionado por la persona; para el segundo, a efectos penales, persona es quien el Derecho diga que es persona: sólo ella sería destinataria de las normas jurídicas (de los derechos y deberes, mandatos y prohibiciones en ellas contenidos), y sólo ella sería susceptible de responsabilidad, imputable penalmente. En caso contrario, quedaría –a estos solos efectos– *excluido* del Derecho penal⁶⁰.

Entre las concepciones más originales y representativas en la moderna dogmática penal destaca la de GÜNTHER JAKOBS⁶¹, uno de cuyos últimos libros lleva por título *Norm, Person, Gesellschaft* (*Norma, persona, Sociedad*). Esta obra intenta configurar una coherente coordinación de tales elementos, esto es, explicar cómo puede integrarse la *persona* (y no el mero individuo) en la *Sociedad* y desempeñar sus funciones en relación con la asunción de roles que le corresponden con sometimiento a las *normas*.

A juicio de JAKOBS, el concepto de *persona* (diferente del de *individuo*, que es pura “naturaleza”, en cuanto denota “ausencia de comunicación social” y de “sentido”) es un concepto *autorreferente, autopoietico y funcional*⁶², integrante y constitutivo de

60 Cfr., recientemente, GÜNTHER JAKOBS. “Personalität und Exklusion im Strafrecht”, en *Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert. Festschrift für Professor Dr. Dionysios Spinellis*, Herausgeber: NESTOR COURAKIS. Abteilung für Strafrechtswissenschaften, Juristische Fakultät, Universität Athen, Ant. N. Sakkoulas Verlag, 2001, pp. 447-467, quien –sobre la base de las aportaciones de LUHMANN (“Exklusion und Inklusion”, en *id. Soziologische Aufklärung*, t. 6, “Die Soziologie und der Mensch”, Köln y Opladen, Westdeutscher Verlag, 1995, pp. 237 y ss.; *id. Die Gesellschaft der Gesellschaft*, t. 2, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1998, pp. 618 y ss.)– distingue entre personas en sentido jurídico (destinatarios de derechos y deberes: persona es quien es capaz de Derecho), personas parcialmente excluidas (quien resulta excluido de concretos derechos y deberes) y personas excluidas (quien no disfruta de ningún derecho y no puede ser portador de ningún deber): la exclusión –explica JAKOBS– no puede ser entendida como ausencia total, como mero no-tener (*bloßes Nicht-Haben*): “una exclusión existe sólo cuando *el derecho propio* no le permite avanzar hacia la ‘persona en derecho’ (*Rechtsperson*)”; también, *id.* “Zum Begriff des Delikts gegen die Person”, en KLAUS BERNSMANN y KLAUS ULSENHEIMER (eds.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen. Vorträge anlässlich des Symposiums zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen am 12/13.10.2001*, Köln, Berlin, Bonn y München, Carl Heymanns Verlag KG, 2003, pp. 64 y ss. (“Sobre el concepto del delito contra la persona”, BERNARDO FEJOO SÁNCHEZ [trad.], *Revista del Poder Judicial*, n.º 70, Madrid, 2003, pp. 117 y ss.).

61 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997 (2.ª ed., 1999). El título completo en castellano podría ser: *Norma, Persona, Sociedad. Prolegómenos (o Reflexiones previas) a una Filosofía del Derecho*. Este libro no debe confundirse con el artículo del mismo autor “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischem’ Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des ‘alteuropäischen’ Strafrechts?”, *ZStW*, t. 107, Heft 4, 1995, pp. 843 y ss., publicado como libro y diverso título en España: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, MANUEL CANCIO MELIÁ y BERNARDO FEJOO SÁNCHEZ (trads.), Madrid, Civitas, 1996. Cfr. las reseñas críticas del primer libro citado, WALTER KARGL. “Das Recht der Gesellschaft oder das Recht der Subjekte? Anmerkungen zu den ‘Rechtsphilosophischen Vorüberlegungen’ von Günther Jakobs”, *GA*, 1999, pp. 53 y ss.; NORBERT HOERSTER. “Buchbesprechung: *Norm, Person, Gesellschaft*”, *ZRP*, Heft 5, 1999, p. 215.

62 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*.

la Sociedad (a través de la comunicación), y que se define por la *función* que el sujeto desempeña en la *Sociedad*, esto es, por el *rol* social que le es encomendado y que asume en la vida de *interrelación*: por ello, *persona* es quien, en el seno de un grupo social, *debe cumplir una tarea*⁶³.

En la concepción de JAKOBS, las nociones de *individuo* (*Individuum*) y *persona* (*Person*) se diferencian en función de la consideración singular o de la asunción de *rol* o cometido social generador de expectativa exigible. Entre el mundo del *individuo* y el mundo de la *persona* hay una nítida separación⁶⁴:

1. El *individuo* representa el estado natural, el medio ambiente, y por ello es inseparable del *medio* en el que vive, porque la autosuficiencia no es posible⁶⁵ (nótese la semejanza entre esta manifestación de inseparabilidad y la concepción del “yo soy yo y mis circunstancias” de nuestro ORTEGA Y GASSET). Las *relaciones comunicativas* entre los diferentes sujetos están sometidas a una concreta *ordenación*, esto es, a un concreto esquema de *orden* (*normativo*). Este proceso intercomunicativo tiene lugar entre “personas” (Sociedad es comunicación interpersonal)⁶⁶, no entre “individuos” (naturaleza).

2. El concepto de *persona* es, en tanto sistema psico-físico (*psycho-phisches System*), integrante de la Sociedad: la persona expresa sentido comunicativamente relevante, y se define por su fidelidad al Derecho. Sobre esta base, el concepto de persona se configura por varias delimitaciones concretas, entre ellas: por sus espacios de *libertad* (espontaneidad de la voluntad) y de deber (esfera de competencia); por la *obligatoriedad* del mantenimiento de la inmunidad o intangibilidad física, tanto propia como ajena; y por su singular *productividad* en la sociedad.

Lehrbuch, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin y New York, Walter de Gruyter, 1991, p. VII; *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (trads.), Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1995, p. IX.

63 JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., pp. 28 y ss.

64 JAKOBS. Ob. cit., pp. 44 y ss. Cfr., no obstante, DANIEL EDUARDO RAFECAS, “Crítica actual al concepto funcionalista-sistémico de culpabilidad”, *CDJP*, año VII, n.º 11, Ad-Hoc, Buenos Aires, Vilella Editor, pp. 457 y ss., esp. 463 y s., quien ensaya una crítica a la concepción de JAKOBS, pero desconociendo algunas de las principales aportaciones del mismo, y sin atender a algunos básicos lineamientos de su teoría, p. ej., la distinción entre persona e individuo, la delimitación entre expectativas cognitivas y normativas o el aseguramiento contrafáctico de la infracción de la norma.

65 JAKOBS. Ob. cit., pp. 9 y ss. y 125.

66 Cfr., críticamente, INGBORG PUPPE. “Strafrecht als Kommunikation. Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik”, en ERICH SAMSON, FRIEDRICH DENCKER, PETER FRISCH, HELMUT FRISTER y WOLFRAM REIß (eds.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 469 y ss.; WINFRIED HASSEMER. “Das Symbolische am symbolischen Strafrecht”, en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, BERND SCHÜNEMANN, HANS ACHENBACH, WILFRIED BOTTKKE, BERNHARD HAFFKE y HANS-JOACHIM RUDOLPHI (eds.), Berlin, New York, Walter de Gruyter, 2001, pp. 1001 y ss., esp. 1012 y s.

a. El concepto de persona queda delimitado por la dinámica *obligación / libertad*, es decir, a través del esquema del “deber ser” (*sollen*) en relación con el ‘libre espacio’ de “arbitrio” o “libertad personal” (*Freiraum*)⁶⁷: “la persona no actúa conforme al esquema individual de satisfacción e insatisfacción, sino conforme a un esquema de deber y espacio de libertad”⁶⁸.

b. Además, *persona* es quien no debe ser lesionado por nadie y no tiene potestad de lesionar a otro⁶⁹. Esta delimitación conceptual recuerda inevitablemente el concepto *hegeliano* de persona, aludido más arriba.

c. En el marco de la Economía, que dirige la relación positiva entre personas en sociedad, la *persona*, en el sentido de “persona en Derecho” (*Rechtsperson*) es quien produce, es decir, quien es productivo en la sociedad por participar con su producción en el sistema⁷⁰.

67 JAKOBS. Ob. cit.

68 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. “Zur Gegenwärtigen Straftheorie”, en *Strafe muss sein! Muss Strafre sein? Philosophen - Juristen - Pädagogen im Gespräch*, herausgegeben von KLAUS-M. KODALLE, Würzburg, Königshausen & Neumann, 1998, p. 32 (= “Sobre la teoría de la pena”, MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.), *Revista del Poder Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 3.ª época, n.º 47, 1997, p. 151; también publicado en Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 1999, p. 17).

69 JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., pp. 112 y ss.

70 JAKOBS. Ob. cit., pp. 115 y ss. A este aspecto de la Economía, cuyo entendimiento como criterio definidor de la persona no es –a nuestro juicio– plenamente convincente, ha prestado JAKOBS recientemente especial atención al final de un trabajo sobre “Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit”, en GERHARD HÖVER (ed.), *Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 1999, esp. pp. 38 y ss. (= *La génesis de la obligación jurídica*, MANUEL CANCIO MELIÁ [trad.], Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 1999, pp. esp. 43 y ss.). Por de pronto, señala JAKOBS la estrecha dependencia entre Estado y Economía: “puesto que el Estado no genera él mismo valores [...] sólo puede repartir lo que previamente ha quitado a alguien, mediante su definición como Estado de prestaciones es colocado en dependencia con la Economía, sólo puede cumplir su promesa si la Economía funciona” (ob. cit., p. 42), y resalta la internacionalización de la actividad económica: “la Economía moderna no es una actividad nacional que esté expuesta a la intervención segura del Estado por quedar limitada al interior del mismo; su ámbito de acción es el mercado internacional, y ello en lo que se refiere a la producción como a la distribución” (ob. cit., pp. 43 y s.); sobre esta base opina el autor que “en la actualidad puede decirse que la Economía es el generador de obligación” (ob. cit., p. 47), convirtiéndose en un competidor del Estado en la determinación de deberes, y por tanto, “en la configuración de la persona” (ob. cit., p. 45). Esta circunstancia soluciona, a juicio de JAKOBS, algunos problemas antiguos (“la competencia dentro de la Economía sustituye la competencia antes existente, pero hoy adormecida, entre los Estados”, ob. cit., p. 46), pero no obstante trae consigo algunas cuestiones problemáticas: “que hoy en día la Economía genere de modo determinante deberes, es decir, que defina personas, conduce al problema de cómo ha de procederse con aquellos que no pueden cooperar en la economía, bien porque son incapaces de ello, bien porque la Economía no los necesita” (ob. cit., p. 45). Cfr., asimismo, *id.* “La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, de TERESA MANSO PORTO (trad.), *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 20, Escuela Judicial, CGPJ, Galicia, Xunta de Galicia, Escuela de Verano del Poder Judicial, 1999, pp. 119 y ss., en concreto 133 y ss. (también en Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 24 y ss.), quien destaca el predominio de la Economía en las modernas sociedades, y analiza su influjo en el Derecho penal actual; el mismo texto en *id.* “¿Qué protege el Derecho

En resumen:

En el sistema de JAKOBS los conceptos de *individuo* y de *persona* marcan el límite entre la *mera naturaleza (Natur) o medio ambiente (Umwelt)*, de un lado, y la *Sociedad (Gesellschaft) o comunicación (Kommunikation)*, de otro, que como vimos anteriormente es una distinción básica de la teoría de los sistemas sociales: “la distinción entre sistema y entorno tiene que ser el punto de partida de todo análisis sistémico-teórico”⁷¹.

Siempre que un *sujeto* desempeña una *tarea* en el grupo social, cumpliendo su *rol* de ciudadano (ejerciendo correctamente sus derechos y deberes), es (actúa como) “*persona*”; cuando *defrauda* las *expectativas* normativas (sociales), o cuando no reúne las características anteriormente aludidas es (se deja llevar como) “*individuo*”. En todo caso, conviene advertir que en esta teoría el concepto de “*individuo*” no conlleva necesariamente una carga peyorativa (pues la criminalidad es un suceso social normal), sino simplemente que, a efectos de esta configuración basada en la “teoría de los sistemas sociales”, no es estimada la consideración de “*persona*”. Pues la “*persona*” es una construcción del sistema social, de ahí que se trate de un concepto funcional y normativo.

Para JAKOBS, “*persona* es a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso con el Derecho”⁷², y por ello “*es persona* real aquel cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma”⁷³. Se requieren dos condiciones: “el comportamiento debe estar *regido* por las normas –ningún animal (entendido como parte del medio ambiente) puede ser una persona–, y debe resultar *adecuado* a la norma –ninguna persona asesina–”⁷⁴. Si se vulneran estas condiciones, el sujeto no se comporta como *persona*

penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, en GÜNTHER JAKOBS y MANUEL CANCIO MELIÁ. *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, Grijley, 2000, pp. 43 y ss., en concreto pp. 54 y ss. (también en *RPDP*, n.º 1, Lima, 2000, pp. 151 y ss., esp. 164 y ss.).

Cfr., en general, NIKLAS LUHMANN. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdung einstellen?*. Opladen, Westdeutscher Verlag, 1986, esp. 101 y ss.; id. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 2.ª ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1989, pássim, esp. pp. 43 y ss.; sobre el análisis económico del Derecho penal, JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. “Eficiencia y Derecho Penal”, *ADPCP*, t. XLIX, fasc. 1, enero-abril de 1996, pp. 93 y ss.

71 Cfr. NIKLAS LUHMANN. *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1987, p. 35 (traducción del primer capítulo de esta obra bajo el título: *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, SANTIAGO LÓPEZ PETIT y DOROTHEE SCHMITZ (trad.), Introducción de IGNACIO IZUZQUIZA, Barcelona, Buenos Aires, México, Ediciones Paidós, I. C. E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1990, p. 50).

72 JAKOBS. “Zur Gegenwärtigen Straftheorie”, cit. (= “Sobre la teoría de la pena”, cit.).

73 JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., p. 99; también en id. “Zur Gegenwärtigen Straftheorie”, cit., (= “Sobre la teoría de la pena”, cit.).

74 JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., p. 99; sin los ejemplos en id. “Zur Gegenwärtigen Straftheorie”, cit., (= “Sobre la teoría de la pena”, cit.).

(integrante del sistema social), sino como *individuo* (entorno del sistema): es decir, no es respetuoso con la norma, actuando como naturaleza, como medio ambiente. O lo que es lo mismo: cuando un sujeto infringe una norma (p. ej., comete un asesinato), realiza una “*comunicación defectuosa*”⁷⁵, y actúa *formalmente como persona, pero substancialmente como individuo*.

De todas maneras, este autor reconoce la dificultad de definir y conceptuar la infracción de la norma. Acabamos de citar una frase de JAKOBS: “ninguna persona asesina”. ¿Cómo puede fundamentarse tal opinión? O sea, cuando un sujeto mata, ¿cómo actúa: como persona o como individuo? JAKOBS responde:

“No es sencillamente un error de una persona, pues la persona se define a través de su motivación para una conducta correcta. Pero tampoco puede definirse como medio ambiente de la sociedad, como naturaleza, pues la naturaleza no delinque, sino que, en todo caso, produce desgracias. Se trata más bien de una conducta que en su determinación –y en este sentido– es *formalmente personal*, pero que en su *contenido* es una conducta *que sucede en el medio ambiente* de la Sociedad real. Dicho a modo de ejemplo respecto de esta *personalidad formal que implica naturaleza material*: un parlamentario sube a la tribuna de oradores y canta una canción obscena. Ello es desde el punto de vista formal un acto parlamentario (una manifestación hecha en esas condiciones está determinada a ser una contribución parlamentaria), pero materialmente es medio ambiente parlamentario (un ruido perturbador sin sentido parlamentario). A diferencia de lo que sucedería en el caso, por ejemplo, de un ujier que por despiste entra en la sala canturreando, la cuestión no se soluciona ubicando la fuente y cegándola (en relación con la normativa de los parlamentarios; en las reglas de los ujieres, el cantar durante el servicio en la sala es un error de una persona, no un mero suceso del medio ambiente), puesto que el medio por emplear en ese proceder (cualquier medida instrumental) es indicio de que se está tratando con el medio ambiente, mientras que el conflicto (el mutuo entendimiento normativo está en peligro) sólo puede ser descrito en el ámbito personal, esto es, intrasocial, en este caso: en el ámbito parlamentario”⁷⁶.

75 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischem’ Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des ‘alteuropäischen’ Strafrechts?”, *ZStW*, t. 107, Heft 4, 1995, pp. 843 y ss. (= *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, MANUEL CANCIO MELIÁ y BERNARDO FELIÓ SÁNCHEZ [trads.], Madrid, Civitas, 1996, p. 18).

76 JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., pp. 99 y s.; también en id. “Zur Gegenwärtigen Straftheorie”, cit., pp. 32 y s. (= “Sobre la teoría de la pena”, cit., pp. 151 y ss., cuya versión española seguimos). Cursivas añadidas.

Otro “ejemplo drástico” de JAKOBS en id. “Zum Begriff des Delikts gegen die Person”, en KLAUS BERNSMANN y KLAUS ULSENHEIMER (eds.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen. Vorträge anlässlich des Symposiums zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen am 12/13.10.2001*, Köln, Berlin, Bonn y München, Carl Heymanns Verlag KG, 2003, p. 64: “un hombre ha matado algún día a otro hombre: ¿es esto un delito contra la persona? *Per se* no; pues no es convenido que autor y víctima fueran en absoluto personas, es decir, unidos por un vínculo jurídico y por tanto portadores de derechos y

Crítica: esta explicación de la infracción de la norma es, a nuestro juicio, ciertamente sugerente, pero cuestionable: sobre la base de la distinción entre “individuo” y “persona”, JAKOBS deriva dos postulados esenciales: la naturaleza (individuo) no delinque, y la persona se define por su fidelidad al Derecho. Ante este cuadro esquemático, surge de inmediato la duda al tratar de explicar y de fundamentar la dinámica de infracción de la norma. JAKOBS cree resolver el problema extrayendo un concepto, en cierto modo intermedio (que contradice el *tertium non datur* inicial), que compendia la “formalidad” de la persona con la “materialidad” del individuo: cuando alguien infringe la norma actúa formalmente como persona pero materialmente como individuo. Bien, pero esta explicación no puede satisfacer plenamente al momento de imponer la pena:

1. Por un lado, contradice los dos postulados de los que parte: a. La naturaleza –el individuo– es incapaz de comunicación, de expresar sentido, de infringir una norma y –por tanto– de sufrir una pena; y b. La persona es el fiel al Derecho. La conjunción de ambos conceptos, extrayendo de cada uno de ellos un aspecto concreto, echa por la borda esos postulados, porque a la postre –y al menos en parte– ninguno de ellos es cierto en su totalidad: al final, *formalmente* la persona *no* es fiel al Derecho, y *materialmente* el individuo *infringe la norma*. Ahí la distinción entre individuo y persona resulta improductiva a la hora de explicar la defraudación de una expectativa, la dinámica de la infracción de la norma. En resumen: esa distinción es una –posible– *descripción* de la estructura de la Sociedad, pero de esa descripción no pueden extraerse consecuencias dogmáticas: una descripción no puede fundamentar ni legitimar el poder estatal de imponer una pena.

2. La cuestión no es tampoco clara en otro aspecto: la persona, ¿es quien tiene “capacidad” de ser fiel al Derecho o quien “ejercita” la fidelidad al Derecho? La distinción entre “capacidad” y “ejercicio” de la fidelidad a la norma no está muy claramente delimitada, y acaso fuera útil en este contexto.

3. Por otro lado, subyace el problema de la pena: con independencia de la cuestión de a quién se impone la pena (a la persona o al individuo), surge la cuestión de cuándo y por qué corresponde la imposición de la pena. En principio, para JAKOBS la pena (que es violencia legítima estatal) se impone no sólo porque el sujeto ha infringido la norma mediante una comunicación defectuosa (esto es, ha defraudado las expectativas sociales), sino porque ha configurado un mundo. La pena ha de contrarrestar no sólo esa expresión de sentido (comunicativamente defectuosa), sino esa configura-

deberes. Cierta que impera hoy como convenido que cada hombre sea también persona, pero históricamente esta equiparación no ha sido válida durante milenios. Visto jurídicamente, pues, no mata un hombre a otro hombre –esto es un suceso naturalístico, que en cuanto tal no puede ser delictivo–, sino que mata una persona, que con ello lesiona su deber, a otra, cuyo derecho es de este modo lesionado, y la lesión del deber o, por otro lado, la lesión del derecho de la persona, es delito”.

ción del mundo que realiza el infractor. Y por ello, la pena confirma la vigencia de la norma y restablece la estructura social quebrantada.

D. Articulación de los conceptos de norma, persona y sociedad en JAKOBS

¿Qué posición representan la *norma* y la *Sociedad* en este esquema jakobsiano? ¿Cómo se articulan los conceptos de *norma*, *persona* y *Sociedad*? A juicio de JAKOBS, la *Sociedad*, cuya constitución “tiene lugar a través de normas”⁷⁷, es un “conjunto de personas sometidas a una ordenación”. “Sólo la *ordenación* de personas –dice JAKOBS⁷⁸– construye una *Sociedad*, entendida como un *mundo normativo* (*normative Welt*) que no resulta de la mera suma o reunión de todos los mundos individuales”, sino que es una realidad más compleja, por cuanto implica la comunicación entre una pluralidad de personas, además de un criterio normativo ordenador: “*la sociedad es entendimiento (o acuerdo) normativo* (*normative Verständigung*)”⁷⁹. Por ello, “*la Sociedad se concibe como realidad de la norma*. Lo que es real, sin ser Sociedad, construye el medio de la Sociedad, al que pertenece todo el ámbito de la comunicación instrumental”⁸⁰.

Por otra parte, según JAKOBS⁸¹, el *acuerdo*, o sea, la fijación o determinación de la *comunicación* (lo que una norma tolera o permite, un aseguramiento), no se refiere sólo a *normas*, sino también al *mundo cognitivo* (*kognitive Welt*). La *norma* es el marco en el que se desarrollan las relaciones de grupo. Este marco normativo ha de ser independiente de las voluntades individuales, y representa la estabilidad del grupo en cuyas relaciones se integran los sujetos individuales⁸².

En síntesis, para JAKOBS “existe *Sociedad* cuando y en la medida en que hay *normas reales*, es decir, cuando y en la medida en que el discurso de la comunicación se determina en atención a las normas. Esta *comunicación* no tiene lugar entre individuos que se rigen conforme a un esquema de satisfacción/insatisfacción, y que en ese contexto posiblemente obedezcan al palo de un señor, sino que es la *conducta de personas* que quedan definidas por el hecho de que siguen *normas*”⁸³.

77 GÜNTHER JAKOBS. “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischem’ Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des ‘alteuropäischen’ Strafrechts?”, *ZStW*, t. 107, Heft 4, 1995, pp. 843 y ss. (= *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, MANUEL CANCIO MELIÁ y BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ [trads.], Madrid, Civitas, 1996, p. 25).

78 JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., pp. 38 y ss. y 125 (cursivas añadidas).

79 *Ibíd.*, p. 62 (cursivas mías).

80 *Ibíd.*, p. 98.

81 *Ibíd.*, pp. 98 y ss. (cursivas mías).

82 *Ibíd.*, pp. 28 y ss., 35 y ss., 38 y ss.

83 *Ibíd.*, p. 99; *id.* “Zur Gegenwärtigen Straftheorie”, cit. (“Sobre la teoría de la pena”, cit., cuya traducción citamos).

