

¿DOGMÁTICA PENAL SISTÉMICA? SOBRE LA INFLUENCIA DE LUHMANN EN LA TEORÍA PENAL¹.

Juan Antonio García Amado

El objeto de mi análisis será el examen que de los fundamentos del derecho penal realizan Günther Jakobs y sus discípulos (fundamentalmente H. Lesch) desde planteamientos próximos, al menos inicial o superficialmente, a la teoría de sistemas de Luhmann. Tras una breve exposición de los elementos luhmannianos que aparecen en dicha doctrina, trataré de sustentar la tesis de que dichos autores no pueden ir más allá en la incorporación de elementos sistémicos porque tal cosa supondría o bien renunciar al cultivo de una dogmática penal estándar, o bien asumir consciente y abiertamente que su discurso tiene que desdoblarse en dos análisis distintos, que serían, por un lado, la explicación de la razón de ser y el fundamento del sistema jurídico-penal, en clave de lo que podríamos denominar un punto de vista externo, y, por otro, el cultivo del discurso propio de la teoría interna de dicho sistema, haciendo abstracción de las consecuencias del análisis anterior y asumiendo que practican una comunicación que sólo puede pretenderse “verdadera” y fundamentada en el seno de dicho sistema, esto es, como si aceptaran que se trata de jugar un juego en el que todas las reglas son puramente instrumentales para el rendimiento de ese sistema que anteriormente han desmitificado en cuanto a sus pretensiones últimas. El hecho de que Jakobs y sus seguidores no distingan entre esos dos niveles de su discurso o análisis y de que más bien pretendan fundar el segundo en el primero, les conduce a verdaderas aporías y a más de una inconsecuencia. Esto último trataré de mostrarlo atendiendo especialmente al papel y el estatuto del sujeto en su doctrina penal. En el trasfondo quedará la pregunta de cuánto podría aportar a la teoría del derecho penal una asunción más profunda y rigurosa de los planteamientos de Luhmann.

Unas dosis de funcionalismo aderezado con sistemismo.

El enfoque funcionalista del derecho penal inquietará desde su mismo punto de arranque a los bienpensantes que ponen en la base del sistema jurídico la protección de los valores que en cada ser humano se encarnan y de los bienes constitutivos de la posibilidad de realizarse como sujeto portador de una innata dignidad, pues con dicho enfoque el derecho penal (y el derecho todo) deja de estar al servicio del orden de lo materialmente justo y se justifica por su prestación para el mantenimiento del todo social. Y esto en un tiempo en que el tránsito entre la individualidad y la sociabilidad se halla ya despojado del metafísico teleologismo aristotélico, que no veía en la segunda sino la desembocadura natural y la

¹ El presente trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación DGICYT PB97-0859.

realización de la primera. El racionalismo moderno rompió la naturalidad de esa transición y colocó al individuo como núcleo de toda legitimidad, con lo que el derecho se justifica sólo al servicio de la libertad individual y la legitimidad de toda forma social se basa únicamente en el libre consentimiento de los individuos. El valor supremo es entonces la libertad individual, máxima expresión de la dignidad ínsita en todo ser humano, y, como consecuencia, la clave de toda legitimación de lo social va a ser el consentimiento. El individuo es constitutivamente anterior a lo social y toda formación social se considerará admisible únicamente si respeta y se asienta en ese valor previo del sujeto humano. La sociedad política ya no es un fin en sí misma ni la realización automática de una tendencia natural del individuo. Por tanto, el derecho que se quiera legítimo no puede proteger lo colectivo antes que lo individual y sólo puede protegerlo en lo que sirva a la plenitud de los intereses individuales.

El planteamiento funcionalista choca frontalmente con esos presupuestos del racionalismo individualista, y por eso no es extraño que el propio Jakobs insista es que sin la inserción en una sociedad el individuo no es nada muy distinto de un animal y no puede desplegar ninguna capacidad que lo especifique frente a los seres abruptamente naturales, al tiempo que introduce el elemento relativístico de afirmar que lo que el individuo pueda llegar a ser y desarrollar dependerá enteramente de los caracteres que adopte la respectiva sociedad. Ahí el planteamiento del racionalismo individualista aparece ya invertido, pues resulta que es la sociedad la que se erige en constitutiva de lo humano al aportar las referencias (comenzando con el lenguaje) con las que el individuo puede simultáneamente entenderse a sí mismo y entender a los demás².

Sobre esos presupuestos cobra sentido la caracterización del funcionalismo jurídico-penal como “aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad” (Jakobs 1996a, 9), y la afirmación de que con el derecho se resuelve siempre “un problema del sistema social” (Jakobs 1996a, 12). La función del derecho penal se refiere, por tanto, primariamente al mantenimiento de la identidad de la sociedad, de la “configuración social básica” (Jakobs 1997a, 12). El conflicto al que la norma penal responde es, así, un conflicto entre una actitud individual y la sociedad, y con la pena la sociedad defiende su persistencia frente a las consecuencias disolventes que para la misma tienen ciertos modos de proceder de los individuos. El delito no es, en su explicación última, un enfrentamiento entre individuos o grupos a propósito de sus bienes particulares, del tipo que sean, sino un cuestionamiento del orden social, por lo que su comprensión requiere trascender de lo intersubjetivo a lo suprasubjetivo y de lo psicológico a lo “sociológico”³. El derecho se explica, por tanto, por su función social y no como mero correlato necesario de la convivencia entre conciencias individuales libres y plenamente dadas con antelación a esa convivencia organizada. La

² Por extenso en Jakobs 1999.

³ “La decepción, el conflicto y la exigencia de una reacción a la infracción de la norma, por ello, no pueden interpretarse como una vivencia del sistema individual «persona singular», sino que han de interpretarse como sucesos en el sistema de la relación social” (Jakobs 1997a, 12).

convivencia no sirve a la individualidad sino que la constituye, ya no es tributaria de los fines preestablecidos de aquélla, sino que asignándolos los hace posibles. Estamos así en las antípodas de las doctrinas que estos autores denominan “naturalistas”⁴.

Dentro de la explicación funcional del derecho, se trata de ubicar el cometido preciso del derecho penal. Para comprenderlo se ha de partir de la idea de que la sociedad se constituye precisamente a través de normas y, en consecuencia, a partir de esas normas alcanzan su identidad también los propios sujetos individuales (Jakobs 1996a, 16). Al derecho penal le correspondería la función de velar por la parte más esencial y básica de tales normas y, por tanto, solventar el problema social básico: la subsistencia de las normas que estructuran la base de lo social. Es la preservación de la sociedad el objetivo que da sentido al derecho penal, con lo que la práctica jurídico-penal es un ejercicio de autopreservación de la sociedad y, mediatamente, de preservación de la identidad individual que sólo es una identidad social, inserta en unas concretas referencias que son sociales y normativas a un tiempo. Sin tal función, el sentido de las normas penales decae, pues con el fin de la sociedad acabaría también toda posibilidad de que los individuos pudieran organizadamente defender su identidad y, más aún, desaparecería también la posibilidad de que el individuo tuviera una identidad que le permitiera percibir unos intereses que fueran algo más que puros instintos. Es la identidad de la sociedad⁵ la que permite la identidad de los sujetos singulares.

Con lo dicho se explica el temor que este tipo de planteamientos suelen suscitar. Es fácil sospechar que se está abriendo la vía para justificar cualquier tipo de sistema penal que en, nombre del mantenimiento de la colectividad, someta al individuo sin traba ni límite. Ante lo habitual de esta acusación, se imponen rápidamente algunas puntualizaciones. En primer lugar conviene no perder de vista la índole del discurso que se lleva a cabo. Un discurso que se pretenda descriptivo del funcionamiento de algo, tiene que juzgarse en términos de su mayor o menor verosimilitud y de la utilidad heurística del modelo que nos ofrece del objeto descrito, pero no tiene por qué subordinarse lo que del mundo se puede explicar a lo que para el mundo se deba postular a fin de que nos resulte más grato. El propio Jakobs insiste en que su teoría pretende ser descriptiva, que no da en ningún momento el salto de considerar que lo que es así así debe ser⁶, y asume que su exposición es neutra y está al margen de todo planteamiento utópico (Jakobs 1996a, 49).

⁴ Véase por ejemplo (Lesch 1999a, 185). En palabras de Jakobs, “jurídico-penalmente no interesa, o en cualquier caso no interesa en primer término, el contexto psicológico, sino el social, y en este contexto encuentran su sitio tanto voluntad como el simple dejar-que-suceda, hecho como omisión, causalidad como no-salvar; sin embargo, tal contexto apenas es aprehendido cuando el comportamiento imputable se desglosa en elementos naturalistas” (Jakobs, 1996b, 29). Está este autor ahí criticando la línea que va de Binding a Radbruch y de éste a Armin Kaufmann.

⁵ “La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad” (Jakobs 1996a, 11).

⁶ Vid. por ejemplo, Jakobs 1996a, 49; más claramente aún, frente a la acusación de que con esta concepción se instrumentaliza al ciudadano que va a ser penado, afirma que “sólo se trata de la descripción de las condiciones de funcionamiento de toda sociedad; una descripción no instrumentaliza, sino que en todo caso descubre instrumentalizaciones existentes desde hace mucho tiempo” (Jakobs 1997b, 387-388).

Que el derecho penal cumpla esta función en cualquier sociedad, sea democrática o totalitaria, no es sino una forma de afirmar la obviedad de que tanto en una como en otra existe un sistema jurídico-penal y lo que la explicación funcionalista proporciona es un porqué de tal fenómeno. Y Jakobs aclara reiteradamente que la configuración concreta que cada sistema jurídico-penal adopte no depende, por tanto, de esa función que es común, sino de las particulares coordinadas sociales que en cada ocasión sean determinantes. El derecho penal protege siempre la identidad básica de la sociedad, pero cómo se configure en concreto esa sociedad no depende del derecho penal, por lo que podríamos añadir que la lucha para cambiar esa configuración tiene que ser conscientemente una lucha en otra clave. Renunciando a describir cómo funciona un elemento de la sociedad no se transforma ese elemento, todo lo más se encubre su verdadero papel bajo un manto de piadosos deseos.

Quizá ayude a situarse en esa misma discusión otro elemento crucial de la teoría de estos autores. El derecho penal es expresión de un conflicto, pero es preciso delimitar en qué consiste éste. Si pensamos que lo hasta ahora expuesto se traduce en que dicho conflicto es entre un bien o interés individual y un bien o interés grupal, una disputa, por ejemplo, acerca de si vale más la vida de un sujeto singular que el progreso del Estado, estaremos alejándonos de este peculiar funcionalismo y aproximándonos, en efecto, a un pensamiento organicista, que personifica a la sociedad y la pone a jugar como un individuo más, sólo que superior y más valioso, frente a otros individuos en la disputa por ciertos bienes concretos y materiales. Ahí sí acecharía el totalitarismo. Mas para Jakobs y su escuela el conflicto penal no es un conflicto sobre bienes, sino un conflicto simbólico, de símbolos, de significados. Aquí la presencia de Luhmann es bien visible.

Efectivamente, el giro más importante que da esta escuela tiene que ver con lo que podemos denominar la ubicación del fenómeno jurídico-penal. Éste puede contemplarse como inserto primariamente en las conciencias individuales y/o en el dato fáctico de la disputa de ciertos bienes. Ambas alternativas son rechazadas y se opta por ubicar lo penal en el plano de la comunicación. “El Derecho penal -dice Jakobs- no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación” (Jakobs 1996a, 49).

¿A qué se alude con esa idea de comunicación? Para la teoría sistémica la sociedad existe en cuanto los individuos pueden coordinar sus acciones, y tal coordinación es posible únicamente sobre la base de que los actos, gestos, etc. son algo más que eventos empíricos, poseen un significado, tienen una relevancia comunicativa, expresan un sentido. A cada gesto o palabra no puede asociarse cualquier cosa, sino sólo aquello de lo que es expresión con arreglo al correspondiente código comunicativo. Cuando dos personas se encuentran y se tienden la mano, ambas entienden (en nuestra civilización) ese movimiento corporal como manifestación de consideración y saludo pacífico y no como amago de agresión, intento de robo o, simplemente, reflejo instintivo sin significación social alguna. A través de esas comunicaciones es posible la sociedad y es la sociedad la que así está funcionando por intermedio de los individuos, con lo que éstos son partícipes y ejecutores de una comunicación que los trasciende, sus actos son expresión de un sentido social, más que

plasmación de una psicología o una conciencia individual independiente⁷. Esa conciencia psicológica individual opera como un sistema autónomo, ciertamente, uno más con arreglo a sus claves, pero el sistema social se constituye al margen y no puede ver ninguna conciencia como conciencia puramente individual⁸, sino que sus manifestaciones sólo las puede percibir e interpretar como manifestación de sentido social, como comunicación social. Así pues, el sistema social o sociedad se compone, en términos de Luhmann, sólo de comunicaciones y de todas las comunicaciones⁹.

Es la comunicación lo que posibilita la existencia de expectativas. Desde el momento que cada gesto tiene un sentido, cada protagonista sabe lo que puede esperar del curso de acción consiguiente. Aquel a quien le tienden la mano de cierta forma sabe que puede esperar un comportamiento amable y respetuoso y no que el movimiento siguiente sea una bofetada, por ejemplo. Como luego veremos, esta expectativa, que es una expectativa normativa, puede ser defraudada, pero tal defraudación no es la regla, sino la excepción, y, además, el sistema social puede reaccionar y reacciona respaldando tal expectativa incluso en caso de su puntual defraudación. Por tanto, cada individuo interviniente en la comunicación social conoce qué expectativas se siguen de los comportamientos ajenos y conoce también qué expectativas se forjan los demás a partir de sus propios comportamientos, tiene expectativas de expectativas a partir del sentido común de los actos y gestos, con lo que el caos de lo imprevisible, la total contingencia, se ve sustituido en la convivencia social por el orden de lo esperable.

Otra forma interrelacionada de explicar esto es mediante la noción de reducción de complejidad, noción luhmanniana que no aparece en los autores que analizamos. Complejidad es el conjunto de todos los sucesos posibles¹⁰. En el supuesto hipotético de que dos individuos se encontraran en pleno y total estado de naturaleza, la complejidad sería total, pues ninguno sabría lo que puede esperar del otro, cualquier acontecer sería posible en

⁷ Puesto que la comunicación constituye sociedad, por servir de puente para la transmisión intersubjetiva de criterios de selección, la comunicación, según Luhmann, “sólo es posible como evento que trasciende la clausura de la conciencia, como síntesis de algo más que el contenido de una sola conciencia” (N. Luhmann, *The Autopoiesis of Social System*, Florencia, IUE, Autopoiesis Colloquium Papers, multigr. -Doc. IUE 328/85-Col.81-, p. 25-26. Este trabajo se recoge también en F. Greyer/J. van der Zouwen, eds., *Sociocybernetic Paradoxes: Observation, Control and Evolution of Self-Steering Systems*, Londres-Beverly Hills, 1986, pp. 172-192). De ahí que la comunicación no se agote en la dimensión psicológica o individual, pues aquella función de la comunicación sólo se cumple en tanto a la transmisión (*Mitteilung, utterance*) con pretensiones de información que un individuo lleva a cabo le siga la comprensión (*Verstehen, understanding*) por parte de, al menos, otro individuo. Sólo así se habrá realizado la comunicación. Sólo así se constituye sociedad. Allí donde la comunicación se agotara en la dimensión individual que la acción representa no existiría sociedad, sino un conglomerado de seres solipsistas. Y si la comunicación es sociedad reproduciéndose a sí misma, quiere decir también que es la sociedad la que comunica, y no las conciencias individuales. Éstas no se componen de comunicaciones, como prueba el hecho de que sin sociedad no comunicarían, pero no por ello dejarían de existir. “La sociedad -dice Luhmann- no se compone de personas, sino de comunicaciones entre personas” (Luhmann 1981b, 20).

⁸ Es más, “tampoco hay contacto inmediato entre distintas conciencias como sistemas”. “Ninguna conciencia tiene un acceso directo a otra conciencia” (Luhmann 1995, 58).

⁹ Véase, por ejemplo, Luhmann 1983a, 356; 1983b, 311; 1983c, 137.

¹⁰ Véase, por ejemplo, Luhmann 1974, 115.

una situación así. La sociedad, constituida en y por la comunicación, precisamente es posible a base de reducir esa complejidad. Cuando aquí y ahora dos personas se encuentran el abanico de reacciones posibles es sumamente previsible, y tanto más cuanto más “socializadas” estén esas personas, cuanto más participen de los códigos comunicativos comunes. Por tanto, la sociedad es viable en cuanto compuesta de comunicaciones y es la participación en esas comunicaciones lo que convierte al individuo en social, y a su través la sociedad se comunica, esto es, se constituye y mantiene.

Pero a medida que la complejidad es reducida mediante la comunicación, puede también surgir más complejidad. Dicho muy simplificado, cuantos más problemas podemos resolver, más problemas nuevos podemos plantearnos. Un ejemplo sumamente elemental: cuando podemos coordinarnos para cazar en equipo, podemos pasar a plantearnos cómo repartir el objeto de la caza. Pues bien, a medida que la sociedad va reduciendo complejidad se va pudiendo hacer más compleja. Pero cuando esa complejidad, y su consiguiente necesidad de reducción, alcanza un nivel alto, se requieren comunicaciones especializadas para resolver los diferentes ámbitos de problemas, para reducir la complejidad. De ese modo dentro del sistema social global o sociedad se decantan subsistemas que tienen por cometido asumir para su resolución un ámbito específico de problemas, acotar para su procesamiento parcelas de complejidad. Así es como se constituyen como (sub)sistemas sociales la ciencia, el derecho, la economía, la moral, etc. Cada uno de esos sistemas opera con comunicaciones (por eso son parte del sistema social, que se compone de todas las comunicaciones) y se especifica con arreglo a un código propio y un programa propio. Así, por ejemplo, la ciencia opera con el código verdadero/falso y la asignación del respectivo valor se realiza con arreglo a criterios (programas) que son propios de ese sistema. Por seguir con el ejemplo, que algo sea verdadero en ciencia es independiente de que sea jurídico o antijurídico, moral o inmoral, rentable o no rentable y, además, algo que es verdadero en ciencia puede ser falso en religión¹¹, pero eso nada importa. Un ejemplo más próximo: la determinación de la paternidad puede y suele funcionar con resultados distintos en el derecho y en la ciencia, pero con ello simplemente ocurre que cada sistema está dando la respuesta que corresponde al tipo de problema que cada uno ha de resolver.

Insisto en que todo lo anterior no aparece expresamente recogido en Jakobs y sus discípulos, aunque en buena medida debe darse por presupuesto para que sus postulados cobren pleno sentido y capacidad explicativa. Y llegamos así al derecho. Para Luhmann, como ya sabemos, el origen de los sistemas sociales estriba en la solución del problema de la doble contingencia por medio de la formación de expectativas de expectativas, que permiten a los individuos orientarse y hallar vías de interrelación en medio del enorme campo teórico

¹¹ Posiblemente un buen ejemplo de esto es el rechazo que ciertas sectas cristianas hacen de la teoría de la evolución de las especies, tildándolo de falso. Ahí la verdad propia del sistema científico es reemplazada por la verdad del sistema religioso. Un ejemplo jurídico, arriesgando un poco más en la interpretación: cuando desde posiciones religiosas se aduce la invalidez jurídica de una norma permisiva del aborto o del divorcio, por mucho que haya sido dictada con todos los parabienes formales. En este caso el sistema que se ve obstruido desde el religioso es el jurídico. En el primer caso la “verdad” científica y en el segundo la “verdad” jurídica son reemplazadas por la “verdad” religiosa.

de posibilidades que se abre ante cada relación. Pues bien, esa seguridad que hace esperable el comportamiento propio y ajeno bajo pautas comunes, no sería posible sin el derecho. El derecho permite la generalización de esas expectativas de expectativas, les da un alcance que rebasa el tiempo, la situación y los partícipes de cada interrelación particular, permite su vigencia como estructuras sociales¹². Desde el momento en que se sostiene que las estructuras de los sistemas sociales consisten en expectativas, se introduce un elemento de inseguridad, pues siempre cabe que las expectativas se vean defraudadas. Tiene que existir, por consiguiente, algún mecanismo que permita a los sistemas mantenerse aun en tales casos. Dos son, según Luhmann, las posibilidades de que disponen al efecto, y ambas tienen que ver con el modo de configurar esas expectativas. Una solución consiste en que se presenten como expectativas cognitivas, con lo cual su frustración sirve como nueva fuente de conocimientos y germen de una nueva expectativa, que sustituye a la anterior: si un día se comprueba que no todos los cuerpos caen con la aceleración previsible con arreglo a la ley de la gravedad, habrá que sustituir esta ley por otra que sea capaz de integrar las excepciones. La otra estrategia posible consiste en que las expectativas defraudadas no se varíen, sino que se mantengan y se refuercen. Son expectativas normativas. Aquí los sistemas ya no se adaptan a las circunstancias, sino que defienden sus estructuras contra ellas: la constatación de que hay conductores que circulan en las autopistas en sentido contrario al debido no lleva a modificar la obligación, y la consiguiente expectativa general, de circular por carriles de sentido único, ni a admitir excepciones al carácter general de esa obligación, sino que se mantiene la expectativa original y se busca la recomposición de su efectividad eliminando la infracción. Si en toda sociedad no existiera un amplio entramado de tales expectativas que no cambian ante cualquier frustración, la posibilidad de orientación intersubjetiva de las conductas desaparecería, y las estructuras sociales se harían evanescentes, quedando sin solución el problema de la doble contingencia: las prestaciones contractuales sólo se harían efectivas mientras no dejaran de cumplirse, los conductores circularían por la derecha únicamente mientras no se les antojase circular por la izquierda, etc. Es para asegurar esas expectativas no modificables por actos particulares de los individuos por lo que existe el derecho, el sistema jurídico. Por eso afirma Luhmann que la función del derecho se aplica como “estabilización contrafáctica de expectativas de comportamiento”¹³, con lo cual las normas jurídicas serían “expectativas de comportamiento contrafácticamente estabilizadas”¹⁴. El derecho no es, en la concepción de Luhmann, tanto un medio de evitar conflictos cuanto de preverlos y prepararlos, pero encauzados. En la propia estructura de sus normas va implícita la previsión del conflicto, pues siempre se plantean como alternativa de cumplimiento e incumplimiento. Es el conflicto precisamente, el incumplimiento, el que ejerce el efecto paradójico de reforzar la expectativa normativizada, pues desencadena los mecanismos

¹² Vid. Luhmann 1983a, 31ss.

¹³ Luhmann 1981a, 117.

¹⁴ Luhmann 1983a, 43.

tendientes a la imposición contrafáctica de esa expectativa, que aparece así reforzada de cara a los casos futuros.

Como antes indiqué, estos muy elementales trazos de la teoría de Luhmann se encontrarían en buena medida, al menos, en el trasfondo de la caracterización que del derecho penal y sus fundamentos hacen Jakobs y sus seguidores, pues sólo presuponiendo tal teoría cobrarían sentido coherente y pleno los dos aspectos en que más insisten: la función comunicativo-simbólica del derecho penal y su carácter de refuerzo de las expectativas normativas básicas.

La función del derecho penal al servicio de la estabilización contrafáctica de expectativas es, sin duda, el asunto que más claramente toman estos autores de la construcción y el lenguaje luhmannianos, especialmente del Luhmann de la *Rechtssoziologie*. En esto no se apartan de lo que al respecto y por referencia a Luhmann acabo de sintetizar en los párrafos anteriores¹⁵.

Retomemos el primero de aquellos asuntos, la función comunicativo-simbólica del derecho penal, a través de la cual cumple ese cometido de estabilización contrafáctica de expectativas. Explica Jakobs, citando expresamente a Luhmann, que la misión de la pena no es evitar lesiones de bienes jurídicos, sino “reafirmar la vigencia de la norma” (Jakobs 1997a, 13). La relación entre delito y pena no es, por supuesto, ningún tipo de automatismo causal materialmente determinado, pero tampoco reacción consiguiente a un comportamiento que se estima dañoso para un bien positivamente evaluado en el plano moral, económico, político, etc¹⁶. Esa relación se establece en un plano puramente simbólico, donde los comportamientos se miden por el sentido que expresan respecto de las normas y la aplicación de éstas no es sino reafirmación de su sentido propio. Pero esto necesita una explicación más pormenorizada. En palabras de Lesch, el injusto jurídico-penal se explica “no ya como un ataque externo a bienes jurídicos, sino como comunicación referida al Derecho. Se trata de una defraudación de expectativas normativas, es decir, un comportamiento mediante el cual el autor demuestra que pone en tela de juicio la validez de la norma en una situación

¹⁵ Para un examen más preciso de la recepción de tal idea en estos autores pueden verse, por ejemplo: Jakobs, Jakobs 1997a, 9ss; Lesch 1999a, 186ss., Vehling 1991, 91ss.

¹⁶ Con esto no se quiere decir que los contenidos de las normas penales, su objeto de protección, lo que se considere bienes que deben ser tutelados, sea algo que caiga del cielo u obedezca al azar. Por supuesto, tales contenidos se rellenan desde consideraciones morales, políticas, económicas, etc. Lo que sucede es que la prestación específica del derecho penal acaece una vez que ese material está dado desde los correspondientes sistemas ajenos al penal, especialmente el político. Creo que esto lo han visto con agudeza Peñaranda, Suárez y Cancio, quienes, interpretando a Jakobs, afirman que “la decisión sobre el alcance de los procesos de criminalización sería una «tarea puramente política, no jurídico-penal» en la que a la ciencia del Derecho penal sólo correspondería determinar cuáles son los efectos de la regulación legal y su correspondencia o no con las valoraciones establecidas” (Peñaranda/Suárez/Cancio 1999, 38). Y añaden más adelante que “como ha señalado MÜSSIG, la teoría de la prevención general positiva no desplaza la doctrina del bien jurídico, pues ambas se mueven (hasta cierto punto, matizaríamos nosotros) en niveles diferentes: la una en el plano de la explicación de la función social de la pena, la otra en la determinación de los criterios materiales de legitimación de la incriminación de comportamientos en una sociedad de unas determinadas características” (ibid., 57). En esta cuestión se muestra lo adecuado de la denominación de “normativista” que Jakobs y sus seguidores dan a su teoría, y es fácil pensar en que un normativismo de corte kelseniano realizaría idénticas críticas a cualquier intento de condicionar la validez de las normas penales a criterios materiales extrajurídicos.

concreta. Esto significa, que para la interpretación del injusto penal no se está a la *valoración de sucesos del mundo exterior*, sino al *significado* de éstos para la *vigencia de la norma*” (Lesch 1995, 40). Y añade que “el derecho penal, al igual que lo pretendido con la sanción, no se despliega en el campo de los daños a bienes jurídicos, sino en el de los daños a la vigencia, esto es, en un plano inmaterial, demostrativo-simbólico” (Lesch 1995, 41).

En consecuencia, la oposición que se da entre delito y pena no es la expresión de dos contrapuestos sistemas de valores materiales a propósito de un bien de cualquier tipo, y menos aún de dos formas de concebir el recto y materialmente justo comportamiento humano. Con esto tanto el ilícito como la pena se explican al margen de cualquier planteamiento moralizante y se sitúan en las antípodas del servicio necesario a cualquier ética material o a cualquier concepción antropológica. Ese es el tinte especial de todo planteamiento funcional, y más del sistémico, y ahí es donde se produce el choque con las justificaciones de que habitualmente se vale el sistema para autolegitimarse ocultando su razón de ser y de existir bajo el ropaje de la ideología. El verdadero juego del sistema jurídico-penal no transcurre a modo de diálogo entre conciencias autónomas e ilustradas ni como interrelación de hechos desnudos que, todo lo más, son valorados por esa autónoma conciencia. Donde la infracción de la norma y la pena se sitúan es “en la esfera del significado” (Jakobs 1997a, 13). El comportamiento delictivo y la pena no cuentan por lo que son en sí (producto de una psique, hechos resultantes de encadenamientos causales, expresión de sistemas de valores morales, etc.) sino por lo que representan o significan para el sistema.

Tal planteamiento obliga a reformular los conceptos de partida del derecho penal. Así, las normas penales no son imperativos dirigidos a una voluntad, sino previsión de una reacción simbólica frente a otra expresión simbólica¹⁷; son “estructuras simbólicas generalizadas” (Lesch 1995 85). Más claramente, las normas ponen de relieve que una expectativa de comportamiento está fundada, es sostenible, y la sanción que prevén es estipulación de una respuesta que refuerza dicha expectativa y la muestra como válida

¹⁷ “El deber-ser de la norma de que se trata en derecho penal no es un imperativo, sino un *símbolo* para la expectativa de *vigencia* contrafáctica de la norma. Contrariedad a ésta no significa pues la realización corporal (o la no-realización) de un comportamiento que representa lo contrario al *contenido* fijado por el deber-ser de una norma de determinación (preventivo-directora del comportamiento). Así por ejemplo, la *contrariedad* a la norma no se determina a través del contenido descriptivo «tú no debes golpear a nadie mortalmente», esto es, no mediante la realización corporal de uno de los comportamientos valorados por tal norma como no-deber-ser, en definitiva, no a través de la ejecución de un homicidio final. La *contrariedad normativa* genuinamente *jurídico-penal* no se refiere a aquel contenido de la norma localizado en el campo de la *defensa frente a peligros* (esto es, en el ámbito del *derecho de policía*), sino que sólo se refiere a la *vigencia* de la norma, y muestra con ello la negación de su obligatoriedad para la situación de hecho. Nuevamente mediante el ejemplo anteriormente presentado: «cuando él mata, afirma como universal, que es permitido matar». Esta *contrariedad normativa* genuinamente *jurídico-penal* no se constituye mediante las disposiciones individuales-psíquicas del autor, sino a través de la comunicación y de la imputación” (Lesch 1995, 48).

El mismo Lesch expone que “el símbolo del *deber* (*Sollen*) expresa en primer lugar la *expectativa de validez contrafáctica*, sin someter a discusión esa cualidad de expectativa” (Lesch 1999a, 188). Y agrega que “las normas de las que trata el derecho penal están estructuradas como *expectativas contrafácticamente estructuradas*; no prometen un comportamiento adecuado a la norma, pero protegen a aquel que lo espera. Esta protección se basa en la *generalización social* de las expectativas. Precisamente a través de la generalización de normas se facilita la concreta aceptación del comportamiento social plural, en cuanto que de antemano está establecido qué se puede esperar” (Lesch 1999a, 188-189).

cuando es defraudada en un caso. Por tanto, el objetivo último de las normas es respaldar la confianza en que los sujetos actuarán de determinado modo, con un cierto “sentido”, y la razón de ser de la sanción que las normas recogen es reafirmar esa confianza¹⁸. En consecuencia, “*misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma*” (Jakobs 1997a, 14).

Pero si la norma es ante todo reacción significativa frente a un hecho que se cataloga como delito, el hecho mismo cuenta también por su significado y sólo por eso. El hecho, en lo que al derecho penal importa, no es un puro dato empírico, sino una afirmación, un acto de comunicación: es “afirmación que contradice la norma” (Jakobs 1996a, 11). El delito “no se ha de entender como un acontecer causal en el mundo exterior, es decir, un suceso de la naturaleza que se pueda establecer en abstracto y de modo desligado de su autor, sino como *comunicación*, es decir, como *expresión de sentido* de una persona formalmente racional” (Lesch 1999a, 211). Por tanto, la oposición que delito y norma manifiestan no es la oposición entre dos cursos de acción contrapuestos, la de dos eventos materialmente contrarios o moralmente contradictorios, sino, entre dos significados distintos, entre dos comunicaciones que expresan lo contrario: el delito, que la pauta de comportamiento es una -la del delincuente-, y la pena, que dicha pauta es otra -la general-. Oigamos cómo lo explica Jakobs: “*Esta contradicción a la norma por medio de una conducta es la infracción de la norma*. Una infracción normativa es, por tanto, una desautorización de la norma. Esta desautorización da lugar a un conflicto social en la medida en que se pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación. La determinación exacta de cuándo concurre una contradicción a la norma es el problema de la teoría de la imputación, en especial de la imputación en calidad de comportamiento típico y antijurídico” (Jakobs 1997a, 13). Y aún con mayor claridad queda la índole de la relación entre delito y pena retratada por Lesch: “la pena es una réplica demostrativo-simbólica frente al significado demostrativo-simbólico del hecho punible. De este modo el injusto *penal* a neutralizar a través de la pena consiste en un esbozo individual del mundo realizado por el autor (...) concerniente a la validez de las normas, es decir, en un comportamiento mediante el cual el autor pone de manifiesto que la norma, para la situación del hecho, no marca la pauta. Pero las normas, como estructuras simbólicas generalizadas, no pueden ser afectadas mediante hechos, sino sólo mediante comunicación” (Lesch 1995, 85).

Por consiguiente, la relación entre delito y pena se da en un plano simbólico, comunicativo, ambos tienen su razón de ser no en lo que son en sí, sino en lo que expresan para el sistema social¹⁹. Delito y pena son manifestación de dos actitudes frente a las

¹⁸ “La pena tiene lugar para *ejercitar en la confianza hacia la norma*” (Jakobs 1997a, 18).

¹⁹ Insiste una y otra vez Jakobs en que la pena no debe considerarse meramente como un suceso exterior, “sino que también la pena significa algo, es decir, que la significación del comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma. Se demuestra así que el autor no se ha organizado correctamente: Se le priva de medios de organización. *Esta réplica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor*, es la pena” (Jakobs 1997a, 13).

referencias sociales compartidas, frente a las pautas de la interacción. El delincuente expresa con su conducta que se guía por patrones diversos de los comunes, con lo que su modo de actuar no puede ser generalmente previsible y defrauda expectativas; el delincuente se comunica con sus semejantes en un registro diverso al de éstos, “va por libre”. Y la pena expresa que los sujetos pueden seguir confiando en el registro establecido y común y que cuando una de sus expectativas de comportamiento ajeno se frustra no es porque estén en un error o porque las reglas comunes no sean tales, sino porque alguien se sitúa al margen de ellas deliberadamente. Pero hay que insistir nuevamente: no se trata de que con la pena se le reproche al delincuente su modo de ser o de actuar, la pena no pretende ni penetrar en su constitución individual ni cambiarla. El acto de comunicación que la pena supone no tiene como destinatario prevalente al delincuente, sino al conjunto de los ciudadanos que poseen ciertas expectativas, que la norma expresa, mostrándoles que están en lo cierto y que el defecto está en el actuar del otro. Por eso tiene sentido que Jakobs afirme que la pena funciona “a costa” del delincuente, en lugar de decir que opera en su contra o como reproche o desvaloración del mismo. El delincuente no importa como individuo, sino que importa sólo lo que su conducta simboliza por relación a la vigencia de la norma (a la fiabilidad de la expectativa, por tanto), en perfecto paralelismo con lo que importa del que cumple la norma: que su conducta manifiesta, simboliza, que la norma funciona y que la correspondiente expectativa es fiable. Tanto el que delinque como el que cumple la norma se comunican con el todo social mediante sus actos, si bien con “sentido” distinto.

Nos falta todavía un dato crucial para la especificidad del derecho penal con arreglo a esta doctrina. Hemos visto que el derecho penal opera en clave de comunicación, opera con estructuras de sentido que sirven, al tiempo, para reforzar un sentido que es el sentido social que permite la formación de expectativas de conducta. Pero, como ya hemos visto, esto es común a todo el derecho. Lo particular del derecho penal es que protege aquellas comunicaciones, aquellas conformaciones de sentido que son básicas para el mantenimiento de la constitución social, que determinan la identidad concreta de una sociedad. El sistema jurídico-penal es aquella parte del sistema jurídico que funciona como salvaguarda última del propio sistema jurídico y, por extensión, de las expectativas sociales a que éste sirve. Es la relevancia de las estructuras de sentido lo que determina qué ha de ser objeto de la protección penal. En palabras de Jakobs, “jurídico-penalmente sólo se garantizan aquellas normas a cuya observancia general no se puede renunciar para el mantenimiento de la configuración social básica” (Jakobs 1997a, 12). Y más: “la prestación que realiza el derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El derecho penal confirma, por tanto, la identidad de la sociedad” (Jakobs 1996a, 11).

Si expresamos todo lo anterior diciendo que, por tanto, el derecho penal tiene como misión el mantenimiento del orden social, se nos puede aparecer de nuevo el fantasma del conservadurismo como fácil imputación a esta doctrina. No vamos a repetir aquí las anteriores consideraciones sobre la diferencia entre una teoría que trata de describir cómo funcionan las cosas y una doctrina que nos dice cómo debería ser el mundo para que resultara

maravilloso. Pero sí conviene puntualizar que con todo lo anterior no se pretende legitimar ningún orden jurídico-penal concreto, sino explicar cómo funciona cualquiera de ellos, especialmente en una sociedad moderna y en un mundo desmitificado, o, como diría Luhmann, en una sociedad en la que se ha producido la diferenciación de los distintos subsistemas sociales para la reducción de complejidad. Por eso hay que diferenciar entre el orden social como valor prácticamente sinónimo de la existencia de sociedad, de cualquier sociedad, y el valor de un orden social determinado desde parámetros morales, políticos, religiosos, etc. El sistema jurídico-penal, cualquier sistema jurídico-penal, sirve a lo primero, pero si nos preguntamos por las condiciones del sistema jurídico-penal legítimo, es decir, valorativamente aceptable con arreglo un sistema material de valores que consideremos preferible, entramos ya en un discurso distinto del que hasta aquí venimos reflejando. Eso es harina de otro costal. Lo que ocurre es que los autores que analizamos no siempre son suficientemente claros y contundentes al diferenciar estos extremos. Tal vez lo que lo que hemos dicho es lo que quiere expresar Jakobs cuando afirma que “la pena sólo puede legitimarse mediante el valor del orden en favor de cuyo mantenimiento se pune” (Jakobs 1997a, 21); o Lesch, al aclarar (?) que “lo que aquí se ha desarrollado siguiendo a Hegel²⁰ es un Derecho penal *cívico o civil* de la culpabilidad. Pero puede que las circunstancias sean de tal modo que el referido Derecho penal cívico de la culpabilidad se encuentre en situaciones límite en las que la función de seguridad del Estado ocupe un primer plano. El Derecho penal funciona en el sentido hegeliano descrito sólo en una sociedad que en líneas generales se encuentra intacta, con un orden relativamente estable. Así, puede que el desmoronamiento de la sociedad civil (cívica) no mantenga el Derecho penal cívico” (Lesch 1999b, 51-52).

Luhmann diría que el dotar de contenido concreto a las normas penales, el construir esa red de normas básicas que estructuran la sociedad, no es el cometido que funcionalmente identifica al sistema jurídico, sino labor de otros (sub) sistemas, y paradigmáticamente el político. Por eso la discusión al respecto es política y no jurídica o jurídico-penal. El sistema jurídico trabaja con lo que le llega de otro sitio, aplicando su código binario, jurídico/antijurídico, a unas normas (programas) que se rellenan de contenido en otra sede sistémica. Algo de esto parece que recoge Vehling, otro discípulo de Jakobs, cuando frente a la manida acusación de conservadurismo y filototalitarismo responde que “desde el punto de vista de una comprensión del derecho no ingenuamente naturalista y positivista no es cometido del científico jurídico-penal el ponderar utilidades colectivas frente a libertades individuales. Esta es tarea del órgano legislativo democráticamente legitimado. El material que el dogmático penal ha de tratar se limita a una serie de preceptos positivamente condensados en el código penal como resultado de un proceso, generalmente largo, de discusión político criminal. Es el legislador el que determina qué sea lo necesario para la estabilización del orden social, pues él es el que valora cuáles de las normas constitutivas de lo social son las centrales” (Vehling 1991, 109).

²⁰ Más adelante haré alguna consideración sobre cuál puede ser la razón de que, pese a partir de un entramado conceptual en buena medida luhmanniano, estos autores mencionen y se apoyen mucho más en Hegel.

Incurrirían en inconsecuencia estos autores si dejaran que en sus planteamientos se colaran consideraciones discordantes con ese su enfoque expresamente neutro y descriptivo, que quiere simplemente mostrar estructuras y no postular valores. Y creo que superan con éxito esa prueba, si bien encontramos de vez en cuando en sus obras afirmaciones que reflejan tomas de partido en pro de ciertos presupuestos valorativos condicionantes del sistema penal que se quiera legítimo²¹. Ahora bien, estas afirmaciones se pueden salvar desde el momento en que los autores no se limitan (más bien al contrario) a hacer una descripción en clave funcional o sistémica del sistema jurídico-penal, sino que hacen, sobre todo, dogmática del sistema jurídico-penal alemán actual y, desde ahí, es explicable que jueguen con los concretos presupuestos normativos de tal sistema, que son presupuestos materiales que tienen que ver con una determinada concepción de la sociedad, cristalizada en principios constitucionales y derechos fundamentales²². Incurrirían en incoherencia teórica solamente si confundieran la descripción de un concreto sistema jurídico-penal de libertades con la postulación de esas libertades como condicionantes de toda descripción posible de lo penal. Su problema, como luego veremos, no está tanto ahí como en que para practicar esa dogmática tienen que negar en obra buena parte de lo que presupone su teoría sistémica de partida y tienen que dar el trato de real a lo que desde el punto de vista de la teoría de sistemas no serían sino ficciones instrumentales de los sistemas jurídico-penales actuales, como es, ante todo, la categoría del sujeto.

Aporías de una dogmática penal sistémica.

Hasta aquí he intentado presentar las bases generales del pensamiento jurídico-penal de Jakobs y su escuela. Tales bases se construyen con elementos perfectamente identificables con la teoría de sistemas de Luhmann, si bien hay que decir que dicha teoría se recoge de modo muy fragmentario y sin apenas mención al último Luhmann, el Luhmann de la autopoiesis²³. Pero que no esté todo lo de Luhmann que podría estar para dar pleno sentido a la exposición de estos autores, no quita para que ésta sólo pueda comprenderse cabalmente desde sus presupuestos luhmannianos. Por mucho que, cada vez más, se remitan a Hegel y los juristas hegelianos como los primeros que dieron del derecho penal una explicación como la que ahora quiere recuperar, creo que se trata o bien de una lectura luhmanniana de Hegel, y

²¹ Algunos ejemplos. Dice Jakobs que “en un Estado de libertades le debe estar permitido al ciudadano también tener opiniones críticas sobre las leyes penales con tal que las observe; por eso, los delitos tipificados para proteger determinado clima son señal de déficit de libertades” (Jakobs 1997a, 60). O que “las intervenciones de la gravedad de las sanciones penales requieren en una Democracia la legitimación democrática más directa posible” (Jakobs 1997a, 80). O que el derecho consuetudinario no puede fundar la punibilidad, pues “el Derecho consuetudinario no lo ha creado una instancia legitimada lo más directamente posible de modo democrático” (Jakobs 1997a, 89). O, por último, que “culpabilidad material presupone normas legítimas” (Jakobs 1997b, 386).

²² Muy acertadamente al respecto, Peñaranda/Suárez/Cancio 1999, 34ss.

²³ Hay que mencionar que Jakobs expresamente reconoce que parte de Luhmann, pero sin ser “en absoluto” consecuente con su teoría ni serlo siquiera en todas las cuestiones fundamentales (Jakobs 1996a, 10).

como tal extemporánea, o bien, y sobre todo, de una vía para evitar, mediante la remisión a un pensamiento jurídico-penal anterior y clásico, por mucho que caído en un cierto olvido, las consecuencias radicales que para la dogmática penal o para el modo de cultivarla tendría la plena y congruente asunción de los presupuestos sistémicos.

Trataré de mostrar que una aplicación consecuente de los postulados luhmannianos de partida tendría que llevar a Jakobs y sus seguidores a hablar el lenguaje de la dogmática con plena y explícita conciencia de que tal lenguaje no describe ni se basa en un mundo “real” de hechos y datos sino que contribuye a conformar una ficción que sólo tiene de realidad lo que corresponde a la operatividad efectiva de un sistema, el jurídico-penal, que construye sus conceptos y categorías no para reflejar el mundo de los sujetos y los acontecimientos tal como son, sino tal como deben suponerse para que el sistema funcione y cumpla con su labor de reducción de complejidad. Es decir, el teórico de sistemas que cultive al tiempo la dogmática penal tendría que hacerlo sabiendo y dejando claro que al pasar de uno a otro registro cambia de mundo porque habla desde sistemas distintos, de modo que lo que desde uno de ellos dice tiene un sentido completamente diferente desde el otro. Y en la medida en que la teoría de sistemas explicaría las claves del funcionamiento del particular sistema que es el jurídico-penal, estaría mostrando también que lo que desde éste y su dogmática (que en términos luhmannianos sería parte de la autodescripción del propio sistema como forma de constituir su sentido particular) se dice no es sino parte de la ficción operativa mediante la que se constituye. Expresándolo a propósito del asunto que tomaremos como ejemplo, podemos decir que desde la teoría de sistemas el sujeto individual, en tanto que sujeto de la acción social, no existe como tal ni posee atributos constantes al margen de como lo constituya, de como lo vea, el respectivo sistema (jurídico, moral, religioso, científico, económico, etc.). Pero el dogmático penal tiene que hablar de la acción libre, la imputabilidad, la culpabilidad, etc. haciendo como si no hablara de una invención del propio sistema para cumplir su cometido, sino de un dato que se muestra en su ser al propio sistema. Y veremos cómo nuestros autores oscilan entre esos dos polos sin pauta clara y creando, por tanto, confusión tanto desde el punto de vista de la teoría del sistema como del de la teoría penal. Es el resultado de ser radicales en las premisas pero no querer serlo en las consecuencias.

Pero antes de entrar en este asunto convendrá que mostremos, aunque sea muy superficialmente, de qué modo se plantea en Luhmann la cuestión del sujeto²⁴.

No es que en Luhmann los sujetos desaparezcan para dejar su lugar al autodespliegue de los sistemas. En realidad, cada sistema será el sujeto de sí mismo y para sí mismo. Lo que se esfuma es la idea del sujeto individual como centro de todo sistema. Cada individuo es sujeto para sí mismo, para el sistema autorreferencial particular y propio en que consiste su

²⁴ Para ello, en lo que sigue, reproduciré algunas páginas de un ya viejo trabajo mío: J.A. García Amado, “La société et le droit chez Niklas Luhmann”, en *Niklas Luhmann observateur du droit*, París, LGDJ, pp. 101-145. Las páginas que recogemos son las 154ss. de la versión española, contenida en el libro: J.A. García Amado, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

conciencia. Pero no hay ningún sistema de sujetos. Tampoco hay un sujeto (en cuanto conciencia individual o colectiva) de los sistemas sociales.

La sociedad y sus subsistemas, según Luhmann, no se componen de individuos, sino de comunicaciones. La define como “un sistema de comunicaciones que integra selectivamente el potencial físico, químico, orgánico y psíquico de la humanidad, y en la conducción de esa selectividad encuentra su propia realidad y su autonomía como sistema”²⁵. Como ejemplo, de cómo no todo lo perteneciente al individuo como entidad biológica o psicológica pertenece por ello al sistema social, menciona Luhmann el siguiente: “la presencia de arsénico en la sangre o un estado de excitación psicológica no son eventos sociales; sólo devienen tales cuando se transforman en comunicaciones, siempre que y en la medida en que el sistema societario lo consienta. Si éste no predispone los medios para que tales hechos vengan comunicados y recibidos, éstos no pasan de ser puros eventos biológicos sin ninguna resonancia sobre la sociedad”²⁶.

Lo anterior no significa que la sociedad pudiera existir si no existieran individuos, en su doble dimensión, biológica y psicológica. Éstos son un presupuesto necesario. Lo único que ocurre es que no forman parte, como tales, de la autorreferencialidad del sistema. Los individuos no forman parte de los sistemas sociales, sino de su medio, de su *Umwelt*. Ningún individuo pertenece por completo, como identidad total, a un sistema²⁷. Cada sistema funcional abarca bajo su perspectiva a todos los individuos, pero no en su integridad, sino sólo en la dimensión de su existencia que importa para cada sistema. Puntualiza Luhmann que esto no significa restarle importancia a los hombres para la sociedad. Para que puedan existir la sociedad y sus subsistemas la existencia del medio respectivo es tan importante como la de los propios elementos del sistema²⁸. Los sistemas no existen en el vacío.

La noción de sujeto individual que subyace a las anteriores apreciaciones es la del sujeto como conciencia individual pensante, que arranca de Descartes y se erige en distintivo de la edad moderna. Es de este sujeto del que niega Luhmann su pertenencia a los sistemas sociales. Es más, semejante concepción moderna del sujeto tendría su razón de ser en el proceso de decantación de los (sub)sistemas sociales como sistemas funcionales, sería uno de sus presupuestos. Antes, cada sujeto formaba parte de un sistema social único, segmentado primero, estratificado después, del que recibía su identidad como consecuencia de su posición en él. La identidad individual de la persona coincidía con su identidad social. Esto desaparece con los modernos sistemas funcionales²⁹. En una sociedad que se estructura sobre la base de las relaciones entre sistemas, y no de las relaciones entre individuos, cada persona ha de poseer acceso a todos los sistemas sociales y no a uno solo de ellos, “ya no puede seguir

²⁵ Luhmann 1978, 31.

²⁶ Luhmann 1985b, 30.

²⁷ Cfr. Luhmann 1983d, 36.

²⁸ Cfr. Luhmann 1984, 288-289.

²⁹ Para la historia de esta noción moderna de sujeto véase Luhmann, 1981c, 235-244.

siendo radicada permanentemente en un subsistema de la sociedad y sólo en uno”³⁰. La misma persona, cada persona, funcionará como sujeto de derechos, consumidor, participe en política, fiel de una religión, etc.

Cada persona encierra un sistema psíquico como sistema autopoietico diferente de los sistemas sociales. Sus elementos no son comunicaciones, sino conciencia (*Bewusstsein*). El sistema psíquico no persigue nada que no posea la forma de conciencia. Los sistemas sociales en cuanto tales, y sus elementos, le son ajenos, son su medio. Esa circularidad operativa de la conciencia es lo que constituye, según Luhmann, la individualidad³¹.

¿Hay que interpretar todo esto como una desconexión total y una ausencia completa de influencias entre los sistemas psíquicos y los sistemas sociales? La respuesta de Luhmann es negativa. Siempre una modificación en el medio implica alguna reacción en el sistema, y ya hemos visto que sistemas psíquicos y sociales son recíprocamente medio. Para explicar sus relaciones desarrolla Luhmann el concepto de interpenetración. Ésta se da entre aquellos sistemas que recíprocamente se perciben como complejidad irreductible pero se toman como dato para su respectiva estructuración interna, y constituyen así su propia complejidad, manteniéndose constante esa relación de recíproca dependencia como condición de la propia autonomía³².

Ahora bien, si esa forma de contacto es posible será porque concurre algún elemento de enlace entre la autorreferencialidad de semejantes sistemas. Ese elemento de mediación es el sentido. Sólo a través del sentido puede el sistema servirse de los individuos como vehículo y centro de imputación de acciones y expectativas. Y ello se logra por el cauce del lenguaje, que “traduce complejidad social en complejidad psíquica”³³.

Con todo esto queda aún sin aclarar por qué los conceptos de persona o personalidad parecen mostrarse como datos con relevancia social inmediata, como si se tratara de realidades en sí que limitaran los márgenes de actuación de los sistemas. Piénsese, por ejemplo, en el especial papel que en el sistema jurídico se otorga a los llamados derechos de la personalidad.

Lo primero que Luhmann muestra al respecto es que con tales conceptos no se alude a una percepción real por los sistemas de la autopoiesis de las conciencias, sino a constructos de los propios sistemas, como recurso para orientar sus procesos selectivos. Los sistemas se estructuran sobre la base de expectativas que tienen como referencia al individuo. Pero éste existe para el sistema no como tal, como sistema orgánico y psicológico, sino únicamente como centro de identificación de un haz de expectativas. Por eso dice Luhmann que

³⁰ Luhmann 1985a, 16.

³¹ Cfr. Luhmann 1984, 346ss y 354ss.

³² Cfr. Luhmann 1981d, 155ss; 1981c, 275ss; 1984, 289ss.

³³ Luhmann 1984, 368.

“personas” para el sistema significa *collages* de expectativas en el sistema funcional, como punto de referencia para ulteriores selecciones³⁴.

Se ha de explicar también por qué los individuos asumen como propia esa su personalidad, que ya no será tanto exigencia de autorrealización, cuanto necesidad sentida desde un sistema que busca sede fiable para las expectativas que genera. Si la identidad del sujeto individual se constituye, como la de todo sistema, como diferencia frente a un medio, pero el medio es plural y sus claves fluctuantes, las constantes identificadoras se buscarán en la consistencia de la acción individual, en la localización de criterios autoidentificadores del propio comportamiento. Y esto es la personalidad. Las posibilidades de comportamiento son en cada ocasión prácticamente ilimitadas, pero el individuo elegirá aquellas que no desdigan de sus conductas anteriores, que permitan su autopresentación coherente, como identidad y no como contingencia. Con ello está en realidad el individuo renunciando a su libertad, está restringiendo los márgenes de sus comportamientos posibles, máxime por cuanto que los roles posibles a asumir por el individuo y las reglas de interrelación entre ellos están socialmente prefijados³⁵.

Ya hemos indicado que es prioritariamente un interés social el que se liga a la existencia de “personalidades” como sedes de comportamientos previsibles e imputación de expectativas fiables, por lo que es el propio sistema social el que asume la protección de ese ámbito del que precisa. Así se explicaría la salvaguarda de las libertades básicas del individuo en el seno de ese mecanismo general de protección de la autonomía de los sistemas personales y sociales que serían los derechos humanos.

Veamos ahora hasta qué punto llegan Jakobs y sus seguidores a reflejar estos presupuestos de la teoría sistémica en lo que a la figura y el papel del sujeto se refiere.

Para Jakobs la imputación tiene lugar “a través de la responsabilidad por la propia motivación: si el autor hubiera sido motivado predominantemente por los elementos relevantes para evitar un comportamiento, se habría comportado de otro modo; así pues, el comportamiento ejecutado pone de manifiesto que al autor en ese momento no le importaba la evitación predominantemente” (Jakobs 1997a, 13). Menciona el ejemplo de quien conduce sabiendo que está bebido y sin tener en cuenta las consecuencias perjudiciales que su conducta puede tener para otros, con lo que pone de manifiesto que no es la norma penal que prohíbe tal hacer lo que guía su actuar. “*Esta contradicción a la norma por medio de una conducta es la infracción de la norma*”, dice Jakobs (Jakobs 1997a, 13). Sólo con esto comienza ya a mostrarse el dilema en que nos movemos o, cuando menos, lo equívoco del lenguaje que se emplea. En efecto, desde el momento que esa contradicción a la norma en que el delito consiste no es, como ya sabemos, mera contradictoriedad entre dos cursos de acción opuestos o incompatibles, sino oposición entre dos sentidos de la conducta, entre dos pautas de actuación del sujeto (la suya personal y la que la norma expresa), nos hallamos, si seguimos al pie de la letra lo relatado por Jakobs, ante la impresión de que lo que el delito

³⁴ Luhmann 1984, 178.

³⁵ Cfr. Luhmann 1974, 100; 1981a, 333ss; 1965, 53ss.

expresa es un sentido emanante de una conciencia individual y anclado en una “motivación” subjetiva, sentido que se opone al social manifestado en la norma. Mas entonces parece que estamos dando por cognoscible lo que la teoría sistémica afirma que el sistema no puede ver en su específica configuración: la conciencia del individuo.

Esa misma impresión se refuerza con muchas más afirmaciones de estos autores. Así, cuando al hablar de la culpabilidad dice Jakobs que “el autor de un hecho antijurídico tiene culpabilidad cuando dicha acción antijurídica no sólo indica una falta de motivación jurídica dominante -por eso es antijurídica-, sino cuando el autor es responsable de esa falta. Esta responsabilidad se da cuando falta la disposición a motivarse conforme a la norma correspondiente y este déficit no se puede hacer entendible sin que afecte a la confianza general en la norma. *Esta responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, en un comportamiento antijurídico, es la culpabilidad*” (Jakobs 1997a, 566). La pregunta aquí volvería a ser si esa responsabilidad es la contrapartida de postular y asumir una real conciencia autónoma, libre, o si, por el contrario, es el resultado de una imputación de esa libertad -y de esa su contrapartida- por el propio sistema jurídico-penal, en cuyo caso libertad y responsabilidad (y con ello la culpabilidad) serían construcciones de sistema mismo, con lo cual lo que se tiene por sujeto sería verdaderamente un puro objeto de tal sistema, una mera pieza de su mecánica funcional. Si es lo primero, se contradicen los presupuestos sistémicos de que se parte; si es lo segundo, el concepto de culpabilidad pierde su anclaje en ideas valorativas generales de la persona y de su libertad y se convierte en concepto puramente instrumental, con lo que la exigencia de culpabilidad se parece más a una instrumentalización de ciertos sujetos en aras del sistema que a una actitud de respeto a ciertos atributos propios del individuo³⁶.

Algo semejante podríamos pensar a propósito de la idea de que la base de la culpabilidad es un “defecto volitivo” (Jakobs 1997b, 367). ¿Se habla del querer real de un sujeto, de un contenido verdadero y cierto de su conciencia? La cosa no se aclara demasiado con párrafos como el siguiente, por mucho que parezcan decirnos que al juicio de culpabilidad no le importa lo que el autor realmente quiso, sino lo que debió querer, pues también esto presupone una conciencia con posibilidades de elegir, y la capacidad del sistema para evaluar ese juego real de la conciencia: “La imputación culpabilista es la imputación de un defecto volitivo (...) Lo decisivo no es que el defecto sea percibido conscientemente en la mente del autor, sino que deba ubicarse allí, y esto ocurre siempre que el autor hubiese evitado de haber concurrido una motivación dominante de evitar infracciones del derecho. Por consiguiente, «defecto volitivo» siempre debe entenderse como «déficit de voluntad», y

³⁶ Véanse las críticas que respecto de esta posible instrumentalización plena del sujeto resume M. Pérez Manzano 1986, 170ss. En particular, es muy atendible el argumento de que si es el sistema mismo el que atribuye al sujeto todas las condiciones que van a ser relevantes para considerarlo imputable, hay que afinar mucho al señalar qué razones puede tener el sistema para no penar, por inimputables, a los locos o menores, o para considerar exonerar de castigo en los casos de inexigibilidad, dado que esas razones nunca podrían ya relacionarse con datos de merecimiento subjetivo individual (vid. *ibid.*, pp. 172-173). Sobre ese riesgo de que los planteamientos de Jakobs puedan justificar una “imputación desmedrada”, véase también Schünemann 1996, 46.

concretamente como déficit de motivación fiel al Derecho. Incluso en el caso de un hecho doloso con plena conciencia de antijuridicidad, el gravamen no está en el hecho psíquico del conocimiento de la antijuridicidad junto al conocimiento de las consecuencias, sino la falta de motivación dominante dirigida hacia la evitación” (Jakobs 1997b, 383-384). Otras veces la expresión que nos desconcierta es “buena voluntad”: “Esta estabilización de expectativas se encuentra circunscrita a ámbitos en los que la causación de una defraudación es evitable poniendo buena voluntad, y tiene que hallarse circunscrita a dichos ámbitos porque si la estabilización desborda la buena voluntad dejaría de tolerarse. Esta es la razón por la que la imputación se reconduce a los procesos motivacionales, bien sean reales o normativamente contruidos” (Jakobs 1997b, 91). Hábil salida por la vía de la indefinición, porque precisamente las consecuencias teóricas son diametralmente diversas según que estemos hablando de unos procesos motivacionales que son reales o que son normativamente contruidos.

Planteemos en otros términos el interrogante que nos ocupa: dado que tanto pena como delito son comunicaciones, ¿se comunica el sistema penal a través de la pena con los individuos en tanto que sujetos reales libres, autónomos y dueños de sus actos, o, por el contrario, mediante pena y delito se comunica el sistema consigo mismo, como parte de su autopoiesis, de su permanente autoconstitución, utilizando al sujeto únicamente como vehículo de una parte de esa comunicación y, por tanto, construyéndolo según convenga al sistema? Sospecho que esto último es lo más luhmanniano, pero Jakobs y los suyos no llegan tan lejos, se quedan a medio camino; pues ir tan lejos supondría el efecto, disolvente para la dogmática, de afirmar que el derecho penal no toma en cuenta al ser humano de carne y hueso (y conciencia), sino que sólo postula para él lo que le interesa para seguir cumpliendo su función de mecanismo ciego que no tiene más razón de ser que la de reducir complejidad.

Digo que estos autores se quedan en un terreno intermedio porque, pese a las abundantes referencias del tenor de las que acabamos de citar³⁷, muy numerosas son también las ocasiones en que parece que conceden que es el sistema mismo el que “imputa” a los sujetos las condiciones que hacen su comportamiento punible o no, con lo que no se castigaría penalmente al individuo que realmente delinque (con su imputabilidad, su

³⁷ Incluso Lesch, que parece más radical que Jakobs tanto en su impronta sistémica como en su tinte hegeliano, acaba haciendo mención de esa voluntad que parece que es y no es psicológica al mismo tiempo. Un ejemplo: “un concepto funcional de delito se dibuja esencialmente a través de tres momentos: la *imputabilidad* del autor, la expresión de una *especial voluntad*, y el *questionamiento jurídico-penal* de esa expresión. Con el momento de la imputabilidad se trata de la cuestión de si el autor posee la competencia para expresar un sentido jurídicopenalmente relevante. Este sentido jurídicopenalmente relevante es la especial voluntad del sujeto, cuya objetivación conforma el momento *material* del concepto de delito y que, por tanto, no designa un dato psíquico-subjetivo, en particular no designa el dolo (...), sino la ley individual del autor que en la situación del hecho reemplaza a la norma general” (Lesch 1999a, 212). Amén de en la oscuridad, se muestra Lesch hegeliano también en la capacidad para jugar con la dialéctica de los contrarios. En efecto, parece que esa voluntad de la que se habla no es un dato psicológico, pero ¿no es partir de un dato psicológico el afirmar que el sujeto se da a sí mismo su propia ley conociendo que ésta se opone a la ley general?

No olvidemos que Lesch dice también, como antes recogimos, que la norma penal no es un imperativo dirigido a la voluntad, sino una reacción simbólica a una expresión simbólica. ¿Significa todo esto que la ley que el individuo se da a sí mismo, y que simboliza un sentido opuesto al de la norma, no emana de su voluntad, sino que es puro símbolo sin sustrato consciente cognoscible?

culpabilidad, etc., en cuanto atributos de su específica individualidad que lo hacen por sí mismo acreedor del castigo), sino al sujeto que el sistema edifica como delincuente. Con otras palabras, al individuo no se le castigaría por ser como es, sino por ser visto como el sistema lo ve, puesto que, en buena lógica sistémica, el sistema no puede verlo como realmente es³⁸.

Mostremos algunos testimonios de lo que parecería la recepción del enfoque sistémico del sujeto en nuestros autores.

El sistema jurídico-penal trata con personas. ¿Entienden por persona algo similar a lo que vimos en Luhmann? En muchas ocasiones parece que sí³⁹. Comencemos con una larga cita de Jakobs, que presenta, además, avalada por una cita de Luhmann: “en el ámbito jurídico, la persona se determina de manera general-normativa. Ni siquiera es que frente a ella se formule la expectativa de que se autodetermine a favor del derecho en un sentido psicologizante -cómo el sujeto psicofísico asuma su rol es asunto suyo, en principio- sino que se le trata -en principio- como un sujeto que se autodefine como ciudadano. Mientras sea posible demostrar a través del tratamiento comunicativo de la asignación de culpabilidad la validez de esta definición, la comprensión social es que el delincuente es materialmente culpable, que su hecho es la expresión de una autocontradicción (aunque ésta no debe entenderse de manera psicologizante); y es que entonces es considerado como ciudadano de pleno derecho, y frente a la perspectiva desde la cual tiene lugar esa valoración no hay

³⁸ Posiblemente esto suene un tanto fuerte o excesivo. Sin embargo, y sin ánimo de defender el valor de la explicación sistémica del derecho penal, me atrevo a dar un ejemplo muy simple: en cuanto a capacidad para autogobernarse, para valorar sus acciones y las consecuencias de las mismas, y también el sentido de las normas, un individuo de quince años puede en muchos casos estar mejor dotado que uno de dieciocho. Pero para el sistema sólo el segundo puede ser “sujeto” penal.

³⁹ Y en esto, cuanto más próximos a Luhmann más infieles al Hegel que tanto invocan. Hay una confusión entre el carácter social de la “persona” en Luhmann y en Hegel. En Luhmann es el concepto mismo de persona el que es construido por y desde los sistemas sociales funcionalmente diferenciados, no desde una sociedad como todo estructurado en torno a ciertos valores, ideosincrasia, ideología, etc. En Hegel la persona es el sujeto individual poseedor de una determinada identidad cuyo contenido material, cuyas señas, le vienen dados por su inserción en una sociedad determinada. En Hegel la conciencia individual no es un algo incognoscible para el sistema (los sistemas) social(es), sino un dato real que se rellena con los valores sociales, comunitarios. Por tanto, la afirmación de que el derecho penal desempeña un papel social tiene un sentido muy distinto en Hegel y en Luhmann. En el primero quiere decir que se protege la identidad comunitaria, las señas materiales de identidad; en el segundo, que se salvaguarda la dinámica operativa de los sistemas funcionales. En el primero proteger las señas de identidad social es proteger la posibilidad del individuo de ser de una determinada manera, de la que es aquí y ahora; en el segundo, proteger la dinámica funcional de los sistemas es respaldar el modo en que éstos imputan identidades diversas y simultáneas (a un referente individual cuyo “ser en sí”, cuya identidad real, no puede conocerse desde lo social y que sólo se ve en cuanto sujeto construido desde cada sistema y distinto para cada uno de ellos -por ejemplo, para la ciencia psicológica yo soy visto como individuo causalmente determinado por una serie de estímulos, vivencias y circunstancias; para el sistema jurídico-penal como sujeto imputable; para el sistema económico como consumidor; para el sistema moral como poseedor de una conciencia libre que hace mis acciones mercedores de reproche o alabanza; para el sistema político como elector, etc.). No es extraño, pues, que la recuperación de Hegel en la actual filosofía política la esté llevando a cabo el comunitarismo, ni que una rama del hegelianismo (o más de una) acabara desembocando en un pensamiento totalitario. Por la vía de fundamentar en Hegel el servicio del derecho penal al orden social sí que existe peligro de que cobren razón de ser las habituales acusaciones de conservadurismo que a estos autores se hacen. El luhmannismo consecuente conduce a un profundo escepticismo; no así Hegel respecto del valor material de lo comunitario.

alternativa en el ámbito comunicativo. Dicho de otro modo: en un sistema de imputación en funcionamiento queda excluido que se conciba al destinatario de la imputación antes de la sociedad” (Jakobs 1997b, 387).

Y permítaseme que abuse de las citas en pro de la claridad: “Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. Toda sociedad comienza con la creación de un mundo subjetivo, incluso una relación amorosa, si es sociedad” (Jakobs 1996a, 35). “La subjetividad de un ser humano, ya *per definitionem*, nunca le es accesible a otro de modo directo, sino siempre a través de manifestaciones, es decir, de objetivaciones que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes” (Jakobs 1996a, 36). “Los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho como personas” (Jakobs 1996a, 37).

Por tanto, lo que el sistema jurídico-penal ve de cada individuo es sólo lo que le imputa de sujeto general, no lo que en verdad lo identifica como ser único, su conciencia. Dicho de otra forma, la parte de conciencia individual con que el sistema trabaja es conciencia “social”, entendimiento “social” de la conciencia o, con más precisión, entendimiento de la conciencia desde el particular sistema social que es el derecho, con los perfiles que, además, especifican al sistema (social) jurídico-penal. Desde ahí, mucho mejor que desde forzadas reconstrucciones en clave hegeliana, se aprecia el sentido de la insistencia de Jakobs en que la imputación del delito al delincuente significa tratarlo como un igual⁴⁰. Esto no es un homenaje a una igual dignidad constitutiva, ni nada por el estilo, sino la igualación de lo desigual a efectos funcionales y por obra del propio sistema funcional. Si el derecho tuviera que adaptar sus respuestas a la diversidad real de los individuos, decaería su función de respaldo de expectativas compartidas⁴¹; por eso tiene que igualarlos y funcionar con sólo dos categorías: los que son “personas” con arreglo al sistema, sujetos, y que, por tanto, se configuran a efectos de lo que importa como iguales, y los que no lo son y respecto de los cuales renuncia a pronunciarse el sistema en sus términos propios, esto es, calificando su comportamiento como penalmente “antijurídico”/penalmente “jurídico”.

⁴⁰ Vid. Jakobs 1997b, 385.

⁴¹ “Todo aquel que niegue su racionalidad de forma demasiado evidente o establezca su propia identidad de forma excesivamente independiente de las condiciones de una comunidad jurídica, ya no puede ser tratado razonablemente como persona en Derecho” (Jakobs 1996a, 50). “La pluralidad extrema diluye con lo que tenemos en común también la igualdad personal, quedando en el territorio perdido el intento de un entendimiento mutuo instrumental, convirtiéndonos entonces recíprocamente en elementos de la naturaleza, o, en la nomenclatura de Rousseau, en salvajes” (Jakobs 1996a 50-1). Siempre la proximidad a Luhmann y siempre el matiz que le resta coherencia: no es que nos convirtamos en “salvajes” cuando no nos entendemos. Puesto que sólo nos entendemos a través del sistema social, a través de las comunicaciones de las que el sistema se compone, es el sistema el que nos imputa la condición de “salvajes” (o de locos; o de inimputables) cuando no puede realizar sus comunicaciones a través de nosotros. Y poco más adelante un nuevo guiño a Luhmann, con cita expresa: “Desde el punto de vista de la sociedad no son las personas las que fundamentan la comunicación personal a partir de sí mismas, sino que es la comunicación personal la que pasa a definir los individuos como personas” (Jakobs 1996a, 59).

El asumir que el sistema no opera con el conocimiento real de la psicología del individuo lleva a concebir de determinada manera, constituyéndolo e igualándolo abstractamente, no sólo al delincuente, sino también al que acata la norma. Creo que así es como se puede interpretar la afirmación de Lesch de que la función que la norma tiene como refuerzo de expectativas no hace referencia a efectos empíricamente contrastables en la psicología de cada individuo, sino que al actuar sin contravención de la norma se le asigna por el sistema el significado de que el sentido de la norma se asume como modelo de orientación⁴². El porqué de cada uno que no vulnera la norma al derecho penal le trae sin cuidado.

Estamos, a partir de todo esto, en terreno perfectamente abonado para desvincular el concepto de culpabilidad de la cuestión del libre albedrío. La determinación de la culpabilidad se da “con independencia de suposiciones sobre si el autor, en el momento del hecho, está dotado de libre albedrío. También un determinista puede estar de acuerdo en que para la distribución de responsabilidad no hay alternativa, si es que se quiere mantener el orden” (Jakobs 1997a 584-5). La afirmación del libre albedrío como base de la culpabilidad sólo es necesaria cuando con la culpabilidad se liga no, o no sólo, un efecto social, “sino también una desvaloración del individuo («reprochabilidad»). Pero si nos limitamos al aseguramiento del orden social, en la culpabilidad ya no se trata de si el autor tiene realmente, y no sólo desde una determinación normativa, una alternativa de comportamiento realizable individualmente, sino de si hay, para la imputación al autor, una alternativa de organización que sea preferible en general. Si falta una alternativa de organización, se le asigna al autor una alternativa de comportamiento y se le reprocha que no la haya utilizado” (Jakobs 1997a, 585). “El ámbito en el que se puede ser culpable es, pues al mismo tiempo, un ámbito libre, de autodeterminación, pero ésta no en el sentido de libre albedrío, sino en el de falta de obstáculos jurídicamente relevantes para sus actos de organización” (Jakobs 1997a, 586). O sea, y a fin de cuentas, que somos culpables porque el sistema nos trata como culpables, y lo hace así cuando no tiene alternativa⁴³. Si, por ejemplo, a nuestro

⁴² “Todos deben persistir en sus expectativas; pueden confiar en la vigencia de la norma (...) Esto no debe ser entendido como si la finalidad del Derecho penal fuese un «ejercicio en la confianza normativa» en un sentido real-psicológico, demostrable empíricamente (...) Por el contrario, se trata tan sólo de mostrar que en el futuro también uno *puede continuar* orientándose según la norma; que uno se encuentra *en consonancia con el Derecho* cuando confía en la vigencia de la norma” (Lesch 1999b, 49-50).

⁴³ De todos modos, las dificultades expresivas de Jakobs, o su intento por no ser en exceso heterodoxo, conducen a menudo a la oscuridad: “La función del principio de culpabilidad es independiente de la decisión que se tome en cuanto a la cuestión del libre albedrío; ni siquiera depende de que tenga sentido plantear esta cuestión. La culpabilidad es falta de fidelidad al Derecho manifestada. La culpabilidad formal presupone que el sujeto competente siquiera pueda ser representado como persona, esto es, como titular de derechos y destinatario de obligaciones. Hay culpabilidad material mientras no haya alternativas plausibles al orden concreto, por tanto, mientras no haya otra vía que la de presumir la autodefinition de los sujetos sometidos a la norma como miembros de *este* orden. Bien es cierto que la culpabilidad está relacionada con la libertad, pero no con la libertad de la voluntad, con el libre albedrío, sino con la libertad de autoadministrarse, esto es de administrar la cabeza y el ámbito de organización propios. La culpabilidad sólo es posible en un orden en el que no todos los procesos son dirigidos de manera centralizada, esto es, que es administrado descentralizadamente” (Jakobs 1997b, 392). Pues si resulta que son cosas distintas el libre albedrío y la libertad de autoadministrarse, o de ser fiel o infiel a la norma jurídica, resulta que o somos capaces de establecer con claridad en qué consiste la diferencia o estamos afirmando lo que negamos, y viceversa. Sería más sencillo decir que el libre albedrío lo

comportamiento se puede asignar el sentido de que estamos locos, en lugar del sentido de que somos voluntaria y libremente refractarios frente a la norma, en lugar de castigarnos penalmente se nos puede encerrar en un manicomio⁴⁴.

Todo lo anterior, como ya se está viendo, tiene repercusiones inevitables sobre conceptos cruciales de la dogmática penal. No puedo (ni sé) pararme aquí en todos ellos. Pero, por ejemplo, creo que resulta coherente con lo dicho el sostener que la imputación siempre es objetiva, que el hecho y el autor son dos caras de la misma moneda y que una teoría funcional tiene que tratar el injusto penal, la culpa y el delito como sinónimos⁴⁵. Lesch acaba sosteniendo, aun con la oscuridad acostumbrada, que la voluntad del sujeto respecto de la pauta normativa que la norma expresa le es atribuída (*zugeschrieben*), y que es la imputabilidad (*Unterstellbarkeit*) de una tal voluntad lo que convierte al autor en un sujeto con la competencia de contradecir la norma en cuestión, “pues sólo bajo esa presuposición se puede interpretar su comportamiento como comunicación de un sentido jurídico-penalmente relevante (...), como expresión de una voluntad que *materialmente* es sólo particular, pero que *formalmente* está unida a la pretensión incondicional de universalización”, es decir, de convertirse en ley general distinta de la ley general que la norma expresa (Lesch 1999a, 213). Desde ahí quizá se puede entender mejor la tesis de que el delito es tal en cuanto cuestionamiento de la validez de la norma general. Nada más lejos posiblemente del pensamiento del delincuente, casi siempre, que entrar en disquisiciones sobre la validez de una norma. Sólo faltaba. Pero lo que aquí se viene a mantener es que así es como el sistema “interpreta” ciertas conductas y por eso reacciona frente a ellas. Añade Lesch que con la imputabilidad “se trata por tanto no de la *conceptual-real* libertad del sujeto, sino de la libertad *formal*, es decir, de su capacidad para reconocer la norma que viene al caso y para elevarla a máxima rectora de su conducta. Esta potencia no es real-psicológica ni ontológica,

imputa y constituye el sistema penal mismo y lo entiende como conviene a su función. Al fin y al cabo, Jakobs no repara en afirmar que el sujeto libre “estará presente exactamente en aquella medida en la que sea transmitido por medio de la comunicación, es decir, en la medida en que sea determinante de la autodescripción de la sociedad” (Jakobs 1996a, 20).

⁴⁴ Pero la ciencia psicológica podría mostrar que, en algún sentido, todos estamos locos. Mas si el derecho aceptara esto desaparecería y dejaría de prestar su función. Por tanto, los locos, para el derecho, sólo pueden ser una minoría exigua, con lo que hay que extremar los criterios internos y propios de selección. Para el derecho penal, por tanto, todos somos en principio cuerdos, en la misma medida en que todos somos en principio libres, aunque tal vez sea una quimera el libre albedrío. El sujeto jurídico tiene que ser por definición “normal”, o sea, “persona”. Para el derecho no somos lo que somos, sino lo que le parecemos. Igual que para la psicología no somos sujetos jurídicos, sino entramados de impulsos, estímulos y complejos. No hay más sujeto normal que el que sea normal para cada (sub)sistema. Por citar otro ejemplo, para el sistema religioso somos también culpables antes de toda posible libertad, por obra del pecado original; o libres aun cuando estemos predestinados. Conviene no olvidar estos detalles comparativos, por si acaso nos parece muy “opresiva” o escandalosamente contradictoria la imagen del sistema jurídico que está resultando.

⁴⁵ “*Culpabilidad* es siempre culpabilidad del *hecho*, no *culpabilidad del autor*” (Lesch 1999a, 207). “Culpabilidad jurídico-penal, injusto penal y delito (acción penal) (*Straftat*) en un sistema jurídico-penal *funcional* sólo pueden ser reformulados adecuadamente como sinónimos” (ibid., 207). Hay que superar la separación tradicional entre injusto y culpabilidad como fundamento de la pena (ibid.). Se ha de rebasar la bipartición entre “Tat” y “Täter”, entre un suceso por sí dañoso jurídicamente y negativamente valorable y el sujeto responsable del mismo (ibid.).

sino el producto de una *atribución (Zuschreibung)* jurídica, un dato enteramente *normativo*, dependiente del respectivo estado de la sociedad” (Lesch 1999a, 214).

Y, en suma, atacan continuamente el concepto psicológico de culpabilidad, argumentando que “el fallo de culpabilidad no se refiere a un individuo en su propio ser, sino a una persona social”, y se explica por cuanto que “los sistemas sociales tienen determinadas condiciones de subsistencia a las que nadie se puede sustraer” (Jakobs 1997b, 388). El concepto de culpabilidad se funcionaliza y la culpabilidad no es reprochabilidad del individuo por ser como es, sino por actuar como actúa, sin motivarse positivamente en la norma⁴⁶. Pero volvemos a las andadas: si esa motivación subjetiva es pura atribución del sistema conforme a sus claves propias y al margen totalmente del dato psicológico real, estamos ante disquisiciones un tanto innecesarias y ante juegos de palabras, porque valdría igual decir que la reprochabilidad que la doctrina psicológica de la culpabilidad propugna es por igual un puro artificio del sistema (por la vía de la teoría con la que el mismo se autodescribe), pues sus defensores hablarían, superficialmente además y sin datos, de algo de lo que no saben, como es la psicología individual. Da igual que digamos que el delincuente es castigado porque con su acción antijurídica revela que tiene una deficiente motivación o porque no es todo lo bueno que debe o debería ser. Y si con aquella motivación aludimos a un dato que mínimamente tenga que ver con un componente real de la psicología del individuo, estamos reconociendo aquello que se venía negando, es decir, que no todo es atribución por el sistema de la cualidades subjetivas que le interesan, que hay reconocimiento de algún dato preexistente de conciencia; y entonces abrimos las vías al rival, a las teorías psicológicas de la culpabilidad. No podemos estar en la procesión sistémica y repicando con el individualismo ilustrado.

A modo de epílogo.

He tratado de entresacar en la obra de Jakobs y su escuela los elementos de teoría de sistemas de tinte luhmanniano a que acuden para fundar su pretendida teoría funcional del derecho penal. No lo he hecho desde los habituales prejuicios que llevan a rechazar cualquier intento de ese calibre como reo de conservadurismo y cosas peores, pues no comparto tales interpretaciones pseudopolíticas de las tesis de Luhmann. No me parece rechazable, por consiguiente, el propósito que los mueve. Sin embargo, mi juicio no puede dejar de ser crítico, por dos razones que ya apunté al inicio. En primer lugar, porque puestos a ser luhmannianos no lo son suficientemente, suficientemente para lograr el objetivo de construir una teoría penal funcional coherente, completa y sin extrañas adherencias e impostaciones.

⁴⁶ En esta concepción de la culpabilidad, expone Lesch, “se trata exclusivamente de la negación del hecho, no de la desvaloración del autor, la culpabilidad es siempre, por tanto, culpabilidad del hecho, esto es, no una errónea conformación de la voluntad, no una errónea «conducción de los impulsos internos», no un equivocado proceso de motivación, no una posición o actitud del autor frente al derecho negativamente valorable (...), sino errónea (es decir, no la que debe ser) realización de la voluntad, la perturbación social misma, o sea, la contradicción de la norma, la particular voluntad, la ley individual del autor que en la situación sustituye a la expectativa irrealizada” (Lesch 1999a, 277).

“Sistémico”, como marxista, no es fácil serlo a medias o sólo en lo que conviene o “epata”. Traté de ilustrar esto reflejando los vaivenes del sujeto en esta doctrina. Podrían responder que no pretenden ser sistémicos, sino funcionalistas. Pero en ese caso deberían haber recurrido a las doctrinas funcionalistas, y no a la de Luhmann, que supera ampliamente el funcionalismo sin negarlo.

La segunda razón de mi crítica requiere en este momento una breve explicación. Lo que les reprocho es que no hayan tomado en consideración lo que Luhmann expone sobre la *función* de la teoría y la dogmática. Esto les hubiera evitado mezclar en sus escritos niveles u órdenes discursivos diversos y emplear un lenguaje equívoco. Como ya se ha mencionado, Luhman explica que la teoría del derecho y la dogmática jurídica son parte del propio sistema jurídico, elementos mediante los que el sistema se autodescribe y marca sus límites de sentido⁴⁷. La misma función cumple la teoría de la ciencia para el sistema de la ciencia, o la ética para el sistema de la moral, o la teología para el sistema religioso, etc. Por tanto, cuando se hace teoría o dogmática del derecho penal no cabe alejarse de los otros datos o elementos del sistema (sus normas, su código, su modo de operar, etc.) si no es a riesgo de que la doctrina en cuestión resulte totalmente incomprendida y rechazada, totalmente irrelevante, o de que, si se impone, contribuya a cambiar los perfiles mismos del sistema (o a disolverlo). En cambio, cuando se analiza con parámetros de teoría de sistemas el funcionamiento de la sociedad o de un sistema determinado dentro de ella, se trabaja en otras claves, no se fundamenta ni se critica ningún elemento del sistema en cuestión, sino que se describen estructuras y operaciones, se construyen modelos con propósito puramente descriptivo. En suma, se está en un “sistema” distinto. Por eso una misma “realidad” (la práctica jurídico-penal, por ejemplo) se ve de distintas maneras desde uno y otro lado, y se explica con distinto lenguaje, con diferentes conceptos. No son verdades que compitan o se complementen, son simplemente verdades distintas. Tan verdad es para la teoría de sistemas afirmar que el sujeto individual lo inventa cada sistema social, como para el sistema (la dogmática) penal sostener que el sujeto penal existe y es constitutivamente libre. En la medida en que tal se afirma, el sujeto penal es libre, o el sistema penal funciona como si lo fuera y ningún dogmático penal podrá negarlo por completo sin convertirse, para el sistema jurídico-penal (que no olvidemos

⁴⁷ Para controlar su propia selectividad y sus límites frente al medio, el sistema autorreferencial ha de hacer uso de su propia identidad, ha de percibirse a sí mismo como sistema. Manejando su propia identidad constituye el sistema su diferencia frente al medio y mantiene su autonomía. Esta inclusión de la propia identidad como referencia central de las operaciones del sistema tiene dos dimensiones: autoobservación y autodescripción del sistema. En primer lugar, el sistema realiza sus operaciones observándose a sí mismo. Por ejemplo, el sistema jurídico clasifica actos como legales/ilegales a partir de la observación de lo que en el propio sistema jurídico se tiene por tales. Pero es preciso también que el sistema posea un dominio directo sobre sus propios límites, sobre su diferencia constitutiva frente al medio, y no sólo en el momento concreto de sus operaciones. Así es como el sistema lleva a cabo su autodescripción: se describe a sí mismo describiendo sus límites, con lo que contribuye a determinar estos límites, es decir, a determinarse a sí mismo. La descripción se convierte en parte de lo descrito. El sistema se hace reflexivo, por cuanto que el sistema que describe es parte del sistema descrito. Para esa autodescripción general los sistemas producen “artefactos semánticos” y teorías reflexivas. Éstas no se limitan a proporcionar una descripción externa de su objeto, sino que describiéndolo lo conforman al mismo tiempo. Son un momento de la autopoiesis del sistema. La teoría del derecho proporcionaría un ejemplo prototípico. Cuando la teoría del derecho habla por ejemplo de derecho subjetivo está usando uno de esos artefactos semánticos mediante los cuales el sistema se configura y se describe al mismo tiempo.

que incluye su teoría establecida), en un teórico “inimputable”. El teórico *de* cualquier sistema tiene que creer los postulados básicos sobre los que el sistema se constituye (el dogmático penal tiene que creer en una conciencia que puede ser culpable; el teórico general del derecho tiene que creer que hay algo llamado validez jurídica de las normas que permite diferenciarlas de otros fenómenos de lo real; el teólogo tiene que creer en dios; el teórico de la física tiene que creer que existe la materia, mal que le pese a Platón, etc.); y si no lo cree tiene al menos que disimular mientras quiera jugar al juego de esa teoría. La alternativa es la esquizofrenia teórica: negar y afirmar lo contrario al mismo tiempo y dentro de una misma disciplina. No me atrevería a imputar a Jakobs y su escuela ni esquizofrenia teórica ni disimulo. Más bien creo que su loable fe de dogmáticos penales les lleva a refrenar a tiempo sus afanes sistémicos. A tiempo para que sus colegas no se escandalicen en exceso y para que sus cátedras no pasen a serlo de sociología o de cosas peores, como la filosofía del derecho. Un escaqueo con Luhmann y unos guiños a Hegel están muy bien. Pero nunca abandonaré completamente a von Listz, aunque ya no esté para muchos trotes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Jakobs, G., 1996a. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, traducción de M.Cancio y B.Fejoo.
- . 1996b. *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, traducción de J.Sánchez-Vera.
- . 1997a. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Civitas, 2ª ed., traducción de J.Cuello Contreras y J.L. Serrano.
- . 1997b. *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Civitas, traducción de E.Peñaranda, C.J. Suárez y M.Cancio.
- . 1999. *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlín, Duncker & Humblot, 2ª ed.
- Lesch, H.H., 1995. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, traducción de J. Sánchez-Vera
- . 1999a. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln, etc., Carl Heymanns.
- . 1999b , *La función de la pena*, Madrid, Dykinson, traducción de J. Sánchez-Vera.
- Luhmann, N. 1965. *Grundrechte als Institution*, Berlín, Duncker & Humblot.
- . 1974. *Soziologische Aufklärung I*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 4ª ed.
- . 1978. “Soziologie der Moral”, N.Luhmann, S.P. Pfürtnner (eds.), *Therietechnik und Moral*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1978.
- . 1981a. *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt M., Suhrkamp.
- . 1981b. *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München/Wien, G.Olzog.
- . 1981c. *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft 2*, Frankfurt M., Suhrkamp.

- . 1981d. *Soziologische Aufklärung 3. Soziales System, Gesellschaft, Organisation*, Opladen Westdeutscher Verlag.
- . 1983a. *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 2ª ed.
- . 1983b. “Die Wirtschaft der Gesellschaft als autopoietisches System”, *Zeitschrift für Soziologie*, 13.
- . 1983c. “Die Einheit des Rechtssystems”, *Rechtstheorie*, 14.
- . 1983d. *Politische Planung. Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 3ª ed.
- . 1984. *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt M., Suhrkamp
- . 1985a. *El amor como pasión. La codificación de la intimidad*, Barcelona, Península.
- . 1985b. “I problemi ecologici e la società moderna”, *Mondoperario*, 6.
- . 1995. *Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch*, Opladen, Westdeutscher Verlag.
- Peñaranda, E./Suárez, C./Cancio M. 1999. Peñaranda Ramos, E., Suárez González, C., Cancio Meliá, M., *Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Pérez Manzano, M. 1986. *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.
- Schünemann, B.1996. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Vehling, K-H. 1991. *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt M., Suhrkamp.

dpbaga@unileon.es