

Günther Jakobs

Sociedad, norma
y persona en una teoría
de un Derecho penal
funcional

5.43
5s
96
2



Cuadernos
Civitas

Sociedad, norma y persona
en una teoría de un Derecho penal funcional

CONSEJO EDITORIAL

MANUEL ALONSO OLEA
LUIS DíEZ-PICAZO
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
AURELIO MENÉNDEZ
GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

Günther Jakobs

Filosofía del Derecho

Universidad de Bonn

Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional

Traducción de

Manuel CANCIO MELIÁ

y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ

Universidad Autónoma de Madrid



Primera edición, 1996

Reimpresión, 2000

Título alemán: «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts?». El texto reproduce [con excepción de los apartados II.B), II.B).3, IV.B) a D)] la ponencia general presentada por el autor en las Jornadas alemanas de Profesores de Derecho penal en Rostock el día 28 de mayo de 1995, publicada en: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 107 (1995), pp. 843 a 876.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 1996, by Günther Jakobs

Copyright © 1996, de la traducción al castellano, Manuel Cancio

Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez

Civitas Ediciones, S. L.

Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid (España)

ISBN: 84-470-0784-7

Depósito legal: M. 10.322-2000

Compuesto en Gráficas Ferven

Printed in Spain. Impreso en España

por Closas Orcoyen, S. L.

Paracuellos de Jarama (Madrid)

INDICE

Abreviaturas.....	9
Prólogo.....	11
I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.....	15
II. FUNDAMENTOS.....	17
A) <i>El Derecho penal como parte de la sociedad</i>	17
B) <i>Protección de normas</i>	25
C) <i>Socialidad versus subjetividad</i>	29
1. Subjetividad mediada por lo social.....	29
2. Normas jurídicas.....	37
III. CUESTIONES PARTICULARES.....	43
A) <i>Delitos de peligro abstracto</i>	43
B) <i>Imputación personal</i>	50
1. Persona <i>versus</i> sujeto.....	50
2. Imputación objetiva.....	54
	7

3.	¿Dolo?.....	55
4.	Culpabilidad.....	59
IV.	TIPOS DE COMUNICACIÓN.....	69
A)	<i>El problema</i>	69
B)	<i>Comunicación instrumental</i>	71
C)	<i>Comunicación personal</i>	78
D)	<i>La coexistencia de los tipos de comunicación</i>	84

ABREVIATURAS

AK	Alternativ-Kommentar zum Strafgesetzbuch.
AT	Allgemeiner Teil (Parte General).
BGH	Bundesgerichtshof, Tribunal Supremo Federal de la República Federal de Alemania.
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen [sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán en asuntos penales (colección oficial)].
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht.
JR	Juristische Rundschau.
KJ	Kritische Justiz.
KritV	Kritische Viertelsjahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch.
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht.
sc.	scilicet.
StGB	Strafgesetzbuch, Código penal alemán.

StV	Strafverteidiger.
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht/ Revue Pénale Suisse/Rivista Penale Svizzera.
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

PROLOGO

La pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas.

Son muchos los que piensan que este programa de una teoría normativa del Derecho penal se expone a tres objeciones: 1) se dice que falta un punto de partida crítico hacia el sistema social; 2) se dice que falta lo ontológico o la estructura lógico-material y 3) se dice que falta el sujeto. Las tres objeciones se formulan con razón. 1) Desde la perspectiva aquí defendida, se opta expresamente por intentar comprender lo que hay antes

de pasar a la crítica. 2) Para ello, lo que se intenta comprender es la sociedad, es decir, un sistema de comunicación normativa, no el medio que la circunda, y 3) en consecuencia, lo subjetivo sólo tiene relevancia secundaria.

El breve estudio que aquí se presenta hace un balance de los esfuerzos de los últimos años dirigidos a construir la teoría antes esbozada.

Al igual que en el caso de anteriores publicaciones en España, he de mostrar mi agradecimiento a aquellas personas e instituciones sin cuyo empeño el proyecto no hubiera podido convertirse en realidad. Ante todo, mi gratitud va dirigida a la editorial Civitas y a cuantas personas han respaldado la publicación del manuscrito, de modo muy particular a mi ilustre colega de la Universidad Autónoma de Madrid, profesor Rodríguez Mourullo. La inmediata atención que el texto ha recibido en España debo agradecersele además muy especialmente a Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, también de la Universidad Autónoma de Madrid, quienes lo han traducido al castellano.

Bonn, junio de 1996.

JAKOBS

Sociedad, norma y persona
en una teoría de un Derecho penal funcional

I. CONSIDERACION PRELIMINAR

Desde la perspectiva de la que aquí se parte, el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad. Partiendo de esta concepción, no se concibe la sociedad, a diferencia de lo que creyó la filosofía —entroncada con DESCARTES— desde HOBBS a KANT, adoptando el punto de vista de la conciencia individual, como un sistema que puede componerse de sujetos que concluyen contratos, producen imperativos categóricos o se expanden de modo similar¹. Es cierto que la historia de la filosofía

¹ Sobre esto, LUHMANN, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, tomo 2, 1993 (primera edición, 1981), pp. 195 y ss., 235 y ss.; respecto de la intersubjetividad, cfr. *idem.*, *Soziologische Aufklärung*, tomo 6, 1995, pp. 169 y ss., 174 y s., 181 y s.

enseña que esta última perspectiva puede ser un objeto de discusión que sea capaz de abarcar conceptualmente durante algún tiempo los problemas existentes. Pero del mismo modo que la consciencia sigue sus propias reglas, también lo hace la comunicación. Por esta razón, la solución tampoco ha de buscarse en la postura antagonista con el punto de partida orientado sobre la base del sujeto; es decir, tampoco ha de buscarse en la tradicional doctrina europea aristotélica del Estado como conjunto, orientada en atención a la comunidad, aunque, desde luego, se pueda formular dentro de este modelo sustancia social.

La exposición más clara de la diferenciación entre sistemas sociales y psíquicos, que tiene consecuencias para el sistema jurídico, si bien con una enorme distancia con respecto al Derecho penal, se encuentra en la actualidad en la teoría de los sistemas de LUHMANN². Sin embargo, un conocimiento superficial de esta teoría permite advertir rápidamente que las presentes consideraciones no son en absoluto consecuentes con dicha teoría, y ello ni tan siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales³.

² Cfr. últimamente, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993.

³ Cfr. especialmente *infra* II.C.2 y IV.

II. FUNDAMENTOS

A) EL DERECHO PENAL COMO PARTE DE LA SOCIEDAD

Son funciones las prestaciones que —solas o junto con otras— mantienen un sistema⁴. En lo que se refiere a las prestaciones, interesan aquí aquellas del conjunto del Derecho penal, y, dicho expresamente, no sólo la pena. Tomada de modo aislada, la pena no es más que un mal, y si se mira la secuencia externa de hecho y pena, se produce, según la conocida expresión de HEGEL, la irracional secuencia de dos males⁵. Sólo sobre la base de una comprensión

⁴ LUHMANN, en RITTER *et al.* (a cargo de la edición), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, tomo 2, 1972, función IV: «Prestaciones desde el punto de vista de su aportación al mantenimiento de un sistema social».

⁵ *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), edición Glockner, tomo 7, reimpresión de 1952, § 99 anotación.

comunicativa del delito entendido como afirmación que contradice la norma y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse una relación ineludible entre ambas, y en ese sentido, una relación racional, y todo ello bajo condiciones de las que aquí habrá que hablar.

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 social. El delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya. Dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo. En esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. Ciertamente, puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características, como, por ejemplo, la esperanza de que se mantenga o solidifique la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias: significa una autocomprobación.

Por ello los estudios empíricos sobre la prevención general positiva ⁶ han de dar necesariamente la im-

⁶ DÖLLING, ZStW, 102, pp. 1 y ss., 9 y ss., con referencias;

presión de estar algo descolocados. Pues afectan al entorno, es decir, a las consecuencias de psicología individual o social, pero no al núcleo de la teoría: el Derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma. Y esto significa, al mismo tiempo, que con ello se representa la identidad no modificada de la sociedad. En este proceso en el plano empírico únicamente se pueden aprehender el delito, el proceso y su relación, pero, desde luego, no puede aprehenderse empíricamente el fenómeno de la confirmación de la identidad⁷; pues ésta no es una consecuencia del proceso, sino su significado.

Ahora bien, esta autosuficiencia del sistema jurídico es una cosa, y otra cuestión distinta es «qué problema del sistema social se resuelve mediante la génesis diferenciada de normas específicamente jurídicas y, en definitiva, mediante la génesis diferenciada de un

últimamente BAURMANN, GA, 1994, pp. 363 y ss.; respecto de la situación en supuestos de «*non liquet*» KUHLEN, GA, 1994, pp. 347 y ss., 365 y s.

⁷ Acertadamente, PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 228: «más bien aseguramiento simbólico que... prevención manifiesta». En principio, cabe comprobar empíricamente si se comprenden afirmación y contestación (p. 231); pero la configuración de motivación futura (¿fidelidad o no al ordenamiento jurídico?) forma parte del mero entorno de la teoría. Cfr. también BARATTA, en HAFT *et al.* (a cargo de la edición), *Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 393 y ss., 412.

sistema jurídico en especial»⁸. El funcionalismo afirma que lo que ha de ser resuelto es siempre un problema del sistema social; y ello da lugar a que sea objeto de crítica en un doble sentido: por un lado, desde la perspectiva de las teorías puras de la justicia, y, por otro, por la exclusiva referencia funcional al sistema social. Para completar el panorama, añado la afirmación de que para el desarrollo de reglas jurídicas, es decir, para el trabajo dogmático, la prestación externa del sistema jurídico debe ser tomada como presupuesto desde la perspectiva interna del sistema jurídico, si se quiere obtener conclusiones que no sean meramente casuales. Todas las instituciones dogmáticas dignas de mención en el Derecho penal moderno, desde la imputación objetiva hasta el concepto normativo de culpabilidad, desde la posibilidad de excluir la responsabilidad en caso de desconocimiento de la norma hasta la posibilidad de fundamentar la responsabilidad por injerencia, etc., no podrían haberse desarrollado desde una perspectiva puramente interna al sistema jurídico que no tuviera en cuenta la función de la normatividad jurídica. Con esto no quiero afirmar que esta perspectiva se tuviera en cuenta de modo consciente, sino que, más bien, es posible que lo funcional se haya presentado como «justo». En lo que se refiere a la determinación del comportamiento objetivamente imputable, esto es palmario: la perspectiva exclusivamente interna demuestra que la realización del tipo y la adecuación

⁸ LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, p. 124.

social, en contra de lo que se sostiene en el marco de la teoría interna, no se excluyen mutuamente. Resulta evidente que es necesario adoptar una perspectiva más amplia para superar la colisión. Para aclarar más la cuestión, puede que baste con una referencia a la injerencia: sin un punto de vista externo, la dogmática ni pudo ni puede ir más allá del criterio —con independencia de sus diversas formulaciones— de un parecido exterior con la comisión; sin embargo, si se reconoce cuál es la función de la responsabilidad por comisión, *sc.* la de garantizar la seguridad de expectativas a pesar de la existencia de ámbitos de libertad, se llega fácilmente, con respecto a la omisión, a la idea de que el deber de evitar es la contrapartida de la asunción de un riesgo especial.

El hecho de introducir la perspectiva que aquí se ha denominado externa no es, desde luego —como muestran los ejemplos enunciados— una enorme innovación; por el contrario, aparece como externo aquello que se muestra desde una perspectiva aún poco habitual. Un último ejemplo al respecto: incluso en contra del finalismo se adujo que descansaba en una perspectiva filosófico-antropológica (siendo acertada tal observación, pero sin que ello pueda considerarse una objeción, que era la intención perseguida), y, por tanto, en una perspectiva externa en *este* sentido.

Sea como fuere, la solución de un problema social a través del Derecho penal tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema

social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad. Por lo tanto, es imposible desgajar al Derecho penal de la sociedad; el Derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva, al igual que sobre la base de otras partes de la sociedad cabe derivar conclusiones bastante fiables sobre el Derecho penal. Por ejemplo, que la pena máxima se imponga por brujería, por contar chistes sobre el *Führer* o por asesinato, caracteriza a ambos, al Derecho penal y a la sociedad.

Por consiguiente, existe una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho penal: cabe pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social⁹ del mismo modo que a la

⁹ LUHMANN (nota 8), p. 225. Incluso partiendo de esta formulación vaga, esta afirmación es discutida; por el contrario, se intenta limitar al Derecho penal —con independencia del estadio de desarrollo de la sociedad— a los «ataques dolosos cometidos con conciencia de antijuridicidad contra la integridad corporal, la vida y la libertad» (NAUCKE, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, 1985, p. 35). También se propone «responder jurídicamente a los problemas de modernización con una modernización del Derecho», lo que significa que se debe desarrollar por debajo del Derecho penal un «Derecho de intervención» (HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994, p. 23). La propuesta mencionada en primer lugar debe ser rechazada tanto por su fijación en determinados bienes, teniendo especialmente en cuenta que se trata de bienes que no están incardinados en una infraestructura (también la reformulación referida a las «expectativas que se refieren a que

el Estado discrimine los ataques dolosos violentos contra la vida, la integridad corporal, la libertad y la propiedad», KARGL, *Die Funktion des Strafrechts in rechtstheoretischer Sicht*, 1995, pp. 42 y s., no tiene en cuenta de modo suficiente la necesidad de una infraestructura de estas expectativas, especialmente partiendo de la necesidad de que sean apoyadas cognitivamente, p. 35 con nota 108), como por su psicologismo (cfr. IIIA y B 3). También debe rechazarse la segunda propuesta enunciada, al menos en lo que se refiere a la lesión de bienes esenciales por dejación de la responsabilidad por el producto, que HASSEMER toma como ejemplo. En el ámbito de la responsabilidad por el producto, al menos en lo que se refiere a la sentencia del BGH (BGHSt, 37, pp. 107 y ss.) —que es el objeto de examen principal en el estudio de HASSEMER—, no existen peligros esencialmente nuevos para un Derecho penal propio del Estado de Derecho que hagan imposible el mantenimiento del «estado de desarrollo por fin seguro de la dogmática liberal del injusto y de la culpabilidad» (con dudas al respecto, LÜDERSSEN, en *idem.*, *Abschaffen des Strafens?*, 1995, pp. 7 y ss., 11):

a) Ciertamente, constituye un defecto de la sentencia citada el hecho de que el BGH vincule a un comportamiento ajustado a Derecho deberes por injerencia y después hable de comportamiento antijurídico (sobre ello, HASSEMER, pp. 50 y ss., KUHLEN, NStZ, 1990, pp. 566 y ss.; HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der «Risikogesellschaft»*, 1993, pp. 138 y s.). Sin embargo, en el plano material, una sociedad que se entiende a sí misma como saturada con productos *necesariamente* ha de definir los productos nuevos, también aquellos cuya comercialización no sobrepase *ex ante* el riesgo permitido, como riesgos *especiales*, es decir, imponer al productor los costes derivados.

b) En lo que se refiere a la problemática de la causalidad (HASSEMER, *op. cit.*, pp. 38 y ss.), no es cierto —en contra de lo sostenido por HASSEMER, p. 42, SAMSON, StV, 1991, pp. 182 y ss., 183, PUPPE, JR, 1992, pp. 30 y ss., 31— que no quepa «excluir... con seguridad» «factores causales ajenos» «cuando no se conocen los factores causales relevantes de modo completo y

inversa el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles. Pero ello debe ser compatible con las condiciones de la evolución. Ni el sistema social ni el sistema jurídico saltan por encima de su propia sombra. Por lo tanto, por un lado, no se puede degradar al Derecho penal al papel de mero lacayo, pues es parte de la sociedad y, dicho de modo metafórico, debe tener un aspecto respetable aún a plena luz del día. Pero por otro lado, el Derecho penal tampoco puede constituirse en la base de una revolución social; pues en cuanto ya no contribuya al mantenimiento de la configuración de la sociedad (aunque, desde luego, se trate de una configuración susceptible de evolucionar), falta ya la base sobre la cual podría iniciarse con éxito una revolución.

seguro» (HASSEMER). No sólo en el ámbito farmacéutico se sabe respecto de muchas drogas que algún elemento produce una determinada consecuencia, pero de ningún modo cuál es ese elemento (cfr. al respecto, HILGENDORF, pp. 121 y ss.). Otra cuestión distinta es que los datos en la sentencia de que hablamos fuesen suficientes para llegar a un conocimiento o no; pero éste no es un problema fundamental de la responsabilidad por el producto, si bien en este ámbito —tratándose de víctimas potencialmente masivas— puede que sea especialmente fuerte la tentación de evitar una sentencia que intranquilece a la generalidad.

c) Respecto de la imputación a los miembros de un colectivo decisorio, cfr. JAKOBS, en KÜHNE (a cargo de la edición), *Festschrift Miyazawa*, 1995, pp. 419 y ss.; cfr. también RÖH, *Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht*, 1995, pp. 145 y ss.

B) PROTECCIÓN DE NORMAS

¿Por qué la confirmación de la identidad normativa que realiza el Derecho penal resuelve un problema social? Porque la constitución de la sociedad (del mismo modo que la de las personas o incluso de sujetos) tiene lugar a través de normas¹⁰. Intentaré esbozar lo dicho con algunos pocos trazos:

¹⁰ Para criticar esta postura se ha afirmado que peca de «formalismo», HIRSCH, ZStW, 106, pp. 746 y ss., 753, o que ha de ser «rellenada por decisiones», SCHÜNEMANN, GA, 1995, pp. 201 y ss., 221, y esta objeción afecta a la concepción expuesta en la medida en que es cierto que sólo puede ser aplicada en una sociedad concreta. Pero ello es así en todas las concepciones que se mueven en este nivel de abstracción. Ejemplo: que el Derecho penal es protección de bienes jurídicos —«formalismo», mientras no se determine qué es lo que es un bien jurídico en la sociedad concreta—. Dicho de modo extremo: el Derecho debe proteger lo más sagrado, es decir, aquello que «hoy y siempre, con sentimiento cada vez más intenso, une cada vez más a los espíritus» (GOETHE, *Xenien*, edición de Hamburgo, tomo 1, 5.ª edición, 1960, p. 227, núm. 136). ¿Y qué es lo que une? Ciertamente, el punto de partida aquí escogido no es una garantía de que las normas en cuestión sean normas jurídicas en sentido enfático; lo que es su punto de mira es comprender la normatividad en sí. El ulterior reproche de que al asesino «... no se le castiga en primer lugar por rebelarse contra la norma del § 211 StGB, sino por destruir una vida humana» (HIRSCH, *loc. cit.*), evidentemente no tiene en cuenta que el «destruir una vida humana» *per se* no es más que un mero hecho natural; tan sólo la presencia de una norma —con independencia de cómo ésta esté fundamentada— convierte al sistema psicofísico «ser humano» en un ser humano que no debe ser matado sin razón.

La sociedad es la construcción de un contexto de comunicación que en todo caso podría estar configurado de otro modo a como está configurado en el caso concreto (de no ser esto así, no se trataría de una construcción). Puesto que se trata de la configuración, y no de la constatación de un estado, la identidad de la sociedad se determina por medio de las reglas de la configuración, es decir, por medio de normas, y no por determinados estados o bienes (aunque, ciertamente, puede que en determinados ámbitos pueda deducirse de modo correcto a partir del reflejo de la norma, esto es, por ejemplo, a partir de bienes, la norma misma). El contexto de comunicación debe ser capaz de mantener su configuración frente a modelos divergentes, si se quiere evitar que toda divergencia se tome como comienzo de una evolución ¹¹, e incluso en este caso han de asegurarse los requisitos de la evolución, pues de lo contrario no podría distinguirse lo que es evolución de lo que es casual.

Una parte de las normas de las que aquí se trata viene dada por el mundo racional, dentro del cual se produce en la era moderna la comunicación que es de común entendimiento, y que no necesita de una

¹¹ Cfr. GÜNTHER, KJ, 1994, pp. 135 y ss., 146. Puede ponerse en duda que la calificación moral del autor como «malo» encubre la existencia de alternativas a la pena (p. 153), ya que hoy en día —¿casi?— todas las normas morales son contingentes, al menos en mayor medida contingentes que las normas jurídico-penales fundamentales.

estabilización especial¹²: esta parte de las normas se encuentra asegurada de modo suficiente por vía cognitiva; quien no la acepte, puede que sea comprendido en algunas sociedades parciales, pero sólo allí.

Por decirlo con un ejemplo: quien no viva sobre la base de una imagen del mundo más o menos acertada desde el punto de vista de las ciencias naturales, pronto pierde en una sociedad moderna de corte occidental todas aquellas oportunidades que se estiman ventajosas; dicho de modo más concreto: las casas cuyos cálculos de estática son incorrectos se derrumban pronto, y quien ofrece brujería para que llueva, encontrará, en todo caso, seguidores en los márgenes de la sociedad moderna.

Otra parte de las normas constitutivas de la sociedad carece por completo de tal fuerza genuina para autoestabilizarse; concretamente, todas aquellas normas que conforme a la concepción de la sociedad no pueden representarse como dadas previamente, es decir, que no pueden representarse como leyes naturales, y en el momento actual tampoco como leyes reveladas, sino sólo como normas hechas, aunque hechas por buenas razones. Mientras que las normas del primer tipo conforman una base de comporta-

¹² Respecto del texto que sigue, JAKOBS, ZStW, 101, pp. 516 y ss.; *idem.*, *Das Schuldprinzip*, 1993, pp. 8 y ss., 12 y ss., 23 y ss.; cfr. también MEDER, *Schuld, Zufall, Risiko*, 1993, pp. 121 y ss., 127 y ss.

miento obligada para todo aquél al que le resultan accesibles —y quien no tiene acceso a ellas es socialmente incompetente—, sobre las normas del segundo tipo cabe disponer subjetivamente, al menos en el caso concreto. Refiriéndome al último ejemplo: nadie puede querer seriamente comenzar la construcción de una casa por el primer piso, pero desde luego que se puede desear e incluso realizar una construcción en un lugar prohibido por el Derecho urbanístico. Esto puede resumirse con la siguiente fórmula: una voluntad defectuosa basada en un conocimiento defectuoso es señal de incompetencia y conlleva en mayor o menor medida una *poena naturalis*, mientras que el defecto volitivo aislado no hace temer *per se* consecuencias negativas derivadas del comportamiento.

Precisamente a causa de la evidente contingencia de estas normas, es decir, a causa de —*sit venia verbo*— la indemostrabilidad de la voluntad correcta en relación con las normas jurídicas, y también morales, su vigencia ha de garantizarse de otro modo, precisamente a través de una sanción. En el caso de las normas jurídico-penales, por tanto, a través de una pena impuesta en un procedimiento formal. Desde el final del Derecho natural, la pena ya no se impone a sujetos irracionales, sino a sujetos refractarios. La sanción contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma: éste afirma la no-vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante.

C) SOCIALIDAD VERSUS SUBJETIVIDAD

1. *Subjetividad mediada por lo social*

Una objeción muy común es que con lo antes dicho el funcionalismo se quita la máscara, mostrando su verdadera faz: se dice que pretende estabilizar la sociedad, sin aludir para nada al sujeto libre¹³; se dice que pretende estabilizar normas, sin determinar si son normas que hacen posible la libertad o normas que aterrorizan. En lo que se refiere a la primera crítica, es correcta a medias: es cierto que desde la perspectiva funcional, de lo que se trata es del mantenimiento de un sistema que ha generado por diferenciación un sistema jurídico. Pero la segunda mitad de la objeción, la afirmación de que de este modo se pasa por alto al sujeto libre, no tiene nada que ver con la cuestión: éste 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. Ciertamente, si el sujeto libre de hecho no aparece en la comunicación, efectivamente, carecerá de toda

¹³ ALBRECHT, StV, 1994, pp. 265 y ss., 266; STÜBINGER, KJ, 1993, pp. 33 y ss., 34 y s.: se afirma que se trata de una «contribución al mantenimiento del sistema», que no se «justifica» a su vez; KAHLO, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1990, p. 206: se «degrada violentamente» al individuo «a ser una rueda en un contexto funcional superior».

Contra la utilización peyorativa del concepto de funcionalismo acertadamente HILGENDORF (nota 9), pp. 45 y ss.

importancia; pero también puede suceder que se convierta en el objeto central de la comunicación, y entonces será el elemento dominante, por encima de todo lo demás. (Por lo tanto, el punto de partida funcional no desplaza nada, sino que es neutral.)

En contra de esto cabe objetar a su vez que un sujeto libre *cuasi* por gracia de la sociedad es demasiado poco, que éste no debe ser fundamentado de modo derivativo, sino que debe constituir el principio y el objetivo, es decir, que debe ser necesariamente el contenido principal en la empresa «Derecho penal».

Si se quisiera entender esta objeción en sentido empírico, es evidente que estaría equivocada. Si el debate sobre el comunitarismo ha aportado alguna cosa, es la convicción de que la subjetividad concreta siempre se desarrolla en una socialidad¹⁴, y no en un Kaspar Hauser*, y se ha dicho acertadamente que esta constatación es «relativamente trivial»¹⁵. Por ejemplo, MEAD realizó hace tiempo investigaciones

¹⁴ Exhaustivamente, FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, 1994, pp. 20 y ss.

* El autor alude al misterioso caso del niño Kaspar Hauser, quien apareció a principios del siglo pasado en el sur de Alemania con muestras evidentes de no haber tenido socialización alguna, pareciendo que había vivido durante toda su existencia encerrado. Acerca del joven —del que se ocupó el famoso penalista Feuerbach— y de su origen se tejieron numerosas leyendas. Murió en circunstancias sospechosas (nota de los traductores).

¹⁵ SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, 1994, p. 190.

precisas al respecto¹⁶, e incluso ROUSSEAU en el segundo *Discours*¹⁷ se refiere ya a un estado inicial en el que sólo existe sociedad en la forma desmedrada de un uso instrumental recíproco y ocasional, describiendo ROUSSEAU a los seres humanos que así actúan como salvajes en sus bosques, que carecen de identidad, es decir, que están muy alejados de un estado que haga posible la autoreferencia o incluso una autoreferencia libre. La subjetividad se genera en un proceso mediado por lo social¹⁸.

A pesar de toda su trivialidad, la constatación empírica nos enseña algo: es erróneo contraponer las condiciones de constitución de la subjetividad a las condiciones de constitución de la socialidad en el sentido de «aquí libertad» *versus* «aquí colectivismo».

¹⁶ *Geist, Identität und Gesellschaft*, 3.^a edición, 1978 (*Mind, Self and Society*, 1934), pp. 177 y ss.; sobre ello, E. DÜSSING, *Intersubjektivität und Selbstbewußtsein*, 1986, pp. 41 y ss.

¹⁷ *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1755, cita según WEIGEND (a cargo de la edición), ROUSSEAU, *Schriften zur Kulturkritik*, 1971, pp. 143 y ss.

¹⁸ También HOBBS es consciente de lo que hay de heurístico en su suposición de que los seres humanos salieron del suelo como setas; *De Cive (Opera Philosophica quae Latine scripsit)*, editado por MOLESWORTH, tomo 2, reimpresión 1961), p. 249 (capítulo 8.º). ¿Cómo si no podría ser la lucha intelectual —esto es, la lucha de sujetos autoconscientes— la más impetuosa [*op. cit.*, p. 163 (capítulo 1.º)]? Respecto de la importancia de la socialización previa a la formación de un Estado, cfr., por ejemplo, *idem.*, *Behemoth (English Works)*, editados por MOLESWORTH, tomo 6, reimpresión 1962), p. 227 (respecto de la ejecución de una pena de muerte en la persona del propio padre).

Sin una sociedad en funcionamiento, faltan las condiciones empíricas de la subjetividad. No se trata, desde luego, de invertir los términos; no se afirma aquí que toda sociedad en funcionamiento sea una sociedad en la que los sujetos obtienen lo que es su derecho, sino que tan sólo se afirma, aunque decididamente, que sin una sociedad en funcionamiento no hay nada más que un cúmulo casual de individuos humanos que al carecer de algo común de carácter vinculante no conocen mundo objetivo y por ello no pueden traspasar el marco de sus respectivas percepciones individuales.

Por lo tanto, quien examina, por ejemplo, si la sociedad puede o no puede asimilar una conducta desviada sin una reacción formal, y denomina a la suma de aquellos presupuestos bajo los cuales esto no resulta posible «culpabilidad»¹⁹, no comete de

¹⁹ Entre los ejemplos que he aducido para ello, probablemente ha sido el de la correlación existente entre la exculpación de autores impulsivos y las posibilidades de tratamiento médico existentes (JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, p. 11) el que más críticas ha suscitado (en primer lugar STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977, p. 32; últimamente PAPAGEORGIOU, *Schaden und Strafe*, 1994, p. 75). En esta cuestión se producen malos entendidos porque se extrae a la persona que ha de ser enjuiciada del contexto social (¡que es el que la convierte en persona!), como si existiera una medida de culpabilidad absoluta en relación con la sociedad. Pero el delito es con certeza un conflicto *social*; sin tener en cuenta la socialidad concreta en el que tiene lugar, sólo cabe hacer afirmaciones vagas sobre el delito. Cabe obtener «conocimientos crecientes acerca de las características de la dinámica de los impulsos»

ningún modo con ello un pecado contra el espíritu de la libertad, sino que formula algo que ciertamente puede que establezca también sociedades sin libertad, pero a lo que tampoco las sociedades libres pueden renunciar. Quien no da al César lo que es del César, destruye un presupuesto que es necesario para poder servir a Dios ya en el mundo terrenal; todo lo demás es romanticismo. Sin proceso de comunicación no se generan sujetos libres.

Ahora bien, con esta referencia a la fundamentación empírica del sujeto en la socialidad no se resuelve la cuestión ontológica de la relación de los sujetos con la socialidad; de hecho no es posible resolverla en este lugar. Sólo puedo intentar una actualización del arco que va desde ARISTÓTELES a HEGEL, uniendo este arco aquellas posiciones que se suelen denominar posiciones «tradicionales europeas». La dura sentencia según la cual quien no puede vivir en la

(STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 33) respecto de cualquier hecho imaginable, sin que de ello derive nada distinto, por regla general, que la competencia de la persona que administra por sí misma su ámbito de libertad; tan sólo cuando esos conocimientos abren para la sociedad la posibilidad de solucionar el conflicto por una vía distinta a la imputación (quedando excluida la explicación como desgracia, al tratarse de un móvil muy vinculado a lo cotidiano, y no pudiéndose recurrir a la castración o a una reclusión de duración suficiente nada más que en casos extremos; respecto de esto último de modo no diferenciado, STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 32), la sociedad modifica su concepto de culpabilidad. Por lo demás, no debería dejarse de tener presente que sólo esta funcionalización es la que permite la sustitución de la culpabilidad por equivalentes.

comunidad o no necesita de ella o es animal o dios²⁰, sigue manifestando *una* de las partes de la verdad: en algún ámbito el sujeto debe entrar en sociedad, para poder delimitarse y comprenderse como sujeto, pues una subjetividad aislada es tan inimaginable como otras cosas aisladas: sólo ante el trasfondo de lo comparable se muestran los perfiles. Más exactamente, sólo ante el trasfondo del sentido comunicativo aparece el sentido subjetivo. No se trata de que la sociedad, entendida como algo hecho y terminado, se anteponga al sujeto, pero también queda excluido lo contrario. Dicho de otro modo, la subjetividad no sólo es un presupuesto, sino también una consecuencia de la socialidad²¹. Sin un mundo objetivo vinculante no hay subjetividad, y viceversa.

Sin embargo, la perspectiva acabada de esbozar sigue simplificando las cosas, al tomar como mundo

²⁰ ARISTÓTELES, *Politik*, 1253.a) (cita conforme a la edición de ROLFES y BIEN, 4.ª edición, 1981, p. 5); HEGEL, *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*, edición Glockner, tomo 1, 1958, pp. 510 y s.

²¹ LUHMANN habla de la libertad como consecuencia de la moral, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, tomo 3, 1993 (primera edición, 1989), p. 439; cfr. al respecto NAVAS, en HRUSCHKA (a cargo de la edición), *Jahrbuch für Recht und Ethik*, tomo 1, 1993, pp. 293 y ss., 296.

Pero la moral tiene como presupuesto también la suposición previa de «libertad» (en el sentido de competencia de autoadministración, no de indeterminación, JAKOBS, *Schuldprinzip*, nota 12, p. 34); por lo tanto, esta afirmación es al mismo tiempo correcta y susceptible de ser invertida.

objetivo vinculante una relación social cualquiera. El pensamiento pluralista habitual en sociedades parciales procede de este modo, es decir, entiende la comunidad como privacidad. De este modo, quien es socializado en estas sociedades se convierte en alguien especial; precisamente, en un sujeto privado, que trata habitualmente con otros sujetos privados: la revelación del ámbito de lo privado se convierte en un divertimento recíproco, y el objetivo de la socialización es el «soy como soy». Hablando en términos aristotélicos, habría que referirse a la formación de grupos de animales y dioses, pues la comunidad de ARISTÓTELES es lo público, el Estado. Este ya no puede concebirse —a diferencia de lo que aún HEGEL²² intentó— como algo sagrado para el sujeto, pero esto, a su vez, tampoco significa que exista una alternativa plausible al principio de la juridicidad en el sentido de la sociedad civil. El sujeto debe alcanzar este conocimiento laboriosamente y por sí mismo; de lo contrario, la juridicidad es para él una mera coacción, convirtiéndose en animal, o es nula, y entonces actúa como dios. Quien no puede fundamentar ningún principio de comunidad pública, no es sujeto en el ámbito público, y quien sólo conoce un principio fantástico, tampoco lo es fuera del ámbito de lo fantástico.

Por lo tanto, la objeción de que el Derecho penal funcional es por definición hostil al sujeto, no es

²² *Rechtsphilosophie* (nota 5), § 258.

compatible ni con la relación teórica ni con la relación práctica que existe entre socialidad —incluyendo la socialidad constituida jurídicamente— y subjetividad, sino que, por el contrario, al tomar al sujeto de forma «abstracta», oculta la realidad de éste²³. Esta objeción probablemente derive —en el caso de algunos autores, ello incluso es del todo evidente— en una simple confusión entre la perspectiva social-funcional y un modelo social de orientación colectivista o incluso totalitaria²⁴. Sin embargo, la perspectiva funcional no está atada a un modelo social determinado. Hay sociedades liberales organizadas de modo funcional, mientras que las sociedades colectivistas organizadas de modo disfuncional se quiebran, como nos enseña la historia más reciente. Quien sólo sabe que una sociedad está organizada de modo funcional, no sabe nada acerca de su configuración concreta, es decir, no sabe nada sobre los contenidos de las comunicaciones susceptibles de ser incorporadas. Piénsese, como prueba de lo dicho, en la desconcertante multiplicidad temática ofrecida por la historia. Pero sabe una cosa, sabe que esa sociedad posee y usa de un instrumental para tratar los conflictos que se producen de forma cotidiana, como, por

²³ HEGEL (en contra de KANT), *Rechtsphilosophie* (nota 5), § 33 anotación, y en otros lugares.

²⁴ Incurrir en la confusión con algún tipo de colectivismo, por ejemplo, ROXIN, SchwZStr, 104, pp. 356 y ss., 366 y s.; *idem.*, *Strafrecht AT*, 2.ª edición, 1994, 19/31 y ss., 34; sobre la interpretación errónea en sentido totalitario: LK-HIRSCH (11.ª edición, 16.ª entrega, 1994), núm. 182.d) previo al § 32 con nota 381.

ejemplo, los delitos, de tal forma que los contrapesos desplazados vuelvan a estar en equilibrio. Desde una perspectiva funcional, sólo esa fuerza de autoconservación es la que cuenta. Sin embargo, ningún sistema puede renunciar a esa fuerza: una «crisis del *ius puniendi* público»²⁵, que, por ejemplo, condujese a una amplia retirada hacia medidas jurídico-civiles, sería una crisis no sólo del *ius puniendi*, sino también de lo público.

2. Normas jurídicas

Con esto llego a la segunda objeción: se dice que hay protección de normas también en «un Derecho penal aterrador, que reduce junto a las cifras de criminalidad también los derechos personales de libertad y el respeto a la persona»²⁶. Esto, ciertamente, es correcto: toda sociedad esclavista protege las nor-

²⁵ LÜDERSSEN, en *idem.*, *Abschaffen des Strafrechts?*, 1995, pp. 23 y ss.

LÜDERSSEN aún contempla la posibilidad de una legitimación de la pena por la «generalidad» en el sentido de «procesos de acuerdo» ocurridos en la sociedad, afirmando, sin embargo, que a esa legitimación se le superpone una imagen orientada hacia el pasado del dominio del Estado («ideología») (p. 49). Y no queda claro por qué razón ante esa situación, la solución ha de buscarse meramente en la «compensación y resocialización» (p. 71), es decir, en el Derecho civil y social, y no en la eliminación de esa comprensión deformada de la legitimación. En todo caso, una re-civilización significa la renuncia a la «generalidad», o más modestamente, a un carácter común que se toma como presupuesto: pues se tome como se tome, un daño económico privado no es nada público.

²⁶ AK-HASSEMER (1990), n.m. 254 previo al § 1.

mas de esclavización; de no ser así, no sería ella misma, sino otra. Pero la mera circunstancia de que se trata de la protección de una norma no implica que se trate de una norma *jurídica* en sentido enfático, ni siquiera implica que se pretenda mantener una determinada forma de *sociedad*. Un esclavo, en cuanto propiedad de un señor, es objeto de una relación jurídica, pero no por ello es también persona en Derecho, es decir, alguien que potencialmente tiene derechos y obligaciones. Y como mero instrumento, equivalente a un animal, no puede ser miembro de la sociedad de su señor. Puede que el señor se comunique con el esclavo de modo instrumental, pero ello no implica más sociedad que el azuzar a un caballo de carga²⁷. La sociedad no instrumental tan sólo comienza con normas que vinculan a ambas partes. Por lo tanto, en una situación en la que, por ejemplo, el propio esclavo tuviera que aceptar su condición por haber perdido un juego con reglas equitativas en el que se hubiese apostado a sí mismo —suponiendo que tal cosa pudiese ser válida y no fracasar por su autocontradicción²⁸—, se trataría de una relación

²⁷ Cuando LUHMANN afirma que no existe «exclusión de personas de la sociedad» (*Gesellschaftsstruktur*, nota 21, p. 367), ello es correcto, pero no implica que todos los seres humanos sean personas; en este sentido, acertadamente, *idem.*, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 1990, p. 34. Cfr. sobre esto también *infra* IV.B, C.

²⁸ Sobre esta cuestión, KANT, legado manuscrito, «Akademie-Ausgabe», tomo 19 (tomo 6 del legado manuscrito), 1934, p. 474 («Reflexionen zur Rechtsphilosophie» núm. 7633); MILL, *Über Freiheit (On Liberty)*, 1969 (1859), pp. 123 y s.

jurídica; pues, entonces, el esclavo, en cuanto sujeto que acepta su situación, es una persona igual al señor, teniendo que aceptar éste que el esclavo lo es en su condición de antigua persona, y no como sujeto sometido por la mera fuerza.

La formulación clásica de HEGEL, «El mandato del Derecho es por tanto: sé una persona y respeta a los demás como personas»²⁹ es perfectamente compatible con una perspectiva funcional, aunque siga siendo posible adoptar otros puntos de vista distintos. Sin embargo, queda una cuestión que no ha sido contestada: ¿Está todo ser humano incluido en ese mandato? Por regla general, un esclavo no queda incluido. El hecho de que un sistema social que hoy en día parezca mínimamente aceptable no permite tal exclusión, no es razón para asignar artificialmente una prohibición de exclusión a todas las sociedades. No describe correctamente el Derecho romano clásico o el Derecho de ambas Américas en la época colonial quien declara nulos los contratos de compraventa de un esclavo, y no describe correctamente el Derecho de la República Democrática Alemana quien afirma que los disparos contra fugitivos eran punibles dentro del sistema³⁰. Se mire como se mire, estos ordenamientos, de hecho, conocían exclusiones. Pero incluso prescindiendo de las exclusiones, queda el problema de cuáles son las

²⁹ *Rechtsphilosophie* (nota 5), § 36.

³⁰ Sobre esto, cfr. JAKOBS, GA, 1994, pp. 1 y ss., con referencias al estado de la discusión en las notas 25 y 29.

condiciones mínimas que deben cumplirse para que alguien pueda ser persona. Quien —sin que ello le sea imputable— no tiene posibilidad alguna de adquirir suficientes medios de subsistencia, difícilmente podrá respetar como persona a aquél que defiende su opulencia, sino que comenzará una lucha por el reconocimiento. Es evidente que esta cuestión, y otras muchas más que se imponen como una avalancha, no pueden ser resueltas en el plano interno del Derecho penal, y que por ello tampoco puede alinearse al Derecho penal conforme a un modelo social que el intérprete estima ideal: no se trata del Derecho penal de una sociedad deseable, sino del Derecho penal de aquella sociedad que ha generado el sistema jurídico, y toda anticipación y retardación sólo tiene sentido en aquellos casos en los que se trata de dibujar coherentemente y hasta el final aquellas líneas que realmente ya están trazadas; en esos ámbitos, eso sí, tiene tanto sentido como carecen de fuerza normativa la chapuza y la desidia.

Si realmente la sociedad está inmersa en una tendencia hacia la disminución de los derechos de libertad³¹, esta tendencia no se dará exclusivamente en el Derecho penal, y de hecho cabe imaginar ciertas crisis en las que sólo una tendencia de este tipo puede ofrecer una *ultima ratio*. La decisión acerca de si se trata de un proceso de criminalización excesivo e innecesario, o, por el contrario, de la

³¹ Como en nota 26.

necesaria defensa de lo nuclear es puramente política, pero no jurídico-penal. Ciertamente, la ciencia del Derecho penal puede evidenciar qué es lo que aportarán exactamente las nuevas regulaciones legales y qué de lo aportado ha de considerarse, conforme a la valoración establecida, como algo positivo o como algo perjudicial. Pero es impotente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar en favor de los cambios políticos de valores ³².

³² Max WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3.^a edición, 1968, pp. 146 y ss., 150.

III. CUESTIONES PARTICULARES

A) DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

Probablemente sea la expresión «protección de normas» la que sugiere que siempre se trata de funcionalismo cuando el Estado, para mantener, al menos a corto plazo, determinado *status quo* (y en este sentido, por motivos intervencionistas), dota de pena a unas normas cualesquiera, por muy mal que estén fundamentadas.) La evolución en este ámbito que recibe mayores críticas es la que discurre desde un Derecho penal que protege bienes jurídicos, especialmente bienes jurídicos de Derecho privado, descritos de forma relativamente nítida, hacia una ampliación excesiva de esos bienes hasta llegar a los delitos de peligro abstracto³³. Sobre esta cuestión

³³ Apuntando ulteriores críticas AK-HASSEMER (nota 26),

aventuraré la siguiente tesis: se identifica correctamente la línea de evolución, pero la evolución es —al menos en el momento actual— irreversible. A pesar de ello, el funcionalismo jurídico-penal está en perfectas condiciones para distinguir entre normas funcionales y normas intervencionistas.

Para la Administración estatal de una sociedad más o menos compleja nunca ha bastado el establecimiento de normas contra la lesión de bienes jurídicos (con lo que no pretende afirmarse que no sea posible describir con gran acierto muchas partes de muchas sociedades a través de la metáfora del bien jurídico ³⁴). Siempre existió la necesidad, además, de que determinadas modalidades de comportamiento, consideradas por algunos ciudadanos (es decir, desde una perspectiva descentralizada) como inocuas, fuesen fijadas de modo centralizado como peligrosas, sancionando la infracción de estas normas. Sólo que la ubicación de estos delitos de peligro abstracto estaba en el Derecho penal de orden público —así sucedía

pp. 480 y ss., previos al § 1; HASSEMER, en *Festschrift Buchala*, 1994, pp. 133 y ss., 144; *idem.*, en SIMON (a cargo de la edición), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994, pp. 259 y ss., 296 y ss., 307; *Idem.*, NStZ, 1994, pp. 553 y ss., 557 y s.; NAUCKE, KritV, 1993, pp. 135 y ss., 143 y ss.; HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, pp. 50 y ss., 70 y ss.; PRITZWITZ, StV, 1991, pp. 435 y ss.; *idem.* (nota 7), pp. 236 y ss. (respecto de la «macrodirección» y del «aseguramiento simbólico»).

³⁴ MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1994, pág. 155.

en el Código del Emperador José de Austria— en un título sobre «delitos políticos», pero no en el Derecho penal criminal. Por lo tanto, lo que se discute es si la elevación de los delitos de peligro abstracto de mera infracción contra el orden público (como mera perturbación, o al menos principalmente perturbación del orden) a delito criminal (como ataque contra la identidad social) se hizo contando con buenas razones para ello o, por el contrario, se hizo de modo intervencionista. Creo poder enunciar tres razones que en su conjunto justifican la evolución.

En primer lugar, todo bien jurídico necesita para realizar las potencialidades en él contenidas de una serie de condiciones acompañantes, y hoy en día ya no se da por supuesto que estas condiciones concurren, ni tampoco que sea un destino ineludible el que falten. Como prueba de lo dicho basta una referencia al medio ambiente en sentido ecológico. Dicho en el lenguaje de la protección de bienes: no sólo los bienes jurídicos clásicos son bienes escasos, sino que conforme al entendimiento actual lo son también sus condiciones de utilización. Por consiguiente, se protegen tanto éstas como aquéllos. Con esto, sin embargo, no se pretende sugerir que sea necesario colocar junto a bienes jurídicos «clásicos», entendidos de modo estático, ciertas condiciones accesorias, entendidas también de modo estático, como bienes adicionales³⁵. La «seguridad» del tráfico

³⁵ Esta es la tendencia de KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 277 y ss., por ejemplo, cuando describe la seguridad

rodado, el medio ambiente «intacto» y situaciones similares no son, evidentemente, estados naturales, sino son los resultados de ciertas decisiones sociales, y esto significa que quien quiera orientarse deberá fijarse en la vigencia de las normas que han configurado esas decisiones. Por lo tanto, de lo que se trata aquí, en los delitos de peligro abstracto, y ello de modo más claro que en el caso de los bienes jurídicos «clásicos», es del mantenimiento de la vigencia de la norma, y no del mantenimiento de determinados objetos (y si se acaba de decir «de modo más claro» que hablando de los bienes «clásicos», con ello se quiere significar que en realidad también el discurso del bien jurídico es un discurso metafórico sobre la vigencia de la norma). Sea como fuere, partiendo de esa situación, en todo caso no se describe adecuadamente la identidad de la sociedad hablando tan sólo de ciudadanos que acumulan bienes a su alrededor, sin nombrar al mismo tiempo aquellas condiciones sociales bajo las cuales los bienes llegan a ser buenos³⁶. El *Second Treatise* de LOCKE —a pesar de toda su influencia histórica— no es un libro del presente³⁷.

como «estado (!) en el que hay previsiones suficientes» (p. 280). En contra de esto, MÜSSIG (nota 34), pp. 201 y ss.

³⁶ STRATENWERTH, ZStW, 105, pp. 679 y ss., 694. Sobre la relación entre bien jurídico y vigencia de la norma ya WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª edición, 1969, pp. 1 y ss., 4 y s.

³⁷ Cfr. STRATENWERTH (nota 36), p. 689; SCHÜNEMANN (nota 10), p. 207.

En segundo lugar, la tendencia a la juridificación, con independencia de cuál sea su base, ya no permite, al menos en un Estado de prestaciones, que la seguridad se conciba como un mero *reflejo* de la actividad policial, sino que se convierte en un *derecho*, cuyo aseguramiento puede ser exigido al Estado³⁸. A esta elevación de rango de la seguridad le corresponde una elevación de rango de los supuestos que la afectan negativamente. Partiendo de este entendimiento, los delitos de peligro abstracto ya no sólo perturban el orden público, sino que lesionan un derecho a la seguridad, entendida ésta en el sentido antes referido, en sentido normativo. De nuevo, no se describe correctamente la identidad de la sociedad si no se refleja que se trata de infracciones de derechos.

En tercer lugar, y sobre todo, la frontera entre el comportamiento permitido o incluso deseado y el comportamiento contrario a la norma ya no es hoy en día en amplios sectores de la sociedad una frontera crecida en el tiempo, que se corresponda con una

³⁸ «Por lo común se supone que no se puede proceder de modo hostil contra nadie, a no ser que éste me haya *lesionado* ya de modo activo, y ello es plenamente correcto, si ambos se encuentran en el *estado civil-legal*. Pues al entrar éste en él, presta a aquél (a través de la autoridad, que tiene dominio sobre ambos) la necesaria seguridad» (KANT, *Zum ewigen Frieden*, Akademie-Ausgabe, tomo 8, 1923, p. 340, anotación). Pero la «autoridad» entonces tiene que tomar efectivamente las medidas necesarias: en caso de necesidad, llegando incluso hasta la penalización de comportamientos abstractamente peligrosos.

moral vivida, sino que sencillamente se la construye, se fija más o menos arbitrariamente. Esto es así en los ámbitos de la economía, tráfico, medio ambiente, etc. En este sentido, por ejemplo, en los negocios de exportación un astuto comerciante y un delincuente económico a menudo no se diferencian como antaño se diferenciaban un ciudadano y un malhechor —aunque, desde luego, esto sigue habiéndolo—, sino que, excepción hecha de la infracción del Derecho, se han vuelto similares. La exactitud de la frontera, característica que se muestra de manera más llamativa en los valores límite en el Derecho ambiental, forma parte de la identidad de la sociedad actual, puesto que ésta no sólo permite, sino que, a causa de su dependencia de la economía, necesita que se intente sacar todo beneficio posible hasta llegar al límite³⁹.

Con tal de que estas tres razones fueran tan sólo más o menos acertadas, quedaría claro que la garantía de la expectativa de no tener que tomar en cuenta ni siquiera un comportamiento que sólo de modo abstracto está referido al resultado, forma parte de los elementos de la sociedad que determinan su identidad, de modo que cabe justificar desde el punto de vista funcional las correspondientes disposiciones

³⁹ La reciente denuncia pública realizada por la organización Greenpeace contra el portavoz del consejo de administración de la sociedad Volkswagen AG, acusándole de destructor del medio ambiente, muestra el carácter arbitrario del valor límite, pero silencia el hecho de que su existencia resulta imprescindible, por lo que tiene el efecto de ocultar la realidad de las cosas.

penales. Aun limitándome a las breves consideraciones anteriores, no quiero dejar de añadir brevemente que con lo dicho no se pretende legitimar cualquier delito de peligro abstracto, y tampoco cualquier marco penal de un delito de peligro abstracto. En especial, no veo posibilidad alguna de legitimar todos los delitos enriquecidos subjetivamente que castigan casos de preparación como si fueran de consumación —el ejemplo principal lo ofrece la falsificación de documentos (§ 267 StGB)—, y lo mismo sucede con todos los delitos que pretenden proteger un ambiente favorable al Derecho, esto es, en cierto modo determinadas condiciones espirituales marco (§§ 130, 131, 140 StGB *). Estos delitos contradicen la orientación social de la comunicación entre ciudadanos libres; tampoco cabe, dicho sea de paso, convertirlos en infracciones administrativas, sino que deben ser eliminados sin más. Tuve ocasión de exponer esto ampliamente en un momento temprano en otras jornadas de penalistas⁴⁰, y por ello puedo limitarme ahora a este recordatorio.

* Los §§ 130, 131 y 140 StGB se refieren a los delitos de provocación al odio o a la violencia contra partes de la población o de injurias a una parte de la población (§ 130), representaciones enaltecedoras de la violencia e instigación al odio racial (§ 131) y recompensa o aprobación de delitos cometidos (§ 140) (nota de los traductores).

⁴⁰ JAKOBS, ZStW, 97, pp. 751 y ss., 773 y ss.

B) IMPUTACIÓN PERSONAL

1. *Persona* versus *sujeto*

El Derecho penal reacciona frente a una perturbación social; ésta no puede (precisamente, al ser una perturbación *social*) disolverse de modo adecuado en los conceptos de un sujeto aislado, de sus facultades y de una norma imaginada en términos imperativistas (como se correspondería, especialmente, con el programa de Armin KAUFMANN⁴¹). Por el contrario, hay que partir de los correspondientes conceptos sociales: de los conceptos de sujeto mediado por lo social, es decir, de la persona, del ámbito de cometidos adscrito, es decir, de la competencia, y de la norma en cuanto expectativa social institucionalizada.

Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador⁴²,

⁴¹ *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 3 y ss., 102 y ss., 160 y ss.; *idem.*, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 2 y ss., 35 y ss.; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 121 y ss.

⁴² HOBBS, *Leviathan (The English Works)*, editados por MOLESWORTH, tomo 3, reimpresión 1962), p. 148 (capítulo 16); FORST (nota 14), p. 430; LUHMANN, *Wissenschaft* (nota 27), p. 33: «Las personas son... estructuras de la autopoiesis de sistemas sociales...»; adopta una postura más mediadora, *idem.*, *Aufklärung* (nota 1), pp. 142 y ss., 153: «Las personas sirven al acoplamiento estructural de sistemas psíquicos y sociales»; GURJEWITSCH, *Das Individuum im europäischen Mittelalter*, 1994, pp. 116 y ss., 117 y s.

sino que es representación de una competencia socialmente comprensible⁴³. Toda sociedad comienza con la creación de un mundo objetivo, incluso una relación amorosa, si es sociedad. Los partícipes de esa sociedad, es decir, los individuos representados comunicativamente como relevantes, se definen entonces por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir, al menos *una* norma⁴⁴. Con ello, ya tienen un papel (aunque éste quizás sea pequeño) que representar. Pero la presente exposición no tiene que llegar tan lejos, sino que se puede anudar a las particularidades evidentes que son necesarias para el funcionamiento de contactos en alto grado anónimos; pues tales contactos han de ser organizados de modo especialmente independiente del sujeto:

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,

⁴³ Respecto del uso —no siempre uniforme— de «persona» en el lenguaje jurídico clásico, RHEINFELDER, *Das Wort «persona»*, 1928 (suplemento 77 de la «Zeitschrift für romanische Philologie»), pp. 148 y ss. (también pp. 6 y ss.).

⁴⁴ «Persona es aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de imputación»; KANT, *Metaphysik der Sitten*, Akademie-Ausgabe, tomo 6, 1914, p. 223. Como formulación de la inclusión en el ordenamiento jurídico: «El ser humano, en cuanto disfrute de ciertos derechos en la sociedad civil, es llamado una persona»; Preußisches ALR [*] I.1, § 1. O dicho de otro modo: «Es la personalidad la que contiene la capacidad jurídica»; HEGEL (nota 5), § 36.

[*] Preußisches Allgemeines Landrecht; Código Prusiano Territorial General de Federico el Grande de Prusia (nota de los traductores).

de objetivaciones que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes. Tomado de forma aislada, todo comportamiento puede ser interpretado de distintas maneras. Siendo esto así, un comportamiento actual de otro sólo puede ser interpretado en atención a su posible sentido subjetivo cuando se conoce exactamente la vida del sujeto que lo realiza⁴⁵; e, incluso cuando se fundamente de modo sólido esta interpretación, lo subjetivo en sí mismo sigue siendo inaccesible. Dicho a través de un ejemplo: todos sabemos que hay que saber algo del otro para poder confiar en él con algún fundamento; y también sabemos que no puede excluirse que nos defraude, aunque el conocimiento sea muy exhaustivo.

La situación cambia, desde luego, cuando se conoce cuál es el sistema de normas que el otro considera vinculante. Quien sabe que otro es un cristiano estricto o siempre un hedonista coherente, puede prever bastantes comportamientos de esa persona.

Ambas condiciones enunciadas para una interpretación del comportamiento con máxima referencia al sujeto (conocimiento de un gran contexto de comportamiento y conocimiento del sistema de normas determinante) necesariamente han de faltar en todos aquellos ámbitos de la sociedad que no son totales; por lo tanto, faltarán en una sociedad pluralista que

⁴⁵ LUHMANN, *Gesellschaftsstruktur und Semantik* (nota 1), p. 254; *idem.*, *Soziale Systeme*, 1984, pp. 430 y ss. (sobre el rol).

posibilita que se produzcan de modo masivo contactos anónimos o casi anónimos, haciendo posible precisamente por ello una configuración individual de la vida de cada uno.

Partiendo de esta situación, es necesario fijar de modo objetivo qué es lo que significa un comportamiento, si significa una infracción de la norma o algo inocuo. Por lo tanto, ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento. Y si se quiere que este patrón cree orden, éste no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, sino que ha de orientarse sobre la base de estándares, roles, estructuras objetivas. Dicho de otro modo, los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas. Es entre éstas donde se determina a quién le compete un curso lesivo: a un autor, a un tercero, o a la víctima, por haber infringido un deber de autoprotección o en caso de accidente (*casum sentit dominus*). En especial, tampoco la competencia para tolerar una puesta en peligro se determina conforme a preferencias subjetivas, sino sobre la base de una medida objetiva, puesto que de lo contrario no cabría organizar una sociedad compleja. Tan sólo con pisar la calle hay que tolerar el riesgo del tráfico permitido, y al fijar la residencia en una ciudad, la contaminación que allí es habitual. Aunque desde el punto de vista

subjetivo se aborrezcan ambas cosas, de ello no surge un deber para los demás en el sentido de evitar la creación de tales riesgos, pues el tolerarlos forma parte del rol del participante en el tráfico o del habitante de una ciudad.

2. *Imputación objetiva*

El hecho de que el Derecho penal moderno haya desarrollado en el marco de la teoría de la imputación objetiva una teoría de la conducta típica (riesgo permitido, principio de confianza, actuación a propio riesgo y la prohibición de regreso, respecto de la cual se desarrolla una discusión más terminológica que material) se inspira en un principio social-funcional o, al menos, se acomoda a tal principio. Por ejemplo, unos contactos sociales tan fugaces como los que se dan entre los participantes en el tráfico viario sólo se pueden organizar si se protege la confianza en que cada uno sólo responde de su conducta defectuosa y no de la posible conducta defectuosa de otro. Y una economía con una intensa división del trabajo presupone que no forma parte del rol de vendedor de un producto estándar el cuidar de que el comprador no lo utilice de forma delictiva o de cualquier otra forma lesiva. Si formulamos todo esto de forma genérica, habría que decir que las expectativas garantizadas jurídicamente sólo se ven defraudadas por una conducta objetivamente defectuosa, sin tener en cuenta aspectos individuales. Pues como estas expectativas (como todas) se dirigen a personas, es

decir, a portadores de un rol, el requisito mínimo de una defraudación es el quebrantamiento de un rol.

La imputación objetiva, al menos en lo que concierne a su vertiente penal, no tiene como finalidad, sin embargo, garantizar que alguien cumplirá positivamente su rol. El Derecho penal no puede prestar tal garantía, pues no reacciona frente al quebrantamiento de roles *especiales* (conductor, médico, arquitecto, etc.). Posteriormente, en el epígrafe sobre la culpabilidad, me ocuparé del rol *general* de ciudadano fiel al Derecho. En todo caso, el injusto sin culpabilidad es impune. La cuestión específicamente penal de la imputación objetiva reside únicamente en la limitación de las tareas y, en consecuencia, de la responsabilidad, a un ámbito delimitado.

3. *¿Dolo?*

Puesto que de lo que se trata es de personas y no de sujetos, desde la perspectiva funcional los conocimientos actuales del sujeto carecen de la importancia que le concede la dogmática tradicional, naturalista y apegada al hecho psíquico. El conocimiento es un diagnóstico psíquico e individual y no coincide ni con el ámbito ni con la medida de los distintos ámbitos de responsabilidad. Esta afirmación ha recibido ya un amplio reconocimiento en el ámbito de la conciencia de la antijuridicidad: la regulación del Derecho positivo (§ 17 StGB *) admite que se im-

* El § 17 StGB dispone lo siguiente:

«*Error de prohibición*. Si el autor desconoce en el momento

ponga la pena íntegra cuando existe un conocimiento defectuoso evitable. Y, de hecho, ésta es la solución correcta cuando el desconocimiento tiene su origen en una posición de indiferencia frente al Derecho. Sorprendentemente, esta perspectiva normativa se encuentra todavía en pañales en el ámbito de la competencia por la realización del tipo: hasta hoy en día se viene oponiendo sin conexión alguna un concepto psicologicista de dolo a un concepto normativo de culpabilidad. Esto conduce al siguiente resultado paradójico: el autor que, por indiferencia, no registra una consecuencia nociva que tiene que ver con su conducta, responde, en todo caso, por imprudencia, mientras que el autor escrupuloso que registra con cuidado todo riesgo no permitido sufre la pena del delito doloso⁴⁶. Sin embargo, lo cierto es que a éste,

de la comisión del hecho que está realizando un comportamiento antijurídico, actúa sin culpabilidad en caso de que no pudiera evitar el error. Si el autor podía evitar el error, la pena podrá ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49, párrafo 1.º» (nota de los traductores).

⁴⁶ Referencias sobre el problema en JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª edición, 1991, 8/5 ss., con nota 9; cfr. también nota 12. Desde una perspectiva distinta, PUPPE excluye los peligros no permitidos pero insignificantes como objeto de referencia del dolo (*Vorsatz und Zurechnung*, 1992, pp. 35 y ss.), lo que probablemente sea correcto, pero que sólo soluciona un aspecto: el de los especialmente escrupulosos. Para el otro aspecto, el desconocimiento debido a indiferencia, dice: «Si se normativizase también el elemento intelectual del dolo nos alejaríamos demasiado del estándar general del enjuiciamiento recíproco» (*eadem*, ZStW,

debido a su mayor cercanía con lo socialmente adecuado, le correspondería *ceteris paribus* una menor competencia por la conducta defraudante que aquél que se ha introducido ampliamente en el ámbito de lo no permitido. Un ejemplo para ilustrar lo dicho: dos obreros manipulan alquitrán en su trabajo. El primero procede con brío pero irreflexivamente, aunque con esa forma de comportarse es patente que puede ensuciar a los transeúntes. El segundo tiene más cuidado, pero no puede excluir que se mantenga un riesgo residual relevante de que se produzcan daños. Aunque se pueda dudar sobre la necesidad de que el Derecho penal intervenga para la solución social de estos sucesos, el Derecho penal vigente lo define como un caso que le interesa (§ 303, párrafo 1.º, StGB *) y, grotescamente, su atención se ve atraída precisamente por el segundo autor (§§ 15, 16, párr. 1.º StGB **). (Si no se tratara de daños, sino de un homicidio, le correspondería al autor indiferente frente al suceso una pena no superior a

103, pp. 1 y ss., 37). Pero, ¿por qué no sucede lo mismo en el ámbito del § 17 StGB?

* El § 303 StGB tipifica el delito de daños (de comisión dolosa) (nota de los traductores).

** Los §§ 15 y 16, párrafo 1.º disponen lo siguiente:

«§ 15. *Actuar doloso e imprudente*. Sólo es punible el actuar doloso, a menos que la Ley amenace expresamente de pena un actuar imprudente.»

«§ 16. *Error sobre elementos del hecho*. 1) Quien en el momento de cometer el hecho desconoce una circunstancia que forma parte del tipo legal, no actúa con dolo. Subsiste la punibilidad por comisión imprudente» (nota de los traductores).

cinco años; ¡la del escrupuloso tendría ese límite mínimo!)

Habría que establecer para el desconocimiento evitable de la realización del tipo una diferenciación equivalente a la del desconocimiento evitable de la antijuridicidad: el autor que se muestra como una persona a la que le es indiferente lo que pueda suceder, no se ve exonerado, sea total o parcialmente, por su desconocimiento; pues, de lo contrario, el sistema de normas promovería su propio desprecio. Si, por el contrario, el desconocimiento tiene su origen en un defecto de cálculo que nace de un error en la planificación de la conducta, siendo ésta por lo demás correcta, o en una confusión excusable o en una causa semejante, es posible alegar que tales causas de desconocimiento no se dirigen de forma específica contra bienes ajenos, sino que a ellas va unido el peligro de una autolesión como *poena naturalis*. Por ello es posible explicar de modo cognitivo la necesidad de evitar dichos errores y, por consiguiente, no es necesaria una reacción penal o sólo es necesaria de forma atenuada, máxime teniendo en cuenta que una conducta que se basa en un cálculo erróneo no opera como modelo a seguir. Desde la perspectiva de una consideración funcional, éste es el fundamento de la menor penalidad o falta de penalidad de las conductas imprudentes. Una idea que, como ya he dicho, se corresponde con la doctrina más extendida en el supuesto paralelo del desconocimiento de la antijuridicidad.

4. *Culpabilidad*

Con lo expuesto hasta el momento respecto de la imputación en un sistema funcional, lo que pretendo es mostrar a título de ejemplo qué es lo decisivo. Por motivos evidentes, no me es posible ofrecer en este trabajo una visión completa sobre toda la teoría de la imputación. Faltan sobre todo algunas observaciones sobre el psicologismo de la teoría tradicional de la participación y sobre la sobrevaloración naturalista de la distinción entre comisión y omisión⁴⁷. Sin embargo, añadiré algunas consideraciones sobre el concepto de culpabilidad, porque es ahí donde se adoptan las soluciones decisivas. Para ello, no pretendo repasar las numerosas explicaciones funcionales existentes sobre las diversas instituciones particulares, sino que intentaré llegar a los fundamentos:

· En el marco de una explicación funcional la distinción fundamental es: sociedad o mundo exterior. Re-

⁴⁷ Sobre la teoría de la participación, acertadamente, LESCH, ZStW, 105, pp. 271 y ss., en el ámbito de la coautoría; en contra, KÜPPER, ZStW, 105, pp. 295 y ss.

De acuerdo con lo antes expuesto sobre el dolo, es evidente que también la regulación de la accesoriedad limitada carece de consistencia desde un punto de vista funcional; extensamente y con más referencias, JAKOBS (nota 46), 22/12 y ss.

Sobre la superficialidad de la diferenciación entre comisión y omisión, JAKOBS (nota 46), 28/13 y ss. (próximamente, de modo exhaustivo, *idem.*, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996); FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 39 y ss., 51 y ss. y *passim*; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 358 y ss., 372 y ss.

firiéndolo a la comunicación, me gustaría formularlo de la siguiente manera: sentido o naturaleza. Con otras palabras, o bien el autor expresa con su hecho un sentido relevante para la comunicación o bien no llega a alcanzar el plano de lo relevante para la comunicación, manteniéndose en la naturaleza, aunque dicho autor llegue a considerar en privado que ese mundo natural tiene sentido. *Tertium non datur*. Lo que se entiende como naturaleza y lo que se entiende como sentido se determina funcionalmente. Esta es la tesis central para el concepto funcional de culpabilidad en el Derecho penal. La diferenciación no puede ser, por ello, la misma en todos los ámbitos de la sociedad. Por ejemplo, un pedagogo puede entender que el hecho de un niño tiene sentido, aunque desde el punto de vista penal el hecho esté en el campo de lo natural. Y más específicas son aún las reglas en el ámbito de la imputación a título de mérito. Desde el punto de vista que aquí interesa, el del Derecho penal, el concepto de culpabilidad es el que separa el sentido de la naturaleza. Toda sistematización previa al escalón del juicio de culpabilidad está configurada sobre la base de conceptos auxiliares cuyo cometido consiste exclusivamente en hacer más manejable el concepto de culpabilidad. Dichas categorías penales no tienen, por consiguiente, más que una función didáctica.

Ejemplificaré lo antes dicho sobre la base del concepto de injusto. El tratamiento del injusto no culpable no es una tarea genuinamente penal. Por ello el Derecho penal no puede fijar de forma con-

cluyente en qué consiste. La antiguamente intensa discusión entre un concepto de injusto causal, final y social y algún otro concepto de injusto —excluyendo aquellos sectores en los que esta discusión en realidad versaba sobre los presupuestos de la culpabilidad— no era más que una discusión sobre la didáctica de la construcción del delito o, ni siquiera eso (como, por ejemplo, la polémica sobre la necesidad de una imputación objetiva). Pues todo concepto de injusto, incluso el más completo, se ocupa sólo de la *presunción* de que existe una expresión de sentido defectuosa. Los causalistas lo presumen ya con una conducta causal que lesiona un bien jurídico, los finalistas, al menos en el delito doloso, sólo si concurre dolo, pudiendo enriquecerse ambos con elementos de la imputación objetiva. En este último caso la infracción del estándar es también un presupuesto de la presunción. Sin embargo, si no existe culpabilidad, se trata sólo aparentemente de comunicación, o sea, de una conducta con sentido. En realidad, se trataría de simple naturaleza, es decir, de las consecuencias de una enfermedad, de un error inevitable, de una necesidad absoluta o de perturbación, miedo, pánico, etc. En todo caso, de las consecuencias del ser humano como ser natural, como ser emocional y no como un participante idóneo en la comunicación que dice cosas con sentido⁴⁸. Por todo lo dicho —y para concluir con esta cuestión— es hasta cierto punto indiferente si y en qué medida deben ser ya

⁴⁸ JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*,

tomados en consideración los defectos psíquicos y físicos del autor en el momento de la imputación objetiva. Es habitual, sea dicho esto sin matizar, tener en consideración los defectos físicos, pero no los psíquicos. El fundamento de esta diferenciación podría residir en que los defectos físicos a menudo pueden ser apreciados más fácilmente que los psíquicos y, por consiguiente, la expectativa normativa se transforma con igual frecuencia antes en una expectativa cognitiva. Pero en algún momento debe adaptarse también la expectativa a los defectos psíquicos (se excluye aquí el problema de las *acciones*

1992, pp. 41 y ss.; en sentido crítico, STÜBINGER, KJ, 1994, p. 119: Los conceptos de acción y de imputación son —en contra de lo sostenido por STÜBINGER (p. 123)— inseparables y tampoco fueron separados por la generalidad de los hegelianos; cfr. a título de ejemplo, BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 18.^a edición, 1898, p. 117; resumidamente, RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, reimpresión 1967, p. 86.

También, en sentido crítico, SCHILD, GA, 1995, pp. 101 y ss.: No estoy de acuerdo con SCHILD en que para los causalistas «la acción propiamente dicha» era el hecho antijurídico y culpable, «el concepto de acción (propiamente dicho)... es el hecho penal»; cfr., por ejemplo, VON LISZT (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 5.^a edición, 1892, p. 128): «Por lo tanto, el concepto de acción se compone de dos partes: por un lado el movimiento corporal, por otro lado el resultado, uniéndose ambos mediante la relación entre causa y efecto». En sentido crítico, además, SCHÜNEMANN (nota 37), p. 220, con la observación, entendida como objeción, de que aquí se confunde el concepto de acción con el concepto de delito. ¿Interesa en Derecho penal otra cosa que no sea el delito?

liberae in causa). No tiene mayor relevancia que el cambio del tipo de expectativa se tenga en cuenta en el ámbito del injusto o posteriormente, pues para la reacción penal lo que importa únicamente es la culpabilidad, que lo abarca todo.

Con ello hemos llegado al núcleo de la cuestión: en el marco de una perspectiva funcional-social, el Derecho penal sólo garantiza una cosa: que se va a contradecir toda expresión de sentido (probada en un procedimiento propio de un Estado de Derecho) que manifieste que la norma carece de validez. Como consecuencia de esta afirmación, una expresión de sentido de contenido defectuoso es una expresión que conlleva responsabilidad. Una vez afirmada la existencia del injusto ⁴⁹, toda ausencia de culpabilidad, bien por falta de capacidad de culpabilidad, por ausencia inevitable de comprensión del injusto o por falta de exigibilidad, transforma el sentido comunicativamente relevante en algo sólo-individual, casual, y, en este sentido, en algo perteneciente al mundo de lo natural (en un mundo exterior a la comunicación).

Si se formula de nuevo esta posición con respecto a expectativas, o a normas, se llega a la siguiente conclusión: desde el punto de vista específico del Derecho penal, tan sólo existe la expectativa de que no haya culpabilidad. Esto, formulado de modo

⁴⁹ Cuando no concurre injusto, puede que se trate de una expresión de sentido intachable.

positivo, significa que existe la expectativa de una fidelidad suficiente al Derecho o, respectivamente, que sólo existe un deber de prestar una fidelidad suficiente al Derecho. Evidentemente, existe también la expectativa de que un ser humano sin capacidad de culpabilidad no mate, lesione, dañe, etc. Pero esa expectativa es propia del Derecho civil o, más bien, del Derecho administrativo o de orden público, pero no del Derecho penal, ya que su defraudación sin más no da lugar a reacción penal alguna. De lo dicho se deduce que el rol cuya observación garantiza el Derecho penal es el de ciudadano fiel al Derecho; es decir, el de la persona en Derecho.

Sin embargo, ¿se trata de un rol, de un modelo objetivo o más bien estamos hablando de subjetividad? Desde que el concepto psicológico de culpabilidad —si es que alguna vez ha existido tal concepto— fue reemplazado por el concepto normativo de culpabilidad, es un hecho indiscutible que la medida según la cual se determina la culpabilidad es una medida completamente objetiva⁵⁰, pues es absolutamente imposible que algo pueda servir de medida de sí mismo. Sin embargo, el concepto normativo de culpabilidad constituye sólo la medida, y no también (al menos de forma abierta) la persona que hay

⁵⁰ Queda claro lo poco asumido que está el carácter objetivo de este juicio cuando, por ejemplo, hay representantes del concepto normativo (!) de culpabilidad que le reprochan a la posición aquí defendida su normatividad: KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, pp. 156 y ss., 157 y ss.

que medir. Esta constitución de lo que hay que medir la lleva a cabo el concepto funcional de culpabilidad, elaborando teóricamente lo que desde siempre ha venido sucediendo en la práctica: la constitución individual del sujeto es tomada en consideración exclusivamente en aquellos ámbitos en los que no hay que temer un desbordamiento incontrolable, mientras que en los demás se contempla como un asunto particular del ciudadano el preocuparse de adquirir suficiente fidelidad al Derecho⁵¹.

Con otras palabras, la individualidad sólo opera en beneficio del sujeto, en la medida que con ello no se perturbe el efecto generalizante del Derecho, y ello porque el conflicto se puede resolver de otro modo, sin recurrir a la imputación.

Por lo tanto, con la medida de la culpabilidad no se mide un sujeto, sino una persona, precisamente la persona más general que cabe imaginar, aquélla cuyo rol consiste en respetar el Derecho. Más allá de este mínimo no hay disculpas que valgan. Sólo en la medida que ese rol no se ve cuestionado, se pueden tomar en consideración los datos ajenos al mismo. Así sucede, por ejemplo, con la posición —en principio favorable al Derecho— del portador del rol cuando existe un error sobre la norma; con la situación de necesidad que irrumpe de forma no culpable, es decir, sin enemistad frente al Derecho, en el estado de necesidad disculpante; con el exceso en la

⁵¹ Cfr. también nota 19.

legítima defensa contra un agresor, es decir, contra una persona que, por su parte, no respeta el Derecho y, por ello, no puede reclamar respeto a los demás en lo referente al exceso en la legítima defensa; con las posiciones de conciencia en principio favorables al Derecho en el caso de la exculpación del autor por convicción; y, principalmente, el rol del que respeta el Derecho no se pone generalmente en entredicho mediante una conducta carente de sentido, cuando no adquiere el significado de personalidad, igualdad y competencia, sino de enfermedad o trastorno. Los detalles ⁵² han sido tratados ampliamente en la litera-

⁵² En el mismo sentido, STRENG, NStZ, 1995, pp. 12 y ss., 161 y ss., 162, con la afirmación de que la formación del juicio de culpabilidad (en el marco del § 20 StGB) depende de «los motivos y necesidades del legislador y el aplicador del Derecho» (sin embargo, estos «motivos y necesidades» no deben ser entendidos a su vez en sentido psicologicista, sino que tienen que ser tomados como metáfora de funcionalidad social). En tanto que STRENG no quiere dar como válida la explicación de la culpabilidad como «derivada de la prevención general», porque de lo contrario se desatiende la influencia de «elementales expectativas de justicia determinadas por sentimientos», ello no es consecuente: desde una perspectiva funcional hay que entender también estos valores sólo como solidificaciones psíquico-sociales de los «motivos y necesidades del legislador y el aplicador del Derecho».

En sentido idéntico es preciso responder a la objeción de que la «capacidad de autodeterminación» tiene que ser fundamentada independientemente de la necesidad de una imputación que persigue el mantenimiento del sistema (por ejemplo, en un —para el Derecho penal— «metaplano»), porque, de lo contrario, la imputación, en la medida en que se lleve a cabo de forma abierta, no se ve aceptada (últimamente, FRISTER, *Die Struktur*

tura, incluyendo, por ejemplo, el trato privilegiado que recibe la imprudencia, por lo que no es preciso que los repita en esta ocasión ⁵³.

En conclusión: el Derecho penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación. Sus actores son personas (tanto el autor como la víctima como el juez) y sus condiciones no las estipula un sentimiento individual, sino la sociedad. La principal condición para una sociedad que es respetuosa con la libertad de actuación es la personalización de los sujetos. No trato de afirmar que deba ser así, sino que es así. El concepto funcional de culpabilidad es por necesidad descriptivo precisamente en la medida en que la sociedad se encuentre determinada. Probablemente, esta descripción neutra, esta exclusión de la utopía, es lo más chocante en la práctica de toda la teoría funcional.

des «voluntativen Schuldelements», 1993, pp. 77, 80 y *passim*, con más referencias con respecto a este argumento). Esta objeción se basa en un doble error, scil. (1) en pensar que más allá del Derecho existen sistemas de imputación que desempeñen una función (en especial, tampoco existe una imputación moral como *l'art pour l'art*) y (2) en partir de que las coacciones del sistema social son ajenas a las personas y no se pueden concebir como necesarias. Ciertamente existen sociedades desmembradas o basadas en el engaño. Pero, ¿por qué deberían ser menos aceptadas las condiciones de una sociedad que se describe y concibe a sí misma de forma abierta que representaciones de justicia cuya génesis carece de explicación?

⁵³ Referencias en JAKOBS (nota 46), 17/18 ss.; *idem.*, *Schuldprinzip* (nota 12), pp. 23 y ss.; con respecto a la imprudencia, cfr. nota 12.

IV. TIPOS DE COMUNICACION

A) EL PROBLEMA

Ciertamente lo que se describe son las condiciones de la comunicación personal. No se describe la explotación de esclavos ni el trato con extraños carentes de personalidad, sino la comunicación entre iguales. Por ello dedico el final de mi exposición al reproche de que el cuadro mostrado es demasiado tradicional y no describe de forma adecuada los problemas pendientes. Se puede ver así. La interpretación del delincuente como una persona que, como igual, expresa un sentido que tiene validez general y que se ve contradicho con la pena, está vinculada a una concepción, si bien deformada, en la que la sociedad no aparece, o no sólo, como comunicación instrumental, sino también como comunicación que reconoce. En el momento actual ya no se puede decir

con certeza que esto siga siendo así en suficiente medida.

La comunicación instrumental se puede definir de la siguiente manera: la comunicación puede servir a alguna finalidad o no, pero, en todo caso, el participante no se encuentra obligado a nada (y, por tanto, en esa comunicación tampoco es persona). Esta comunicación es comparable al trato con una máquina: la máquina no tiene derecho a ser utilizada de forma correcta. En la comunicación personal, por el contrario, el otro es algo más que el objeto de un cálculo estratégico, es un igual, una persona en Derecho (porque se le quiere, porque en la comunicación jurídica se le considera una esencia racional o incorporado al contrato social o por otra razón cualquiera —siempre tiene que existir algún tipo de razón—). Este reconocimiento como igual consiste, ciertamente, en una adscripción; pero ésta no puede fingirse de forma arbitraria: 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, en todo caso no en ese momento. Es más, aquel que recibe la condición de juridicidad sólo como una atadura externa, puede no saber responder a la cuestión de por qué los otros deben tratarle como una persona en Derecho, a no ser que se dé la respuesta de que ese trato es conveniente desde el punto de vista estratégico. Dicho de forma

breve y concisa, 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 salvajes⁵⁴. Aunque en la comunicación instrumental las personas no pueden excluir de la sociedad a otras⁵⁵, nada garantiza que en toda la eternidad todos los hombres se vayan a entender recíprocamente como personas.

El desarrollo hacia lo instrumental no puede detenerse con lamentos. Es, pues, posible que la sociedad esté variando inevitablemente su rumbo desde lo personal a lo instrumental y que la pequeña revisión funcional esbozada en páginas anteriores de principios y conceptos fundamentales del Derecho penal en una sociedad orientada personalmente presuponga, con su insistencia en la persona, demasiados elementos pertenecientes a la tradición europea.

B) COMUNICACIÓN INSTRUMENTAL

Me he referido a la diferenciación entre comunicación instrumental y personal confiando en que intuitivamente se viera como algo plausible. Propongo a continuación un esbozo de su anclaje teórico, empezando por el ámbito de la comunicación instrumental.

⁵⁴ Nota 17.

⁵⁵ Cfr. texto correspondiente a nota 27.

Partamos de un individuo particular. Si sobrevive, su psique traducirá adecuadamente (entre otras cosas) las necesidades corporales de acuerdo a un código (satisfacción/insatisfacción o equivalente). Ello le permite hacer uso del mundo exterior de manera que se eliminen estados de insatisfacción o que éstos no se produzcan. La psique de ese individuo particular ordena todo el mundo exterior de acuerdo con el código con el que ella opera, lo que significa que ordena todo de acuerdo con sus necesidades individuales. Este individuo no puede, además de esa referencia que tiene de lo que él considera todo el mundo, verse también a sí mismo; pues, entonces, tendría que existir algo que se pudiera contraponer a la psique. Sin embargo, en el modelo descrito, la psique ordena absolutamente todo. En particular, sólo sería posible una referencia de la conciencia a sí misma como reformulación del orden individual (¿se dispuso lo acertado para eludir la insatisfacción?), pero no como fundamento de la subjetividad: los sujetos no son ellos mismos ante el fondo de objetos, sino sólo ante otros sujetos. Por ejemplo, en caso de percibirse ópticamente la realidad en un rojo isocromático (junto a «claro» y «oscuro»), incluyendo los recuerdos o tipos similares de representación, el individuo no apreciaría ningún color. El color rojo, al no tener un contraste, carecería del carácter de ser una cualidad. Para el individuo particular, el mundo exterior no es más que un gigantesco cuerpo que es organizado por la psique: ésta determina los contornos; pero nada determina los suyos, porque ella,

como fundamento de la determinación, está necesariamente oculta a sus propias determinaciones.

Posiblemente, esta situación del individuo particular se mantenga cuando se encuentre con otro: el otro individuo es un mundo exterior más complejo que una piedra o una planta, pero no es *per se* algo nuevo. El individuo particular puede percibir que el otro está configurado de una forma similar, presumiendo, incluso, un sistema psíquico en el otro. Puede hacer uso de ese descubrimiento, intentando, por ejemplo, domesticar al otro, o puede iniciar una cooperación útil (como en las relaciones simbióticas). Todo ello, sin embargo, sin que se modifique el orden de acuerdo con el código individual de satisfacción e insatisfacción.

Imaginémonos que dentro de la cooperación se encuentra englobado el conocimiento de que el otro también percibe la sucesión entre el día y la noche: ¿cabría afirmar, entonces, que esa sucesión entre el día y la noche pertenece a un mundo en común y, en este sentido, objetivo? Ello se podría afirmar si el individuo particular hubiera concebido la percepción del otro como percepción de otro igual a él. Sin embargo, al interpretarse todo el mundo, incluyendo al otro y su psique, de acuerdo con el orden individual, el contenido de su conocimiento es el siguiente: un mundo exterior parcial (que aquí se designa como «otro») registra la sucesión de día y noche como de hecho ha de tenerse en cuenta, y ello ha de tenerse

presente como presupuesto de una configuración instrumental del mundo.

ROUSSEAU describió este estado y advirtió que en él no se puede alcanzar identidad subjetiva alguna ⁵⁶: «El salvaje sentía sólo sus auténticas necesidades y observaba sólo lo que creía de interés para él» ⁵⁷. Estas palabras dan a entender que el individuo particular nadaba en el remolino de sus necesidades e intereses, sin conocer su lugar. Sin embargo, ROUSSEAU exageró con respecto a las dificultades de adquirir técnicas y oportunidades de cooperación ⁵⁸: el estado descrito no tiene que caracterizarse por la ausencia de un desarrollo instrumental, incluyendo en ese desarrollo un idioma instrumental. El «salvaje» de ROUSSEAU puede no sólo recoger frutos, sino también dedicarse a la agricultura e, incluso, instalar industrias. Para llevar a cabo estas actividades, la cooperación entre individuos puede quedar configurada de forma extremadamente compleja, y el lenguaje puede adquirir una complejidad que corresponda a un imaginable lenguaje informático altamente complejo. Estos aspectos no tienen que ir necesariamente vinculados a la cualidad de sujetos de los que participan en dichas actividades.

Es más, pueden desarrollarse reglas que, tanto interna como externamente, ya no se verifiquen como

⁵⁶ Nota 17, pp. 141 y ss.

⁵⁷ Nota 17, p. 185.

⁵⁸ Nota 17, pp. 141 y ss., 183.

pertenecientes al orden psíquico individual, sino que se traten de modo estereotipado como pertenecientes a dicho orden (por ejemplo, «No se debe hacer caso omiso de los resultados de la investigación científica»). Tales reglas son normas en sentido amplio (estándares), pues se presume su carácter vinculante y si éste llegara faltar se define como «defectuoso» al que muestra la insuficiencia de la regla. Incluso pueden crearse sistemas de normas en sentido estricto: un conjunto de reglas atribuye tareas a algunos individuos, y mientras que al cumplimiento de dichas tareas se vinculan consecuencias deseables para el individuo, con el incumplimiento se vinculan consecuencias no deseadas. De esta forma nacería la pena preventiva. Sin embargo, quien sea lo suficientemente fuerte, o bien asume ese conjunto de reglas como algo útil (como en el párrafo anterior) o, por el contrario, las convierte en papel de desecho: infringe las reglas en cuanto tal infracción se adapta mejor a su constitución psíquica.

Si uno de estos individuos particulares intentara describir este mundo, se denominaría a sí mismo como un centro preferencial (una central a partir de la cual se ponen en práctica estrategias de maximización de preferencias) al lado de otros centros preferenciales, no existiendo ningún impedimento para referirse al centro preferencial propio como «yo» en el mismo sentido en el que el órgano directivo de una persona jurídica pudiera hablar de «nosotros»: al igual que la persona jurídica no adquiere auto-

consciencia con tal forma de hablar, tampoco a través de tal «yo» se convierte el centro preferencial en sujeto.

HOBBS trata a los seres humanos de esta manera al querer partir de que éstos salen del suelo como las setas⁵⁹, tienen que conservar su vida y están libres de todo condicionamiento social teniendo, por el contrario, un derecho natural a todo⁶⁰: entonces, lo que hay que hacer es encontrar la relación con el mundo circundante —es decir, con los otros centros de conservación de vida— más favorable cognitivamente para salvar la vida. Esto conduce a HOBBS al contrato social⁶¹, y puesto que mantiene éste (al contrario que en la obra de ROUSSEAU⁶²) en el mundo externo, sin variar la autodefinition del sistema psíquico⁶³, el contrato mantiene la validez sólo sobre la respectiva base individual de contratación de que

⁵⁹ Como nota 18.

⁶⁰ Nota 42, p. 117 (capítulo 14).

⁶¹ Nota 42, pp. 157 y s. (capítulo 17).

⁶² *Du Contrat Social*, 1762, pp. 23 (libro 4, capítulo 7.º, *in fine*), 45 y s. (2, 5), 155 (5, 2): «Le Citoyen consent à toutes les loix même à celles qu'on passe malgré lui, et même à celles qui le punissent quand il ose en violer quelqu'une» [*].

[*] «El ciudadano consiente en todas las leyes, incluso en aquéllas que se aprueben a su pesar, e incluso en aquéllas que le castiguen cuando ose violar alguna de ellas» (nota de los traductores, en francés en el original).

⁶³ El Estado (legítimo) determina para ROUSSEAU también la moralidad, para HOBBS sólo la legalidad: nota 42, pp. 436 y s. (capítulo 37). Respecto de esta última cuestión, C. SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, 1982, pp. 94 y s.

sea necesario para la conservación de la vida de acuerdo con las reglas generales de la razón. Es decir, deja de ser válido si la vida corre peligro ⁶⁴, y —tal y como demuestra SPINOZA ⁶⁵— no es válido para el fuerte, que no lo necesita. Las normas se promulgan en tal sistema mediante un imperativo hipotético y decaen siempre y cuando la hipótesis no (o ya no) concurre.

Sin embargo, HOBBS no parte de que encuentre los seres humanos en ese estado descrito en el que las relaciones de unos con otros son puramente instrumentales, sino que los devuelve a ese estado por razones heurísticas. Al lado de la competencia por conseguir bienes materiales, conoce como origen del *bellum omnium contra omnes* la lucha por el reconocimiento del estatus social: «Pues cada uno se fija en que su vecino le valore de la misma manera que él se valora a sí mismo y ante cualquier muestra

⁶⁴ Nota 42, p. 208 (capítulo 21). Al Estado de HOBBS no se aporta, de principio, el derecho a disponer sobre la propia vida. Como el ser humano conserva ese derecho natural, en esa medida no se convierte en persona. Se muestra especialmente evidente el carácter instrumental de la relación en el caso de la ejecución de una pena de muerte por un delito: la máquina estatal debe producir seguridad, y quien lo impide tiene que soportar como sea las consecuencias fácticamente (de acuerdo con el Derecho natural del soberano), pero no conforme al Derecho estatal. Sobre el problema con todas las referencias, DIX, *Lebensgefährdung und Verpflichtung bei Hobbes*, 1994, pp. 94 y ss.

⁶⁵ *Tractatus theologico-politicus*, edición a cargo de GAWLICK y otros, 1979, pp. 475 y s.

de desprecio o menosprecio se ve impelido por su naturaleza a... obtener una mayor estimación perjudicando a sus detractores y dando ejemplo a terceros»⁶⁶. Tal lucha presupone que ya no nos encontramos ante la actuación de centros preferenciales, sino de sujetos con autoconsciencia, pues sólo tiene valor el respeto de aquel a quien el propio respetado estima. El reconocimiento obtenido de quien se halla incondicionalmente sometido no otorga ningún estatus⁶⁷. La envidia, la rivalidad, el ansia de gloria y los demás motivos de conflicto a los que se refiere HOBBS no son imaginables en una sociedad puramente instrumental. También ROUSSEAU llegó a tal conclusión y por ello dejó a sus hombres «salvajes» «andar errando por los bosques sin desear a su igual y sin la inclinación de hacerle daño»⁶⁸.

C) COMUNICACIÓN PERSONAL

El mundo esbozado hasta este momento se mantiene en lo instrumental (salvo la excepción a la que he aludido en el párrafo anterior) y, aunque conoce centros preferenciales, no conoce sujetos y, por consiguiente, ningún sujeto interpretado socialmente; es decir, una persona. En el modelo no existe (precisa-

⁶⁶ *Leviathan* (nota 42), p. 110 (capítulo 13); traducción de EUCHNER en la edición de FETSCHER, 1984, p. 95.

⁶⁷ HEGEL, *Phänomenologie des Geistes*, edición de Glockner, tomo 2, reimpresión de 1951, pp. 148 y ss., 154 y s.

⁶⁸ Nota 17, p. 183.

mente por ello!) ni siquiera un mundo objetivo. Aunque desde el punto de vista fáctico muchas cosas serían vistas y enjuiciadas por los participantes de la misma manera (piénsese en el ejemplo antes citado del día y la noche), esa perspectiva no es más que un simple cálculo y no puede reconducirse más que a ese estado de provecho individual. Más de uno no consigue superar un mundo como ese.

Surge un nuevo mundo tan pronto como el individuo lo concibe de la siguiente manera (formulado psicológicamente): la relación con al menos otro individuo no se basa solamente en las propias preferencias, sino que se define mediante al menos una regla independiente de tales preferencias, de tal manera que el otro puede invocar esa regla. Tal regla es una norma social en sentido estricto: si se infringe, ello significa elegir una configuración del mundo de cuya toma en consideración había sido precisamente exonerado el otro.

Queda aquí fuera de consideración la cuestión de por qué se llega a tal nuevo mundo, a un mundo con expectativas normativas en sentido estricto. Lo que interesa primordialmente es lo siguiente: el individuo emprende algo que sólo tiene sentido si no se encuentra solo en el mundo. Así acepta a los otros como seres iguales a sí mismo y se ve a sí mismo (de otra manera esto sería imposible) como la «voluntad que es libre»⁶⁹, es decir, que se concibe como un

⁶⁹ HEGEL, *Rechtsphilosophie* (nota 5), §§ 4, 21.

centro que ya no se limita a la administración de las propias preferencias.

Sólo ante el perfil de otro sujeto puede comprenderse el sujeto a sí mismo, naciendo del mismo fundamento lógico que el otro; es decir, de la definición de una norma en sentido estricto que se encuentra «entre» ellos. En la mayor parte de los casos se va más allá de *una* norma, pero siempre son las normas las que constituyen la relación entre sujetos. Estas normas son el mundo objetivo; objetivo porque determinan la comunicación y lo hacen con independencia de las preferencias actuales de cada individuo.

El sujeto se concibe a sí mismo, pues, al concebir, de modo mediado por lo normativo, al otro, pero su propia autorreferencia se mantiene como algo particular: ante el otro se constituye el sujeto a través de la vinculación a la norma y necesita la propia autorreferencia del otro para que éste, a su vez, se convierta en sujeto. El mundo vinculante está siempre restringido forzosamente al alcance de la norma o normas concebidas. Los sujetos aparecen con tal limitación sólo en la socialidad (y, aunque aquí no interesa, aparecen con esa limitación también ante sí mismos), es decir, como portadores de roles o personas. Por ello la comunicación no instrumental es una comunicación personal.

Si bien la exposición que precede (IV.C) no es más que un esbozo, éste aún ha de ser precisado. La

autopercepción del sujeto mediante la aceptación de la norma se ha descrito como un hecho psíquico, pero como tal se mantiene demasiado contingente para poder construir sociedades sobre él. Esa contingencia se ve superada normativamente: no depende de cómo un individuo se comprenda a sí mismo, ni tampoco de que exista la apariencia de que se ha concebido a sí mismo como sujeto, sino de la posibilidad de ser interpretado como si la aceptación de la norma fuera su cometido. Este puede ser también el caso si a causa de una infracción evidente de la norma tiene que reaccionarse cognitivamente de forma inmediata. Por ejemplo, aunque se responda al agresor por medio de la legítima defensa no se deja de definir a éste como sujeto competente por el conflicto (y sólo por ello se limita la defensa mediante la necesidad y no mediante la proporcionalidad). Con otras palabras, 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 personas⁷⁰.

⁷⁰ LUHMANN, *Wissenschaft* (nota 27), p. 33: «Las personas son estructuras... de la autopoiesis de sistemas sociales, pero no son, a su vez, sistemas psíquicos o seres humanos completos». No se debe tomar esta afirmación como decisiva para la separación entre comunicación personal e instrumental y la relación entre ellas. El esclavo no es persona (p. 34), pero no es evidente que la comunicación quede excluida (que deba existir sólo comunicación instrumental).

En mi opinión, es exagerado contraponer *como principio* la persona constituida comunicativamente a la conciencia subjetiva.

Lo que aquí interesa es el ámbito del Derecho. El Derecho se establece para aquéllos que pueden ser caracterizados como personas en Derecho. Con una formulación psicologicista se llega a una completa exposición mediante la concentración de las afirmaciones de KANT y HEGEL sobre la persona en Derecho. KANT formuló la constitución a través de una norma: «Persona es aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de una imputación»⁷¹. HEGEL⁷² formuló la reciprocidad⁷³: «Sé una persona y respeta a los

Si «en el proceso de comunicación se decide de forma soberana» «lo que se ha alcanzado como entendimiento» (p. 26), las «irritaciones» del conocimiento dejarían a merced de la casualidad el desarrollo de dicho proceso de comunicación. Tiene que ser un alguien el que puede entender, simular entendimiento o tratar de llegar a una relación. Como solución intermedia se propone que «se socialicen los sistemas de conocimiento mediante la interpenetración con sistemas sociales» y que «los sistemas comunicativos... tengan en cuenta la propia dinámica de los seres humanos en lo que se refiere a lo mental y a lo corporal (pensando también en el conocimiento)» (*idem.*, *Aufklärung*, nota 1, pp. 37 y ss., 51 y s.). El proceso de comunicación tiene que tener, pues, en consideración el conocimiento en su unidad y complejidad ya que, en esa medida, no es «soberano».

⁷¹ *Metaphysik der Sitten* (nota 44), p. 223; al respecto, SIEP, en *idem.*, *Praktische Philosophie im Deutschen Idealismus*, 1992, pp. 81 y ss., 90 y ss.

⁷² Como nota 29.

⁷³ De acuerdo con la interpretación corriente, HEGEL, en la filosofía del Derecho, tiene en consideración precisamente la intersubjetividad sólo de forma poco desarrollada; en este sentido, en especial, THEUNISSEN, en HENRICH *et al.* (a cargo de la edición), *Hegels Philosophie des Rechts*, 1982, pp. 317 y ss., 358. Sin embargo, hay que entender implícito en cada frase de la

otros como personas». Debo omitir más particularidades, pues sólo me ocupo del principio de la comunicación personal.

Es el correspondiente complejo de normas el que constituye los criterios para definir lo que se considera una persona. En la práctica, un sujeto es siempre persona en muchos sentidos, debido a que desempeña diversos roles. La identidad subjetiva está más conseguida cuanto más clara es la línea que sigue la persona que se representa; ciertamente, una línea absolutamente recta puede ser muestra de incapacidad de evolucionar, pero las rupturas violentas evidencian hipocresía.

filosofía del Derecho «que en la generalidad de la voluntad autoconsciente, se encuentra implícita, de antemano, una relación recíproca de reconocimiento»; SIEß, *op. cit.*, pp. 255 y ss., 259; al respecto también E. DÜSING, nota 16, pp. 357 y ss. La voluntad es «general, porque en ella se ha suprimido toda limitación e individualidad particular» (nota 5, § 24); de lo contrario no se podría entender sobre todo la crítica a KANT y ROUSSEAU (nota 5, § 29). Desde luego, la relación de reconocimiento en el Derecho abstracto sólo tiene un contenido pobre (THEUNISSEN, p. 345), principalmente negativo: «no lesionar la personalidad ni lo de ahí derivado» (nota 5, § 38). Esto coincide con la perspectiva de FEUERBACH de que «los deberes originales del ciudadano consisten sólo en omisiones» (*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11.^a edición, 1832, § 24). Vid. también JAKOBS, en HAFT y otros (a cargo de la edición), *Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 459 y ss., 460 con nota 8.

D) LA COEXISTENCIA DE LOS TIPOS DE COMUNICACIÓN

Sería desacertado entender con esta diferenciación entre la comunicación personal y la instrumental que una sociedad siempre tiene que decidirse por lo personal. Ciertos contactos sociales pueden ser sólo necesarios sectorialmente como sustitutos de trabajos mecánicos: en esa medida puede que la comunicación sea no personal. Por ejemplo, el que una llamada matinal para despertar al cliente de un hotel se realice por el recepcionista o mediante un sistema automático puede ser indiferente para ambas partes. Sin embargo, probablemente no sólo tales nimiedades, sino también grandes partes de la comunicación económica, en general de la comunicación cotidiana y más cosas se desarrollan de modo instrumental.

También sería desacertado querer estipular una diferencia moral entre los tipos de comunicación. La comunicación instrumental permite sólo una moral de imperativos hipotéticos⁷⁴, pero sectorialmente esto puede ser suficiente para todos los fines imaginables.

Lo decisivo no es determinar un predominio de uno de ambos tipos de comunicación, sino que ambos tipos sean separados limpiamente, incluso aunque en la vida cotidiana se entrelacen estrecha-

⁷⁴ Cfr. *supra* IV.B.

mente⁷⁵; pues sólo en el ámbito personal existen expectativas normativas en sentido estricto y sólo ahí se encuentra excluida la vinculación a informaciones mecánicas y por informaciones mecánicas.

⁷⁵ Incluso quien no sólo comparte la despedida realizada por LUHMANN del pensamiento comunitario hacia el reino de la mitología (*Soziale Systeme*, pp. 298 y ss.; *idem.*, *Gesellschaftsstruktur* (nota 1), pp. 195 y ss., 224 y ss.; FUCHS, *Die Erreichbarkeit der Gesellschaft*, 1992, pp. 185 y ss. y *passim*), sino también acepta la tesis de que la sociedad no puede estar construida a partir de sujetos o establecida «entre» sujetos (FUCHS, p. 209), no ha fundamentado con ello que exista sólo un tipo homogéneo de comunicación, es decir, de sociedad.