SOBRE LA INFLUENCIA DEL FUNCIONALISMO Y LA TEORÍA DE SISTEMAS EN LAS ACTUALES CONCEPCIONES DE LA PENA Y DEL CONCEPTO DE DELITO*

Enrique Peñaranda Ramos
Universidad Autónoma de Madrid

I

1 En una primera aproximación, el tema de esta ponencia se presta a la dificultad de determinar qué cabe denominar como funcionalismo en derecho penal y en qué se caracterizan y distinguen las concepciones funcionalistas del Derecho penal de aquellas otras que no muestren tal carácter. *Silva Sánchez* identifica por ejemplo tales concepciones con aquellas orientaciones de la dogmática jurídico-penal que intentan construir las categorías del sistema a partir de los fines del Derecho penal. Las concepciones «funcionalistas» así entendidas no constituirían pues un fenómeno de moda, sino que se remontarían al menos hasta la irrupción de las sistemáticas teleológicas inspiradas en el neokantismo. Funcionalismo equivaldría así a orientación a fines (sociales) y se opone básicamente a las dogmáticas ontologicistas y, en particular, a la concepción de Welzel y su Escuela. Bajo esta perspectiva es desde luego funcionalista Jakobs, pero también lo son destacadamente, entre otros, Roxin y sus numerosos seguidores[1].

---

* Ponencia presentada en el Seminario celebrado en León los días 8 y 9 de junio de 2000.

[1] Cfr. en este sentido J. Mª SILVA SÁNCHEZ, *Introducción a* B. SCHUNEMANN (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50°aniversario,* Madrid, 1991, pp. 19 s. Según Silva Sánchez, las diferencias entre Roxin y Jakobs no residen tanto en el método, en todo caso teleológico o funcional, como en las concretas premisas político-criminales que cada uno de ellos toma como referencia: así la concepción fuincionalista «moderada» del primero se caracterizaría por uua consideración más global de esas finalidades político-criminales, que no se reducen a los fines de la pena, la orientación «radical» del segundo se distinguiría en cambio por una (excesivamente) categórica vinculación a la fuinción de prevención general positiva atribuida a la pena. Vid. también J.MS SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* Barcelona, 1992, pp. 67 ss. T.S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal,* 1996, pp. 434 s., señala críticamente que «la eclosón del funcionalismo en la dogmática penal ha provocado un fervor reconstructivo según el cual casi cualquier cosa puede resultar un precedente del funcionalismo». Este autor, por su parte, realiza una distinción, análoga a la de Silva, entre

Uno de estos seguidores de Roxin, *Schünemann,* sitúa aún más lejos el origen de las corrientes funcionalistas en Derecho penal: éste se hallaría ya en el pensamiento penal de la Ilustración que, al reconstruir el Derecho penal como medio para la evitación de daños sociales, vendría a asentarlo sobre una base funcionalista. Concebido de este modo, el funcionalismo abarcaría prácticamente todo el espectro de la doctrina penal actual, desde el «funcionalismo normativista» de Jakobs hasta la Escuela (jurídico-penal) de Frankfurt (a la que Schünemann provocativamente sitúa bajo la denominación de «funcionalismo individualista»), quizá con la sola excepción de aquellos autores que como Wolff, Köhler o Zaczyk fundan su entendimiento del Derecho penal en la filosofía del sujeto y del Derecho del idealismo alemán[2]. En una línea similar, *Neumann* ha designado como concepción funcional del Derecho penal aquella que orienta el empleo de sus instrumentos característicos al cumplimiento de fines o a la producción de consecuencias sociales, mientras que sería normativa aquella otra concepción que basa el Derecho penal no en consideraciones de utilidad social, sino en criterios o principios de justicia[3]. A la vista de todo lo anterior no es extraño que, precisamente en un coloquio dedicado a analizar la oposición en el ámbito del Derecho penal entre funcionalismo y el pensamiento basado en principios de la vieja tradición europea, *Lüderssen* pusiera de manifiesto las perplejidades que suscita la aplicación del concepto de funcionalismo en el ámbito del Derecho penal[4].

«funcionalismo teleológico» (que ejemplifica en la posición de Roxin) y «funcionalismo estratégico» (del que sería su mejor ejemplo Jakobs): cfr. ibidem, pp. 437 ss. La diferencia entre ambos estriba, según Vives, en una cuestión de coherencia: «el funcionalismo teleológico es "moderado" porque no acaba des ser funcionalismo» (p. 449). Pero tampoco parece ser del todo funcionalista el «funcionalismo estratégico» de Jakobs: «El Tratado de Jakobs es un Tratado de Derecho Penal –advierte Vives– porque desarrolla no una idea, sino dos: la idea de sistema de Luhmanny la idea de injusto personal de Welzel» (p. 450). No considero correcta la caracterización del funcionalismo de Jakobs como «estratégico», desde el momento en que la atribución de culpabilidad entraña en él (como en el propio Vives: vid. *ibidem*, p. 487) una actitud participativa o dialógica, en el sentido de Strawson, frente al infractor, esto es, su trato como persona y no como objeto de un simple cálculo estratégico (vid. infra al final de este trabajo).

[2] B. SCHUNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la Ciencia jurídico-penal alemana,* trad. de M. Cancio Meliá, ADPCP 1996, pp. 205 ss.

[3] U. NEUMANN, *Vom normativem zum funktionalen Strafrechtsverstandnis,* en H. JUNG/H. M0LLERDIETZ/U. NEUMANN (eds.), *Perspektiven der Strafrechtsentwicklung,* 1994, p. 57.

[4] Cfr. K. LUDERSSEN, *Das Strafrechtzwischem Funktionalismus und «alteuropaischem» Prinzipiendenken.Oder Verabschiedung des «álteuropaischen» Strafrechts?,* ZStW 107 (1995), pp. 887 ss.

Con mucha más claridad de la que se acostumbra, *Jakobs* ha calificado su propia concepción como funcionalista porque en ella la prestación del Derecho consiste en garantizar la identidad normativa, la constitución misma de la sociedad[5]. En esta línea se encuentra el criterio que sirve de base a esta ponencia: únicamente serán aquí consideradas aquellas concepciones que parten explícitamente de una visión de la sociedad como un conjunto o sistema de elementos en equilibrio y que asignan dentro de ella al Derecho (penal) la función de contribuir al mantenimiento o a la reproducción de dicho orden[6]. Paradigmática en este sentido es la concepción de Jakobs que constituye el intento más radical y acabado hasta ahora de construir la teoría de la pena y del delito en términos de funcionalidad para el mantenimiento del sistema social. Puesto que en ella se ilustran por tanto del modo más pleno las posibilidades y los límites de una construcción semejante la teoría de Jakobs sobre el Derecho penal constituirá el centro de esta exposición.

2. Antes de entrar en ello, conviene recordar otras propuestas más o menos similares, a fin de destacar en qué consiste la singularidad del pensamiento de aquel autor. De entre estos otros intentos de incorporar al Derecho penal una consideración sociológica de corte funcionalista merecen ser mencionados, ante todo, aquellos planteamientos, como los de Calliess y Amelung, que, basándose expresamente en algunas aportaciones de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann, relacionan delito y perturbación del funcionamiento del sistema social, a través de los conceptos de lesión de bienes jurídicos y de dañosidad social[7]. Sobre esta base *Amelung* intentó establecer, en efecto, una teoría de la dañosidad social para el Derecho penal, según la cual, «socialmente dañoso es, en este sentido, un fenómeno disfuncional, esto es, un fenómeno social que impide o dificulta que el sistema social de la sociedad resuelva los problemas relativos a su subsisten-

---

[5] G. JAKOBS *Das Strafrecht zwischem Funktionalismus und «alteuropaischem» Prinzipiendenken.-Oder Verabschiedung des «aiteuropaischen» Strafrechts?,* ZStW 107 (1995), pp. 843 ss. (hay traducción española de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez con el titulo *Sociedad, normay persona en una teoría del Derecho penalfuncional,* Madrid, 1996, pp. 15 ss.). En adelante se cita por esta traducción.

[6] Vid. en este sentido M. ATIENZA, *Introducción al Derecho,* Barcelona, 1985, pp. 59 ss.

[7] Acerca de estas cuestiones cfr. también últimamente W. KARGL, *Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes juridicos, daño y pena,* traducción de R. Ragués i Valles, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), *La insostenible situación del Derecho Penal* (edición española a cargo del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra), Granada, 2000, pp.49 ss. Kargl se remite para ello también «a los análisis de sociología julıdica de LUHMANN, pero conservan(do), en oposición a este autor, un punto de vista normativo» (ibidem, p. 58, n. 52), por el que entiende un enfoque crítico (referido las necesidades de desarrollo personal de los individuos y dotado por tanto de un fundamento moral) de la teoría de la estabilización social por él propuesta (pp. 54 ss. y 59)

cia», y «el delito un caso especial de los fenómenos disfuncionales», cuya disfuncionalidad deriva de consistir en la «contradicción de una norma institucionalizada ... que resulta necesaria para resolver los problemas de subsistencia de la sociedad». «La función del Derecho penal» habría de ser, en consecuencia, «reaccionar frente a ello como un mecanismo de control social»[8]. *Calliess*, por su parte, considera que el Derecho penal no protege, como venía sosteniendo la doctrina tradicional del bien jurídico, valores o bienes cuasi cosificados (Substanzialien), ni derechos o intereses concretos de los individuos, sino más bien la seguridad general de las expectativas[9].

En ambos autores es pues decisiva para la determinación de la punibilidad de una conducta su «dañosidad social», entendida como capacidad para generar desorganización social, así como la consideración de la prestación funcional que la sanción penal despliega para el mantenimiento de las condiciones de existencia del sistema social[10]. Común a ambos es también que este planteamiento se completa y concreta con la referencia a un orden social y un sistema jurídico determinado: el correspondiente al Estado social y democrático del Derecho consagrado en la Constitución alemana. Hay algunas diferencias sin embargo. En el caso de Calliess, al análisis de la función del Derecho basado en planteamientos propios de la teoría de sistemas se superpone, para el sistema correspondiente a dicho modelo de Estado, una concepción dialógica del Derecho, que viene a modificar el propio concepto de dañosidad social y el contenido de los bienes jurídicos. Estos pasan así a configurarse como posibilidades de participación en los sistemas sociales (Partizipalien) y la estructura social misma se define como una red de distribución de tales posibilidades[11]. Un planteamiento funcionalista similar, desarrollado precisamente a partir del de Calliess, sostiene en España Mir Puig[12]. En el caso de Amelung, las referencias a la legitimación

---

[8] K. AMELUNG, *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft,* 1972, p.361 y passim.

[9] Cfr. R.P. CALLESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion,* 1974, pp. 135 ss (especialmente p. 143) y *passim.*

[10] K. AMELUNG (nota 8), p. 388; y R. P. CALLESS (nota 9), p. 153.

[11] R.P CALLIESS (nota 9), pp. 133 ss., 143 ss. En esta línea se mueve igual mente la propuesta de W. KARGL (nota 7), passim.

[12] Conforme a la terminología que él mismo propone la concepción de Mir Puig se enmarcaría dentro de un funcionalismo valorativo (que incluye una perspectiva crítica sobre el sistema) y no puramente normativo como el de Jakobs: «El Derecho penal ha de entenderse como instrumento funcional de configuración social, pero al servicio, a su vez, de los valores propios de la sociedad y del modelo de Estado en que se inscribe. Si estos valores son rechazables, lo será también el Derecho penal en que se manifieste. Nuestra sociedad admite los valores de un Estado social y democrático de Derecho, tal y como se consagra en la Constitución ... La teoría del Derecho penal debe tratar de explicar sus funciones a partir de tales valores» (S. MIR PUIG, *Recensión a la obra de G. Jakobs: Sociedad, norma y persona en una teoría*

a través de la Constitución de la República Federal alemana, obligan a respetar en la solución de los problemas de subsistencia del sistema ciertos límites liberales, básicamente derivados del valor que en este tipo de sociedad se ha de conceder a la dignidad de la persona, pero nada de ello produce una reformulación del concepto de bien jurídico: dañosidad social, en cuanto perturbación de las condiciones de subsistencia del sistema, y afectación de un bien jurídico, en cuanto frustración del concreto fin de protección de la norma, son así exigencias distintas, aunque, complementarias en el análisis de la fundamentación del castigo de un determinado comportamiento[13].

También la concepción de *Hassemer* tuvo como punto de partida un estudio dedicado al análisis del concepto de bien jurídico y se ha ido transformando con el correr del tiempo en una concepción más general fuertemente influída por teorías sociológicas del control social[14] al estilo de las propuestas en los EEUU por autores como George Herbert Mead y John Dewey[15]. Para Hassemer, el control social es «una condición básica irrenunciable de la vida social. Con él asegura todo grupo, cualquier sociedad, las normas, las expectativas de conducta sin las que no podría continuar existiendo como grupo o sociedad ... No hay alternativas al control social ... Sí hay sin embargo diversas alternativas a las concretas formas de control social» que se diferencian ante todo por su grado de formalización. El sistema jurídico-penal forma parte de ese control social y se caracteriza por ser un sector del mismo dotado de un elevado grado de formalización y por su particular intensidad[16]. Dentro de la literatura española mantiene un punto de vista muy próximo al de Hassemer *Muñoz Conde*[17].

---

de un derecho penalfuncional, en RDPC, 2ª época, nº 2 (1998), pp.447 s.). Para una valoración de la influencia del funcionalismo en el pensamiento de este autor vid. también S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método,* Barcelona, 1976S pp.36 ss.S 88 ss. y 124 ss. (especialmente 134 ss.); e IDEM, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho,* 2ª edición, 1982S pp. 41 s., con expresa referencia a Amelung y Calliess.

[13] Cfr. K. AMELUNG (nota 8), pp. 388 ss., 393 ss. y passim.

[14] Una aproximación a este planteamiento puede encontrarse ya en W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens,* 1973, pp. 130 ss., 196 ss. y 232.

[15] Cfr. al respecto J.C. MULLER-TUCKFELD, *Integrationsprävenhon. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, 1998, pp. 69 ss. Vid. también IDEM, *Strafrecht und die Produktion von anerkennung, Hypothesen zur normativen Integration durch Strafrecht und deren Theorisierung,* en K.-D. BUSSMANN/R KREISSL (eds.), *Kritische Kriminologie in der Diskussion. Theorien, Analysen, Positionen,* 1996, pp. 132 ss.

[16] W. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal,* traducción y notas de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, 1984, pp. 390 ss.

[17] Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social, 1985, passim;* y, por último, F. MUÑOZ CONDE/M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general,* 4ª ed., 2000, pp. 29 ss.

Hay que hacer notar que la «funcionalización» del Derecho penal se limita, en la dirección representada por Hassemer y Muñoz Conde, a la definición de su orientación general y a la explicación del modo en que operan sus instrumentos, pero no conlleva una definición funcional de las propias reglas de imputación del sistema. Como advierte Hassemer, así se puede explicar que sea todavía válida la pretensión de von Liszt de que el Derecho penal constituya «la barrera infranqueable de la política criminal»: por Derecho penal se entiende en esta frase el conjunto de los principios de imputación que formalizan el control social ejercido a través del Derecho penal y limitan por tanto su aplicación[18]. En ello, resaltado también últimamente por *Neumann*[19], residiría precisamente la diferencia entre las concepciones teleológicas o funcionales moderadas y esa versión extrema del funcionalismo que postula también la orientación de tales reglas o principios de imputación (por ejemplo, el principio de culpabilidad) a la función social del Derecho penal.

II

A partir de este punto concentraré mi exposición en la concepción de Jakobs, que es presentada generalmente como el paradigma de lo que hoy se denomina funcionalismo en el Derecho penal. Esta concepción se ha ido separando progresivamente de los postulados de la doctrina final de la acción que se encuentra en su origen, hasta el punto de que resulta ya difícil identificar en ella algunos rasgos del modelo inicial. En lugar de la Dogmática ontologicista de *Welzel, Jakobs* propugna decididamente, sobre todo desde la primera edición de su Tratado, fechada en 1983, una completa renormativización de los conceptos jurídico-penales con el propósito de orientarlos precisamente a la función que a su juicio corresponde al Derecho penal. Como consecuencia de ello, «no sólo sucede que los conceptos de culpabilidad y de acción ...se convierten en conceptos de los que no se puede decir absolutamente nada sin referencia a la misión que ha de cumplir el Derecho penal, sino que *incluso el concepto de sujeto al que se imputa se muestra como un concepto funcional*».Y en el Prólogo a la segunda edición de esa misma obra *Jakobs* advierte que el programa formulado en la primera se ha seguido desarrollando sin interrupción: «El universo de los conceptos jurí-

[18] Cfr. W. HASSEMER, *Über die Berücksichtigug von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze,* en *Festschrift far Hellmuth Coing*, 1982, pp. 522 ss.; IDEM, *Prävention im Strafrecht,* JuS 1987, pp. 264 s.; IDEM, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre,* en L. PHILIPPS/H. SCHOLLER, Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag,1989, pp. 85 s.; y W. HASSEMER/F. MUÑOZ CONDE: *Introducción a la Criminología y al Derecho penal,* 1989, pp. 173 s.

[19] U. NEUMANN (nota 3), pp. 57 s. y 65 ss.

dico-penales tiene que ajustarse a la función social del Derecho penal y no a fenómenos naturales o de otro modo ajenos a lo social».

1. El elemento central de esta concepción es la función que atribuye a la pena. *Jakobs* sostiene que el Derecho penal encuentra su fundamento en su necesidad para garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales (aquéllas de las que depende la propia configuración o identidad normativa de la sociedad) frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente y ponen a ésta, por tanto, en cuestión como modelo general de orientación en el contacto social[20]. *Jakobs* no ha descrito siempre del mismo modo, sin embargo, la forma en que, más concretamente, el Derecho penal presta tal garantía a la sociedad. En particular, se han ido produciendo variaciones muy significativas en lo referente al papel que juega un elemento particularmente discutido, el del «ejercicio de la fidelidad en el Derecho» (el aprendizaje como alternativa inaceptable de conducta del comportamiento defectuoso al que se asocian consecuencias desfavorables), en su concepción de la prevención general (positiva).

Inicialmente tal aspecto aparecía fuertemente destacado, hasta el punto de que *Jakobs* parecía llegar a identificarlo con el concepto mismo de la prevención general positiva que mantiene[21], aunque en otros lugares ésta es presentada en otros términos: concretamente en el sentido de preservación o mantenimiento de la confianza en la norma[22]. Ambas manifestaciones del pensamiento de la prevención general positiva se encontraban entonces superpuestas, sin establecer con claridad en qué relación se encuentran entre sí y con el concepto de prevención general manejado. Pero posteriormente, en su Tratado, *Jakobs* expuso su concepción de la prevención general de una forma más compleja y articulada. La función de la pena estatal para garantizar las expectativas sociales esenciales se resume en producir «prevención general a través del ejercicio en el reconocimiento de la norma». Esta prevención general, que denomina positiva porque no es meramente intimidatoria, se manifiesta en tres aspectos diferentes. Por un lado y ante todo, la pena sirve para confirmar la confianza en la vigencia de las normas pese a su ocasional infracción («ejercicio de confianza en la norma»). En segundo

---

[20] Cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre,* 2ª ed., 1991, 1/4 y ss.; 1/14; y 2/1 (hay traducción al español a cargo de J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo con el título: Derecho penal. Parte General, 2ª ed., 1997).

[21] G. JAKOBS, *Schuld und Pravention,* 1976, p. 10 [=Culpabilidad y prevención, traducción de C: Suárez González, en G. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal,* traducción y Estudio preliminar de E. Pefiaranda Ramos, C. Suárez González y M. Cancio Meliá, 1997, p. 79].

[22] G. JAKOBS, *Schuld und Pravention* (nota 21), pp. 32 y s. [=*Estudios* (nota 21), pp. 98 s.].

término, la pena se orienta al «ejercicio en la fidelidad hacia el Derecho» en el sentido antes mencionado. Y, por último, mediante la imposición de la pena se aprende la conexión existente entre la conducta que infringe la norma y la obligación de soportar sus costes, sus consecuencias penales («ejercicio en la aceptación de las consecuencias»)[23]. Este planteamiento de la prevención general positiva pone especialmente de relieve la primera de dichas facetas, situando en un segundo plano las restantes, incluida la relativa al ejercicio en la fidelidad hacia el Derecho.

El realce así producido de la función de mantenimiento o restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma frente a otros eventuales efectos de carácter psicológico-social o psicológico-individual de la pena no es casual, sino que se corresponde plenamente con una característica de la concepción general del Derecho penal de *Jakobs*: la relevancia cada vez menor que *Jakobs* atribuye a la relación interna entre el autor (potencial) del hecho y la norma, cuestión central para el finalismo (y en especial para su orientacion más radicalmente imperativista), y su preocupación, paralelamente creciente, por la significación social de la vigencia de las normas y de su infracción[24]. En el contexto que aquí se señala esto se traduce en el hecho de que, para *Jakobs (*en contra, por ejemplo, de lo que suponen quienes asignan a la pena una función intimidatoria), la pena no se dirige principalmente a influir sobre los potenciales autores de futuras infracciones, sino que tiene más bien por destinatarios a todos los ciudadanos para confirmar en ellos la vigencia de la norma infringida[25]. Desarrollando este punto de

[23] Cfr. G. JAKOBS (nota 20), 1/15.

[24] Cfr. en este sentido especialmente G. JAKOBS, *Tätervorstellung und objektive Zurechnung,* en *Gedachtnisschrift flir Armin Kaufmann,* 1989, pp. 273 y ss. [=*Representación del autor e imputación objetiva,* traducción de C. Suárez González, en Estudios (nota 21), pp. 225 ss.] . Vid. En el mismo sentido K.-H. VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch,* 1991, p.56. Justamente en el rechazo de una concepción imperativista de las normas y en su sustitución por una visión institucional de las mismas, en la que no se trata tanto de dirección o regulación inmediata de conductas como del establecimiento y estabilización en la sociedad de redes de expectativas recíprocas de comportamiento fundamenta B.J.A. MUSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsguter und abstrakter Rechtsguterschutz,* 1994, pp. 89 s. y 140 ss. Ia función de la pena y del Derecho penal en la estabilización de tales expectativas cuando son esenciales para el mantenimiento de la configuración concreta de la sociedad. Y de ello deriva también Mussig su preferencia por un modelo de prevención general positiva limitado a ese objetivo de garantía de las estructuras sociales elementales, frente a las versiones de la prevención general de integración que apuntan, a través del ejercicio de la fidelidad hacia la norma, a un proceso de disciplina de los individuos concretos que se desarrolla eventualmente en el plano de la psicología profunda y que está todavía vinculado a la consideración de las normas como instrumentos de orientación directa de conductas (*ibidem*, pp. 142, nota 9, y 146 y s.).

[25] Cfr. G. JAKOBS (nota 20)1/15 y 31. Vid. también IDEM, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW 97 (1985), p. 775 [=*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, traducción de E. Peñaranda Ramos, en Estudios (nota 21), pp. 314 s.].

vista, en un escrito posterior, dedicado significativamente a reflexionar sobre la situación actual del Derecho penal «entre el funcionalismo y el pensamiento orientado a principios de la antigua tradición europea», *Jakobs* ha vuelto a insistir en que la prestación que el Derecho penal realiza para el mantenimiento del sistema social consiste en reafirmar que, pese a la infracción producida, la sociedad se mantiene en la vigencia de sus normas esenciales y se niega a concebirse conforme a otras reglas. Pero, a diferencia de sus posiciones anteriores, aquí el mantenimiento o fortalecimiento de la fidelidad hacia el Derecho ya no se presenta como equivalente a la prevención general (positiva), ni tampoco como uno de sus aspectos más o menos destacados, sino justamente en el mismo plano al que ya anteriormente quedaba relegado el efecto de intimidación general o especial: en el nivel de los efectos secundarios que se puede desear que la pena produzca, pero que son ajenos a lo que constituye propiamente su misión[26]. «Ciertamente –dice *Jakobs*– puede que se vinculen a la pena ciertas 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 fortalezca la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero la pena significa ya algo con independencia de estas consecuencias: significa una autoconfirmación» de la sociedad[27].

La evolución del pensamiento de Jakobs no se ha detenido sin embargo en este punto, sino que ha avanzado en la línea de una presentación cada vez más abstracta de esta función de la pena. En ello su discípulo *Lesch* ha cumplido el papel de adelantado[28]. Lesch ha rechazado incluso que la denominación «prevención general positiva» resulte adecuada a la función de la pena así definida: ésta se agota en una retribucion de la culpabilidad por el hecho, no absoluta, sino «funcional», en cuanto que dirigida a cancelar o saldar (*«ausgleichen»*), la perturbación social (respecto de las expectativas de vigencia de la norma) provocada por el hecho (teoría funcional de la retribución)[29]. De forma similar, en la exposición de la teoría de la pena que hace Jakobs en su libro «Norm, Person, Gesellschaft», ésta ya *sólo* tiene para

---

[26] Cfr. G. JAKOBS (nota 20), 1/16.

[27] G. JAKOBS (nota 5), p. 18. Vid. tambien ahora IDEM, *Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung,* en U. NEUMANN/L. SCHULZ (eds.) Verantwortung in Recht und Moral ARSP Beiheft 74 (2000), pp. 59 s. Cfr. ya en esta dirección el trabajo del discípulo de Jakobs H.H. LESCH, *Zur Einfuhrung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens*, JA 1994, pp. 510 ss. y 590 y ss.

[28] Vid. la nota anterior.

[29] Así ahora H.H LESCH, *Der Verbrechensbegriff Grundlinien einer funktionalen Revision* (escrito de habilitación de Bonn), l999, pp. 203 ss. Cfr. también IDEM, *La función de la pena,* trad. de Javier Sánchez-Vera, 1999, pp. 11 ss. y 45 ss.

él la *función de caracterizar el delito como delito*, lo que expresado en otros términos, significa que la pena sólo sirve a la *autoconfirmación de la identidad de la sociedad*. En particular, la pena no previene la comisión de delitos. Lo que previene es más bien que éstos se dejen de concebir como tales en el futuro. Más aún: «la sanción no tiene un fin, sino que es en sí misma la obtención de un fin, *scil*. la constatación de la realidad inmodificada de la sociedad»[30]. Si Jakobs no presenta aún la pena como una sanción absoluta, sino relativa o preventiva, ello se debe a que sigue encontrando su fundamento en la necesidad social de impedir que el hecho contrario a la norma pueda ser entendido como máxima alternativa de conducta hacia el futuro.

2. Paralelamente a esta progresiva tendencia a identificar la función de la pena con una pura expresión simbólica de la desaprobación del hecho, *Jakobs* ha ido también concediendo cada vez una menor importancia a cualquier diferenciación analítica de los tradicionales elementos de la teoría jurídica del delito y, particularmente, a la distinción entre injusto y culpabilidad. Si se entiende que lo que al Derecho penal específicamente importa (y contra lo que en verdad reacciona) es la «desautorización de la vigencia de la norma» (*Desavouierung der Normgeltung*), lo decisivo será siempre (en un Derecho penal regido por el principio de culpabilidad) la culpabilidad misma o su ausencia, pues en esta categoría terminan por confluir todos los ingredientes que hacen que una conducta pueda dañar aquella vigencia. Esta orientación, ya perceptible en obras anteriores, se ha hecho más explícita en sus últimos escritos, en los que los conceptos de quebrantamiento de la norma y de daño a su vigencia sólo son la abreviatura de que concurren en el hecho la totalidad de los presupuestos de la imputación de una pena, lo que conduce a una teoría de la imputación, como la de Hegel, en la que la culpabilidad termina convirtiéndose en presupuesto de la acción[31]. Llevando este planteamiento hasta su extremo, *Lesch* ha llegado a proponer una «revisión funcional del concepto de delito» en el que el injusto (hecho antijurídico) no puede ser ya ni siquiera un concepto auxiliar para la constatación de la culpabilidad[32], sino que se identifica con la culpabilidad misma.Con ello, toda la sistemática del delito se termina resumiendo en lo que bien cabría denominar un «tipo total de culpabilidad», del que formarían

[30] G. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft,* 1997, p. 106 [=*Sobre la teoría de la pena,* traducción de M. Cancio Meliá, Poder Judicial 47 (1997), p. 157]. Cfr. ya antes IDEM (nota 5), p 18.

[31] G. JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff,* 1991, [=*El concepto jurídico-penal de acción,* traducción de M. Cancio Mehá, en Estudios (nota 21), pp. 121 ss.]. Cfr. también IDEM, *Norm* (nota 21), pp. 103 ss. [PJ 47 (1997), pp. 154 ss.].

[32] Así todavía G. JAKOBS, en *Estudios* (nota 21), pp. 122 ss. (124).

parte inescindiblemente, como elementos objetivos y subjetivos, la totalidad de las características del delito, en una conexión «dialéctica» y «circular»[33]. La tradicional ordenación de las catergorías del delito a lo sumo podría tener ya un mero valor técnico[34]. Aunque hasta ahora no se ha pronunciado al respecto de un modo tan tajante, el propio *Jakobs* ha afirmado también, muy recientemente, que la determinación de «cuáles de entre los presupuestos de la responsabilidad se ubican en el injusto y cuáles en la culpabilidad es un problema de la didáctica, pero no del concepto de delito»[35].

3. Antes de examinar las valoraciones, generalmente críticas, que ha suscitado la concepción de *Jakobs* sobre la función de la pena, conviene detenerse, para entender mejor su alcance, en la noción de quebrantamiento de la norma que, como hemos visto, adquiere en este contexto una importancia esencial. Basándose explícitamente a este respecto en las aportaciones de la teoría de sistemas de *Luhmann*, *Jakobs* sostiene que el quebrantamiento de una norma no tiene significación para el Derecho penal por sus consecuencias externas, pues no puede remediar tales consecuencias cuando ya se han producido, ni es necesario tampoco que las mismas se produzcan para que un quebrantamiento normativo tenga lugar. El dato decisivo de la conducta penalmente relevante no consiste, por tanto, a su juicio, en constituir un desencadenante de procesos causales nocivos, sino en su capacidad para expresar un determinado *sentido o significado*: al sujeto que actúa de un modo contrario a la norma se le imputa la formulación de una máxima de comportamiento incompatible con aquélla, que la desautoriza como modelo general de orientación en el contacto social. El quebrantamiento de la norma consiste pues en esta contradicción con lo que ella establece y en la desautorización de la misma que conlleva[36]. La pena, en cuanto *respuesta* al quebrantamiento de la norma se sitúa en el mismo contexto de significado que ésta y simboliza, a su vez, la contradicción de dicho quebrantamiento o, dicho en términos positivos, que la norma infringida continúa siendo, pese a su quebrantamiento, la regla de comportamiento en que se puede seguir confiando hacia el futuro. La pena sirve precisamente para que las expectativas normativamente fundadas no queden anuladas por su defraudación en el caso concreto; para su mantenimiento «con-

---

[33] Cfr. H.H. LESCH, *Der Verbrechensbegriff* (nota 29), pp. 190 ss., 203 ss., 274 s. y 276 ss. (especiaimente

[34] *Ibidem*, p. 280 (tesis 12).

[35] G. JAKOBS, *Bemerkungen zur objektiven Zurechnung, en Festschrift für Hirsch,* l 999, p. 63, con n. 55. En ARSP Beiheft 74 (2000), p. 72 Jakobs expresa esta misma idea del modo siguiente: «La dogmática jurídico-penal se agota en la diferenciación de sentido (culpabilidad) y naturaleza. A esta diferenciación se reconducen todos los institutos dogmáticos».

[36] G JAKOBS, (nota 20), 1/9.

trafáctico», es decir, para su mantenimiento pese a la evidencia de su defraudación *de facto*, mediante la definición como defectuosa de la conducta del autor y no de la expectativa de que éste se comportase conforme a la norma. La pena consiste, por tanto, en una contradicción del quebrantamiento de la norma que se ejecuta a costa de su autor[37].

De todo ello deduce expresamente *Jakobs* una desvinculación de la misión del Derecho penal respecto de la función de protección de bienes jurídicos que comúnmente se le viene asignando: «En correspondencia con la localización de quebrantamiento de la norma y pena en el plano del significado, no se puede considerar como misión de la pena la evitación de lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien la confirmación de la vigencia de la norma»[38]. Esa desvinculación se produce, pues, mediante la distinción que este autor efectúa entre *bien jurídico* (objeto de protección de *algunas* normas en la concepción de *Jakobs*) y *bien jurídico penal*, que sería el aseguramiento de las expectativas normativas esenciales frente a sus defraudaciones[39].

III

1. La teoría de la prevención general positiva de Jakobs ha sido objeto de una generalizada crítica, que, por lo que a la doctrina española se refiere, fue decisivamente impulsada por la publicación en nuestro país de un escrito de *Alessandro Baratta* en el que se vertían opiniones muy adversas sobre la teoría de la prevención de integración, a la que, sin detenerse en mayores matizaciones, se consideraba globalmente vinculada a la teoría de sistemas[40]. En él se tomaban también como punto de referencia los planteamientos funcionalistas de otros autores, como *Amelung*, *Otto* o *Roxin*, pero el centro de atención lo ocupaba la posición mantenida por *Jakobs*, hasta tal punto que se puede decir que se trataba de una recensión de los fundamentos de su concepción tal y como acababan de ser expuestos en la primera edición de su Tratado.

El grueso de la argumentación de *Baratta* se orientaba a tratar de demostrar que en la concepción de la prevención positiva de *Jakobs* se hallarían reunidos e incluso acentuados todos los defectos que, a su juicio, afectan a la teoría de sistemas de *Luhmann*. Estaríamos pues ante una concep-

[37] G. JAKOBS, (nota 20), 1/6, 9 y 10.

[38] G. JAKOBS, (nota 20), 1/11.

[39] Cfr. G. JAKOBS, (nota 20), 2/2 y 5.

[40] A. BARATTA, *Integración-prevención: Una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica,* traducción de Emilio García-Méndez y Emiro Sandoval Huertas, CPC 24 (1984), pp. 533 y ss.

ción conservadora, tecnocrática e incluso autoritaria, «funcional respecto respecto del actual movimiento de expansión del sistema penal y de incremento, tanto en extensión como en intensidad, de la respuesta penal» y promotora de «la reproducción ideológica y material de las relaciones sociales existentes» y, en particular, de la forma tradicional de abordar desde el Derecho penal los conflictos de desviación[41]. Ello se manifestaría, ante todo, en la «sustitución del principio de resocialización por el de la prevención general positiva» que habría tenido lugar no sólo en la obra de *Jakobs*, en cuanto representante para el Derecho penal de la teoría de *Luhmann*, sino en los restantes autores que se pronuncian en favor de la prevención general de orientación positiva o integradora[42]. Más allá de estos defectos inmediatamente derivados de la orientación teórica de partida, la construcción de la prevención general positiva o de integración habría quedado incluso, según *Baratta*, por debajo de las posibilidades de desarrollo crítico de la teoría de sistemas[43], al no tomar supuestamente en cuenta la posibilidad, puesta de relieve por dicha teoría, de que una misma función, en este caso la de estabilizar los sistemas sociales complejos, sea cumplida por instituciones diversas que aparecen entre sí como «equivalentes funcionales», despreciando así de antemano posibles alternativas radicales al sistema penal y ofreciendo una respuesta meramente represiva o sintomatológica a los conflictos allí donde se manifiestan, en lugar de donde se producen.

2. Estas mismas críticas, sin variaciones sustanciales, se han extendido por la doctrina en lengua española hasta la actualidad. Así se insiste en el supuesto carácter acrítico, conservador y tecnocrático de la prevención general positiva[44], con su corolario de despreocupación por la idea de resocialización[45]; en su formalismo[46]; y en su idoneidad para potenciar la expansión del Derecho penal[47]. Sólo ocasionalmente las valoraciones críticas del planteamiento de *Jakobs* desbordan el marco establecido por *Baratta*. Han de

---

[41] Cfr. *ibidem*, pp. 544 y s., 550 y *passim.*

[42] Cfr. *ibidem*, pp 537 y 547.

[43] Vid., en lo que sigue, *ibidem*, pp. 545 y s.

[44] Cfr. entre otros S. MIR PUIG, *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva,* ahora en IDEM, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho,* 1994, p. 138; y M. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena,* 1990, pp. 169 y s.

[45] Cfr. M. PÉREZ MANZANO (nota 44), p. 256.

[46] ASÍ D. M. LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales,* 1970, p 16, n. 23; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social,* 1985, pp. 26 y ss.; y M. PÉREZ MANZANO (nota 44), pp. 52 y s. y 169, relacionando inmediatamente este juicio, concebido como reproche, con los que generalmente se vierten sobre la teoría de sistemas.

[47] Cfr.A. GARCÍA PABLOS, *Derecho Penal. Introducción,* 1995, p. 93, con referencias.

mencionarse aquí, por su particular interés, dos de ellas que apuntan en la misma dirección. Por un lado, *Mir Puig*, abundando en la idea de que en dicho planteamiento habría quedado «sin explicar por qué la estabilización de expectativas ha de tener lugar por medio de la imposición de un castigo y no por otros medios menos lesivos y funcionalmente equivalentes», ha formulado la cuestión de por qué la confirmación de la confianza en las normas se ha de producir de la ejecución de un mal empírico, como ineludiblemente es la pena[48]. Por otro lado, *Pérez Manzano*, ha señalado que «la tesis de Jakobs sólo sirve para fundamentar que a la frustración de una expectativa debe seguir ?una? consecuencia jurídica, pero no dice nada ni sobre el tipo ni sobre la intensidad de la consecuencia» y, por tanto, no explica «el Derecho penal, sino cualquier forma de Derecho»[49].

IV

No es posible sostener ya esa mecánica correlación que se tiende a establecer entre la concepción de Jakobs y la teoría de los sistemas sociales de Luhmann, pues la Sociología del Derecho de Luhmann es sólo uno de los materiales del edificio erigido por aquel autor. La influencia desde luego existe y nunca ha sido negada, aunque sí matizada, por Jakobs[50]. Pero junto a esa influencia, se manifiesta abierta y crecientemente en la concepción de la prevención general positiva de *Jakobs* el influjo, en modo alguno menor, de una tradición filosófica que se remonta al menos hasta *Hegel* y el de una corriente de pensamiento más específicamente jurídico-penal que recorre casi todo el siglo XIX y llega hasta nuestros días.

1. Ambas influencias han sido también expresamente reconocidas por *Jakobs*. En cuanto a la primera, ha admitido que la imagen que muestra la teoría absoluta de la pena en *Hegel* no se distingue en gran medida de su propia concepción; la diferencia estribaría propiamente en que el punto de referencia en la fundamentación hegeliana de la pena es el concepto abstracto de Derecho, mientras que en *Jakobs* ese punto de referencia viene constituido por las condiciones de subsistencia de la sociedad, de una determinada sociedad[51]. En cualquier caso, esa aproximación a la concepción de la pena de Hegel no implica la asunción de un entendimiento del Estado, al modo de éste, como «universo ético» o como «realidad de la idea ética».

---

[48] S. MIR PUIG (nota 44), p. 26. Vid. en esta misma dirección la observación de *B. Schünemann* en F. ZIESCHANG, *Tagungsbericht. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1995 in Rostock*, ZStW 107 (1995), pp. 926 y s.

[49] M. PÉREZ MANZANO (nota 44), p. 257.

[50] Cfr. G. JAKOBS (nota 5), p. 16.

[51] G. JAKOBS (nota 20), 1/21.

Tal entendimiento ha sido expresamente rechazado por Jakobs, pues en sociedades pluralistas, como son hoy las nuestras, «ya no existe un programa de Derecho natural que obligue al ser humano a perfeccionarse moralmente»: aquí ya no se puede sostener que el Estado sea aquella institución que administra «objetividad, verdad y eticidad», sino que «en el mejor de los casos, ... garantiza (sc. a los individuos) las condiciones externas para ello»[52]. Con el punto de vista antipluralista de Hegel «no se puede administrar la sociedad actual», esto es, en una sociedad con un Estado que garantiza a través de derechos fundamentales el pluralismo y el individualismo y con ello privatiza la eticidad[53]. Como ha señalado recientemente Alcácer Guirao, refiriéndose tanto a Jakobs como a Luhmann, la comprensión del Derecho por parte de estos autores no implica una concepción orgánica y ética de la sociedad, en cuanto que cohesionada en torno a valores y convicciones comunes, ni que la incidencia de las normas sobre la sociedad persiga la integración o el fortalecimiento de su *identidad moral*, sino tan sólo el respeto de su *identidad normativa*[54].

La evolución del pensamiento de *Jakobs* muestra, por lo demás, un constante alejamiento de una visión del Derecho penal que podría tener aquellas características: la que se expresa en la conocida tesis de *Welzel*, según la cual la pena tendría la misión de expresar «la vigencia inquebrantable de los valores positivos de acción», de «conformar la conciencia ético-social de los ciudadanos» y de reforzar «su permanente actitud interna de fidelidad al Derecho»[55]. Ahora el mantenimiento o fortalecimiento de la fidelidad hacia el Derecho no es para Jakobs más que, a lo sumo, un efecto secundario, pero no la función que la pena está llamada a cumplir. Por ello la crítica que a veces se hace globalmente a la teoría de la prevención general positiva, en el sentido de que no respeta la autonomía moral del individuo e infringe el mandato de neutralidad moral por parte del Derecho[56],

---

[52] G. JAKOBS, *La organización de autolesión y heterolesión,* en IDEM, *Estudios* (nota 21), p. 395. Cfr. también H.H. LESCH, *La función de la pena* (nota 29), p. 51.

[53] G. JAKOBS, *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición. Estudio sobre la relación entre juridicidad y eticidad*, Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de conferencias y artículos nº 4 (1996), en n. 4 y *passim*.

[54] Cfr. R.ALCÁCER GUIRAO, *Facticidad y normatividad en Derecho penal. Racionalidad instrumental, racionalidad valorativa y racionalidad sistémica,* Nueva Doctrina Penal 1998/B, pp. 413 ss. (416 ss.).

[55] H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht,* l l2 ed., 1969, p.3.

[56] Cfr. ante todo en este sentido, ampliamente, J. Mª SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (nota 1), pp. 226 ss. Para otras referencias e implicaciones de esta cuestión vid. E. PEÑA-RANDA RAMOS/C. SUÁREZ GONZÁLEZ/M. CANCIO MELIÁ, *Estudio preliminar*, en G. JAKOBS, *Estudios* (nota 21), pp. 39 ss. Vid. ahora también, en la línea de lo que a continuación se expone en el texto, MÜLLER-TUCKFELD (nota 15), p. 69, n. 265.

afecta menos a la concepción actual de Jakobs que a otras versiones de este pensamiento, a las que corresponde mejor la denominación de prevención general de integración porque asignan a la pena una función de psicología o pedagogía social, mientras que en el caso de *Jakobs*, tal dimensión muy presente al principio ha ido declinando, como ya ha quedado expuesto, hasta desaparecer por completo.

2. *Jakobs*[57] ha reconocido igualmente el parentesco de su concepción sobre la función de la pena con la doctrina del «daño intelectual del delito», muy difundida en Alemania a lo largo del siglo XIX[58], pero también fuera de ese espacio geográfico. Precisamente una manifestación de esta doctrina resulta de particular interés para el propósito de estas consideraciones sobre la concepción de Jakobs, pues, mostrando una extraordinaria similitud con ella (si prescindimos de la terminología propia de la época en la que se expresa), difícilmente puede verse afectada por los reproches que se dirigen contra aquella de entrañar una visión tecnocrática, conservadora o, incluso, autoritaria del Derecho penal. Se trata de la concepción de *Francesco Carrara*, máximo exponente de la *scuola classica* italiana, que desarrolló en el ámbito del Derecho penal los principios de la Ilustración. *Carrara* ya sostuvo en aquel contextoque el delito, más allá del daño material que pueda ocasionar a un individuo particular, provoca un daño de otra naturaleza, «un daño mediato o reflejo» sobre el orden externo de la sociedad, que explica el «carácter político», esto es, público, de todos los delitos, y legitima con ello la intervención del Derecho penal. Ese daño intelectual consiste en que «por una ofensa causada a la seguridad de uno solo, todos los demás sufran por la disminución de la confianza en la propia seguridad». La función de la pena sería, pues, reparar no aquel daño material, sino éste intelectual, restaurando el orden conmovido por el delito (la vigencia de la norma, se dice ahora). La pena por tanto se dirige a actuar más sobre los otros que sobre el culpable del delito[59]

---

[57] G. JAKOBS (nota 20), 1/11, n 13

[58] Este parentesco ha sido puesto de relieve por H. MÜLLER-DETZ, *Vom intellektuellen Verbrechenschaden,* GA 1983, pp.481 ss. Vid. también MÜLLER-TUCKFELD (nota I 5), pp. 23 ss.

[59] Cfr. F. CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale, Parte generale 1,* 11ª ed., 1924, §§ 118 s., 619 y 621. Sobre las semejanzas de esta concepción con la de Jakobs, cfr. E. PEÑARANDA/C. SUÁREZ/M: CANCIO, *Estudio preliminar,* en G. JAKOBS, *Estudios* (nota 21), pp. 25 s. Sobre la orientación político-criminal de Carrara se puede recordar el juicio de G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General,* Madrid, 1977, pp. 21 s.: «la escuela clásica defendió una política criminal acorde con la ideología del Estado liberal de Derecho»; y cabe añadir a ello lo que afirma N. BOBBIO, *Prólogo* a: L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* 1995, p. 18: «la gran tradición del pensamiento ilustrado y liberal ... en el campo del Derecho penal va de Beccaria a Francesco Carrara».

3. ¿En qué consiste entonces la influencia de Luhmann y su teoría de los sistemas sociales en la concepción del delito y de la pena de Jakobs? Ante todo en la incorporación a la base de su construcción de la concepción de la norma como una «expectativa de conducta contrafácticamente estabilizada»[60], a partir de la distinción adoptada por Luhmann entre expectativas cognitivas y expectativas normativas[61]. Ello no sólo tiene consecuencias para la descripción de la función de la pena[62], sino también para la construcción de las categorías de la teoría del delito y, particularmente, de la culpabilidad, cuyo criterio rector se orienta a dicha distinción[63]. En relación con esto es también notoria la influencia que ejerce sobre Jakobs la consideración de Luhmann de que a las normas jurídicas no corresponde tanto la función de dirigir las conductas, sino más bien la de asegurar las expectativas de conducta[64]. Y junto a todo lo anterior es sin duda patente y expresamente admitida por Jakobs la influencia de Luhmann en su comprensión de la sociedad como compuesta no de sujetos, sino de comunicaciones entre ellos[65]. Ambos coinciden también en que, por tanto, no todo lo que corresponde al individuo como realidad biológica o psicológica, como sistema psicofísico, pertenece sin más al sistema social, sino que ello depende nuevamente de la comunicación[66]. No deja de observarse por último el influjo

---

[60] N. LUHMANN, *Rechtssoziologie,* 3ª ed., 1987, p.43; G. JAUKOBS (nota 20), 1/4 ss.

[61] N. LUHMANN (nota 60), pp. 42 s.; G. JAKOBS (nota 20),1/5. La distinción procede de J. GALTUNG, *Expectation and interachon processes,* Inquiry 2 (1959), pp. 213 ss.

[62] Cfr. por ejemplo G. JAKOBS (nota 20), 1/9 ss.

[63] La distinción entre culpabilidad e inculpabilidad (exculpación) discurre, según Jakobs, por el mismo cauce que lo hacen sentido y naturaleza, sociedad y medio (o entorno: Umwelt): cfr.ahora en esta dirección G. JAKOBS, ARSP Beiheft 74 (2000), pp. 69 ss. Cfr. también N. LUHMANN, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general,* 2ª ed. en español (trad. de S. Pappe y B. Erker, coord. por J. Torres Nafarrete), 1998, p.303, con n. 153.

[64] Vid. supra n. 24 y el texto correspondiente. Cfr. también G. JAKOBS, Norm (nota 30), pp. 50 ss. Para la perspectiva sociológica es esencial la distinción en este sentido de Th. GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts,* 1964, pp. 101 ss., entre «seguridad de orientación» y «seguridad de realización». Sobre la importancia de esta distinción para la detemi-nación de la función del derecho por parte de Luhmann, cfr. A. FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell ópera di Niklas Luhmann,* 1975, pp. 79 s.

[65] Cfr. para esto y lo que sigue en el texto J.A GARCÍA AMADO, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, 1997, pp. 154 ss. Vid. también G. JAKOBS (nota 5), p. 12: «lo que se intenta comprender es la sociedad, es decir, un sistema de comunicación nonnativa, no el medio que la circunda».

[66] En esta línea establece G. JAKOBS (nota 5), pp. 50 ss. la distinción entre *persona* (como centro de imputación de expectativas dentro del sistema social) y sujeto (como sistema psicofísico diferente del sistema social y situado en el entorno de éste): «El Derecho penal reacciona frente a una perlurbación 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 ténninos imperativistas (como se correspondería, especiahmente, con el programa de Armin KAUFMANN). Por el contrario, hay que partir de los correspondientes

de Luhmann en la abstracción y el formalismo con que, en principio, Jakobs aborda el problema de la función del Derecho penal desde el punto de vista prioritario de la seguridad de las expectativas normativas, independientemente del contenido de las normas correspondientes y de los demás valores implicados[67].

V

1. Comenzando por esto último, ciertamente una concepción de la función de la pena que se mueve en los niveles de abstracción en que lo hace Jakobs está necesariamente abocada al formalismo. *Jakobs* no ha dejado nunca de reconocerlo. Ya desde el comienzo advierte que su atención se dirige, en primer término, a establecer cuáles son los rasgos comunes que permiten hablar unitariamente de pena, de su concepto, en los más diversos Ordenamientos, pese a las enormes diferencias que pueden existir en su configuración concreta en función del tipo de sociedad de que en cada caso se trate (por ejemplo Estados envueltos en agudas crisis existenciales o firmemente estabilizadas, sociedades elementales limitadas a un escaso número de contactos o sociedades complejas caracterizadas por contactos masivos y altamente diferenciados) y de la forma en que en ella se entienda el Derecho (v. gr. como instrumento de dominio de una clase o como un orden racional fundado en el contrato social)[68]. Y, por otra parte, su propósito declarado consiste en desarrollar ese análisis conceptual *para el Derecho vigente*, esto es, para el Código penal de la República Federal de Alemania[69]. En correspondencia con ello, *Müssig*, un discípulo de *Jakobs,* ha podido decir que «la teoría de la prevención general positiva», que ambos comparten, «es en un modelo formal o positivista en la medida en que da por supuesta, es decir, no convierte en el tema a tratar, la configuración concreta de la sociedad»[70].

---

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» (p. 50). Cfr. también IDEM, *Norm* (nota 30), pp. 44 ss. Cfr. con ello cuanto afirma N. LUHMANN en Sistemas sociales (nota 63), pp. 288 s. Sobre esta separación de individuo y persona y la identificación de persona y sociedad en Luhmann y Jakobs, cfr. W. KARGL, *Das Recht der Gesellschaft oder das Recht der Subjekte? Anmerkungen zu den «Rechtsphilosophischen Vord berlegungen» von Gunther Jakobs,* GA 1999, 53 ss., 62 s., críticamente.

[67] En relación con Luhman cfr. en este sentido A. FEBBRAJO (nota 64), pp. 134 ss. y 153 ss., y M. ATIENZA, *El futuro de la dogmática jurídica,* en El Basilisco, n9 10, pp.68 s. Reapecto de Jakobs (y tmbién de Luhmann), cfr. R. ALCÁCER GUIRAO (nota 54), pp. 426 ss.

[68] Cfr. G. JAKOBS (nota 20), 1/1 y 2.

[69] Cfr. G. JAKOBS (nota 20), 1/3.

[70] Cfr. B.J.A. MUSSIG (nota 24), p. 238.

¿Quiere esto decir, como frecuentemente se achaca a *Jakobs*, que con ello se venga a legitimar todo aquello que resulte funcional al mantenimiento de un sistema social dado, con total independencia de las características que el mismo presente?[71] O ¿que la teoría de la prevención general positiva puede, de este modo, contribuir a la justificación tanto de Ordenamientos jurídicos que respetan las garantías propias del Estado de Derecho, como de regímenes injustos, autoritarios o dictatoriales?[72]. *Jakobs* ha salido reiteradamente al paso de tales suposiciones. En relación con algunas críticas orientadas al carácter formal de su planteamiento[73] y a la necesidad, por tanto de rellenarlo luego con decisiones[74], ha advertido que ciertamente se necesita ese complemento para su aplicación a una sociedad concreta, pero que en esa misma necesidad se encuentra cualquier concepción que se mueva en igual nivel de abstracción: así, si se afirma, por ejemplo, que el Derecho penal protege bienes jurídicos, se incurre en idéntico «formalismo» hasta que no se determine qué es un bien jurídico en esa concreta sociedad[75]. En este mismo contexto y en el de la réplica a la crítica de ambivalencia o relativismo de su modelo de análisis funcional, ha señalado, por lo demás, que de acuerdo con él, en efecto, no se puede negar que el orden más injusto, en la medida en que efectivamente funcione, podría encajar en las descripciones por él mismo realizadas[76] y que el punto de vista escogido,

---

[71] Así, por ejemplo, B. SCHÜNEMANN, *La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo,* en IDEM (nota 1), p. 167: «en la práctica ... un principio normativo derivado de la teoría de los sistemas acaba cayendo en una apología del sistema de que se trate en cada caso» (en referencia a la posición de *Jakobs* en materia de culpabilidad).

[72] Vid. en esta línea, R. ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, p. 56; AK-HASSEMER, n.m. 254, antes del § 1; y AK-SCHILD, n.m. 73, antes de los §§ 20 y 21. Llevando la crítica hasta su extremo E.R. ZAFFARONI, *El funcionalismo sistémico y sus respectivas jurídico-penales,* en Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor, 1989, pp.747 y ss, especialmente 759 y ss., pretende demostrar, nada menos, que «la versión alemana (sc. del funcionalismo sistémico) se acerca peligrosamente a un equivalente central de la llamada "doctrina de la seguridad nacional" y "que sus consecuencias jurídico-penales" (en alusión a las establecidas en la obra de *Jakobs*, pero también en la de *Amelung* y *Roxin*) llevan al ocaso del llamado "derecho penal liberal"».

[73] Según H.J. H1RSCH, *Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht,* ZStW 106 (1994), p. 753, el formalismo de la concepción de *Jakobs* conduce a que las normas deban ser protegidas como un fin en sí mismas, para lograr su mantenimiento con idependencia de su contenido.

[74] Cfr. B. SCHUNEMANN, *Krihsche Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft,* GA 1995, pp. 220 s., que considera que el método normativista de *Jakobs,* al remitir para la interpretación de los conceptos penales únicamente a su funcionalidad respecto del sistema positivo, conduce al establecimiento de enteras cadenas de círculos viciosos en la argumentación y, en definitiva, a un puro decisionismo.

[75] Cfr. G. JAKOBS, ZStW 107 (1995), pp. 847 y s, n. 10.

[76] G. JAKOBS (nota 20), 1/20, n. 24 (respecto de las críticas de *Zacyk* y *Schild*: vid. supra n. 54).

que trata de comprender el fenómeno de «la normatividad en sí», no garantiza que las normas de las que se trate sean «normas en sentido enfático», es decir, normas legítimas[77]. Pero de ahí a suponer que, en su concepción, la funcionalidad de un determinado elemento del sistema (por ejemplo la pena orientada a la prevención general positiva) para el mantenimiento del correspondiente sistema social fundamente ya su legitimidad media una gran distancia, contra cuyo desconocimiento también previene expresamente *Jakobs*. El punto de vista funcionalista que mantiene no ahorra ni desplaza las cuestiones de legitimación, pero, a su juicio, éstas no pueden ser resueltas en el plano interno del Derecho penal: el Derecho penal no vale más que el orden social que contribuye a mantener y, por lo tanto, sólo puede extraer su legitimidad en última instancia de la existencia de normas legítimas[78]. En esta misma línea ha señalado *Müssig* que la cuestión acerca de los criterios de legitimación material de las normas penales desbordaría el cauce formal (y positivista) de la prevención general positiva y remitiría al análisis de los criterios materiales de identidad de una determinada sociedad[79]. En la imagen que ambos parecen querer transmitir de la Dogmática jurídico-penal, tal análisis no corresponde, sin embargo, al «intérprete» del Derecho penal. Para éste «no se trata del Derecho penal de una sociedad deseable, sino del Derecho penal de aquella sociedad que el sistema jurídico ha generado por diferenciación». La decisión sobre el alcance de los procesos de criminalización sería una «tarea puramente política, no jurídico-penal» en la que a la ciencia del Derecho penal sólo correspondería determinar cuales son los efectos de la regulación legal y su correspondencia o no con las valoraciones establecidas[80]

[77] ZStW 107 (1995), p. 848, n. 10.

[78] Cfr. en este sentido, por ejemplo, G. JAKOBS (nota 20), 1/1 ss., 1/8 y especialmente 1/18 (el modelo defendido «presupone que el orden social merece los costes que se imponen al infractor de la norma»), l/20 («la pena sólo puede ser legitimada por el valor del Ordenamiento para cuyo mantenimiento se castiga»), y 1/24 (la prevención puede quedar limitada por la atribución de un rango superior a otros fines, ya que «la profilaxis de delitos no es el fin más elevado»). Vid. también IDEM, ZStW 107 (1995), pp 25 ss., 33 ss. y 37.

[79] Cfr. B.J.A. MUSSIG (nota 24), pp. 137, 142 s., 157 ss., 165 ss., 230 y s.

[80] Cfr. G. JAKOBS, ZStW 107 (1995), p. 855, apoyándose en el punto de vista deMax Weber para justificar esta visión de la ciencia del Derecho. Hasta aquí parece justificado el diagnóstico de MÜLLER-TUCKFELD (nota 15), p. 68, de que «el planteamiento de Jakobs es más positivista que funcionalista». Sobre su pretensión metodológica de separar tajantemente dogmática y política criminal, vid. C. SUÁREZ GONZÁLEZ/M. CANCIO MELIÁ, *La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva. Estudio preliminar,* en G. JAKOBS, *La imputación objehva en Derecho penal,* 1996, pp. 79 y s. (con n.167), quienes se muestran razonablemente escépticos sobre la viabilidad de tal propósito.

La impresión que así se obtiene de la orientación metodológica de *Jakobs*, no se ve totalmente confirmada, sin embargo, ni siquiera cuando su exposición se mantiene en el elevado nivel de abstracción que corresponde a la definición de la prevención general positiva. Las deducciones no se obtienen aquí siempre a partir de una descripción neutralmente valorativa del fenómeno de la normatividad en sí, ni del sentido y funcionamiento de la pena, según su propio concepto, en cualquier sociedad imaginable. Las conclusiones obtenidas se deben también, en parte, a la anunciada concreción del análisis a las particulares condiciones del Derecho vigente en Alemania, pero tomado no sólo en su calidad de Derecho positivo, sino también de Ordenamiento legítimo, produciéndose de este modo una cierta síntesis entre una justificación funcional o final y una legitimación racional o valorativa[81].

Ello se pone especialmente de manifiesto allí donde *Jakobs* define su modelo de prevención general- frente a otras concepciones sobre el sentido y el fin de la pena. Así, por ejemplo, la concepción de las teorías absolutas es impracticable, a su juicio, porque « conduce a *valoraciones que no tienen un lugar legítimo en el marco de una pena estatal*»[82], en alusión directa a la conocida crítica de que tal entendimiento de la pena, con su apelación a un imperativo categórico, representa, por emplear una expresión de *Carrara,* «una fórmula vasta que autoriza a la sociedad a vincular la moralidad *interna*, más que la *externa*»[83]. Y también en contra de la posibilidad de configurar la prevención general negativa (intimidación general) o la prevención especial como fin de la pena utiliza *Jakobs* argumentos que remiten a una visión de la sociedad inspirada en los principios liberales del Estado de Derecho[84].

VI

1. En cuanto a los restantes argumentos que se han vertido contra el pensamiento de la prevención general positiva en *Jakobs*, resulta especial-

---

[81] Cfr. en este sentido AK-SCHILD, n.m. 73 (p.714). Vid. también IDEM, *Strafrechtsdogmatik als Handlungslehre ohne Handlungsbegriff,* GA 1995, pp. 101-120, l l9. Sobre la referencia de la concepción de *Jakobs* al sistema social y jurídico-politico vigente en Alemania, cfr. también C. SUÁREZ GONZÁLEZ/M. CANCIO MELIÁ (como en n. anterior), p. 80, n. 166.

[82] G. JAKOBS (nota 20), 1/23.

[83] F. CARRARA (nota 60), p. 545. Vid., en el mismo sentido y casi en idénticos términos, C. ROXIN, CPC 30 (1986), pp. 688y s.; y también C.S. NINO, Éticayderechos humanos. Un ensayo de jushficación, 1989, p. 450y ss.; e idem, La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos, Doctrina Penal, 1989, pp. 43 y s.

[84] Cfr. sobre el particular, más ampliamente, E. PEÑARANDA/C. SUÁREZ/M. CANCIO, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs,* en G. JAKOBS, *Estudios* (nota 21), pp. 29 s.

mente sorprendente que se censure su supuesta incompatibilidad con la idea de la resocialización del delincuente, cuando aquél sostiene expresamente que la prevención especial puede constituir, también en el marco de un modelo orientado primariamente a la prevención general positiva, «una estrategia alternativa para la resolución del conflicto y además el único punto de vista conforme al cual se puede configurar el deber de soportar los costes que pesan sobre el autor de un modo que resulte razonable también para él»[85]. El pensamiento de la prevención especial, en su vertiente de resocialización, está pues plenamente integrado en la concepción de *Jakobs* y sometido en ella a las mismas o parecidas cautelas que, precisamente desde la perspectiva del Estado (social y democrático) de Derecho, plantean algunos de sus críticos españoles[86]. No se aprecian pues en Jakobs las reticencias que en cambio manifestó siempre *Luhmann* hacia la posibilidad de integrar la idea de resocialización en una construcción específicamente jurídica de la reacción frente al delito[87].

2. Tampoco es exacto decir que en la concepción de Jakobs falte una consideración de alternativas («equivalentes funcionales») a la pena: en su Tratado aparece un un amplio elenco de «otras posibilidades de solución del conflicto», que van desde desde la renuncia a la expectativa defraudada, hasta la suspensión de la condena, pasando por sanciones de carácter jurídico-civil, etc.[88]. Más aún: difícilmente se puede sostener que su planteamiento sólo ofrezca una respuesta represiva al fenómeno de la desviación y que desconozca la posibilidad de atajarla allí donde se produce, en lugar de donde se manifiesta, cuando Jakobs señala abiertamente que para obtener finalidades preventivo-especiales no es el procedimiento más adecuado la imposición de una pena, sino la prestación de medidas asistenciales» o, en términos más generales, que «sólo desde una perspectiva normativa es el autor la causa decisiva del conflicto», por lo que «puede ofrecer mejores po-

[85] Cfr. G. JAKOBS (nota 20), 1/47 y 50 y ss.

[86] Para Jakobs (*ibidem*), «el Estado no tiene –a su juicio– legitimación alguna para optimizar la actitud de los ciudadanos, sino que se ha de conformar con la observancia externa del Derecho (relegalización)», teniéndose que «limitar la prevención especial principahnente a la liberación de las presiones externas e internas» que aquejen al delincuente y «sólo con el empleo de medios que resulten legítimos frente a cualquier otro ciudadano no incurso en responsabilidad penal» Puede compararse, por ejemplo, este planteamiento con el formulado entre nosotros por S. MIR PUIG, *¿Qué queda en pie de la resocialización?,* ahora en IDEM, *El Derecho penal del Estado socialy democrático de Derecho,* 1994, pp.l41 y ss.

[87] Según N. LUHMANN, *AusdifferenzierurZg des Rechts,* 1981, 79, 90 s., el hecho de que se atienda a la «rehabilitación del delincuente» en lugar de a la «rehabilitación del Derecho», constituye un síntoma de una merma de diferenciación del sistema Derecho respecto de otros (sub)sistemas sociales, que pondría en peligro la subsistencia de aquél.

[88] Cfr. G. JAKOBS (nota 20), 1/12 y ss.

sibilidades de éxito iniciar la prevención de los delitos mediante una reorganización en ámbitos que no sean precisamente la esfera del autor»[89].

Esta amplia consideración de «equivalentes funcionales» de la pena permite relativizar la objeción de que un planteamiento funcionalista (y en particular el de Jakobs) remite necesariamente a una visión demasiado estática y armónica de los sistemas sociales[90]. Como se ha advertido reiteradamente, el análisis funcional, no es incompatibe con un análisis crítico, ni con una teoría crítica de la sociedad, aunque sí lo sea «la pretensión de totalidad» del funcionalismo y de la teoría de sistemas[91].

3. No es por tanto la falta de consideración de estrategias de resolución del conflicto alternativas a la pena lo que cabe criticar en el enfoque de la prevención general positiva de Jakobs, sino más bien, en la línea de lo señalado entre nosotros por Mir Puig y Pérez Manzano, precisamente la escasez de criterios normativos que orienten firmemente esa elección, es decir, de criterios que indiquen por qué y cuándo es necesaria precisamente una sanción de las características de la pena y en qué circunstancias se puede o se debe prescindir de ella y realizar un tratamiento diferente del conflicto. Este déficit de la formulación de la prevención general positiva ha sido admitido por *Müssig*, quien concede, que «ciertamente de este planteamiento no se deriva para la caracterización sociológica de la pena más que la necesidad de una reacción demostrativa para la la estabilización de la norma», pero a continuación añade que «la configuración de la sanción, su drástica intensidad, así como la necesidad de reaccionar con pena y no hacer operar otros mecanismos de procesamiento (sc. del conflicto) han de de-

---

[89] Cfr. G. JAKOBS (nota 20), 1/42 y 47, irlfine.

[90] Sobre esa crítica, distanciándose de ella, K. AMELUNG (nota 8), pp. 365 s. Según este autor la concepción social de la teoría de sistemas muestra una cierta neutralidad respecto de las diversas teorías políticas. Así «el conservador se remitirá a las funciones de una institución, el progresista a su sustituibilidad por equivalentes funcionales, el colectivista resaltará las necesidades del sistema social y el individualista las cargas que para la conducta del individuo lleva aparejada la solución del problema». No obstante reconoce la posibilidad de que, pese a lo anterior, el planteamiento funcionalista no sea igualmente fructífero para todas las posiciones políticas. Como señaló el Profesor Atienza en la discusión que siguió a esta ponencia, el funcionalismo puede favorecer más bien un punto de vista conservador que un punto de vista progresista o reaccionario; que ello haya de considerarse positiva o negativamente depende de las características del orden que se pretenda mantener o cambiar y de en qué sentido se plantee este cambio.

[91] Cfr. en este sentido, por ejemplo, N. BOBBIO, *El análisis funcional del Derecho. Tendencias y problemas,* en IDEM, *Contribución a la teoría del Derecho* (ed. a cargo de A. Ruiz Miguel), 2ª ed. 1990, pp. 262 s.; y R ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. de M. Atienza e I. Espejo), 1989, pp.46 y 132. Sobre ello también J.A. GARCÍA AMADO, *Del método jurídico a las teorías de la argumentación, en Anuario de Filosofla del Derecho*, 1986, p. 178. En el ámbito del Derecho penal así también, recientemente, MÜLLER-TUCKFELD (nota 15), pp. 68 s.

terminarse a partir de la estructura concreta de la sociedad, es decir, que son producto del ¿acuerdo normativo? en una concreta sociedad y dependientes, por tanto, de los criterios normativos de la identidad de tal sociedad»[92].

La raíz de esta relativa falta de conexión interna entre el concepto preventivo-general manejado y la pena se encuentra ya, sin embargo, en una insuficiente atención a lo ésta tiene de específico en el conjunto de los instrumentos de control social. El propio *Jakobs* parece haber advertido dónde se sitúa propiamente la cuestión cuando señala que «*también* para los equivalentes funcionales de la pena se generan *costes* (en el sentido de pérdidas de bienes de cualquier naturaleza), *que tienen que ser repartidos*», y que sólo han de ser soportados por personas a la las que incumba el conflicto[93]. La selección de la forma de control y de tratamiento de los conflictos sociales, bien a través de la pena (que impone costes al transgresor, por su transgresión) o bien a través de otras alternativas (que desplazan, eventualmente, esos costes a otras personas o a la sociedad en su conjunto), constituye, en efecto, un problema de distribución social de las cargas correspondientes. Y en la resolución de ese problema no se puede ignorar que la opción en favor de la utilización del instrumento «pena» no hace descansar unilateralmente todas las cargas sobre el infractor, sino que, como ha señalado *Hart*, supone, frente a otras técnicas, de carácter manipulatorio o de simple incapacitación de sujetos con tendencias antisociales, la asunción de un riesgo para la sociedad, al posponer ésta la intervención «hasta que el daño ya se ha producido; su operación consiste, simplemente, en anunciar ciertas pautas de comportamiento y en asignar penas a la desviación, haciéndola así menos atractiva, y, sólo entonces, dejando a los individuos que elijan. Es éste –concluye *Hart*– un método de control social que, de diversos modos o quizá en sentidos diferentes, maximiza la libertad individual en el marco de la estructura coactiva del Derecho»[94].

VII

1. El defecto más grave que, a mi juicio aqueja a la concepción de la prevención general positiva, en la versión ofrecida por Jakobs, aunque no sólo

[92] B.J.A. MUSSIG (nota 24), pp. 145 y s. En el caso de Müssig, esta remisión se traduce en una interesante orientación de tales criterios a la Constitución para tratar de determinar –a la luz no sólo de su catálogo de derechos fundamentales, sino también de sus principios organizativos esenciales– los posibles contenidos legítimos de las nonnas penales y la necesidad o no de su garantía con los instrumentos del Derecho penal (cfr. *ibidem*, pp. 168 y ss., con una amplia adhesión a los principios de formalización de la reacción penal planteados por *Hassemer*).

[93] Cfr. para lo que sigue G. JAKOBS (nota 20), 1/13 y 2/27.

[94] H.L.A. HART, *Introducción a los principios de la pena*, traducción de J. Betegón, en J. BETEGON/ J.R. DE PÁRAMO (eds.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos,* 1990, pp. 176 y s.

en ella, se encuentra directamente relacionada, conforme a lo que acabo de apuntar, con una particularidad del modelo teórico de los sistemas sociales en el que se inspira. La tendencia a considerar la pena sólamente en un plano simbólico o comunicativo, como «respuesta» al delito o como «manifestación» de la voluntad de vigencia del Derecho frente a lo injusto, hace que se pierda de vista lo que también es la pena y de un modo eminente: un mal que se ejecuta sobre quien ha cometido el delito con el propósito precisamente de privarle de alguno de sus bienes jurídicos más preciados y que precisa, en cuanto mal que es, de una específica legitimación respecto de quien ha de soportarlo. *Mir Puig* ha señalado, en este sentido, que «si sólo importa» en la pena «su significado comunicativo de negación del delito y (de) afirmación de la norma, ¿por qué no habría de bastar la sola manifestación verbal de desacuerdo con el delito y (de) confirmación de la norma? ¿Por qué hay que añadir el mal empírico que implica la pena si este mal es en sí mismo irrelevante?»[95] Esta cuestión afecta efectivamente al núcleo del pensamiento de la prevención general positiva: la falta de consideración de la pena como un mal y la consiguiente ausencia de un análisis profundo del sentido que este contenido aflictivo tiene para el cumplimiento de su función ha perturbado seguramente también el tratamiento de la problemática de la culpabilidad como criterio específico de asignación de responsabilidad penal, pues en ella se ha de atender no sólo a lo necesario para la afirmación de la vigencia de la norma, sino ante todo a una fundamentación suficiente del deber de soportar la pena por el autor como consecuencia de su infracción[96]. Ciertamente, en la versión de la teoría de la prevención general positiva mantenida por *Jakobs* en su Tratado, había aún alguna respuesta (aunque muy poco desarrollada) a aquella cuestión: «al menos –decía entonces *Jakobs*–, por medio de la pena se aprende la conexión entre el comportamiento y el deber de soportar los costes, aunque la norma pueda ser infringida pese a lo aprendido»[97]. Pero en la evolución posterior del pensamiento de Jakobs incluso esa leve referencia se fue perdiendo, hasta desaparecer por completo[98].

---

[95] S. MIR PUIG, RDPC, 2ª época, n° 2 (1998), p. 4. Vid. también J.C. MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationspravention* (nota 15), pp. 67 ss., con otras referencias.

[96] Cfr. E.PEÑARANDA/C. SUÁREZ/M. CANCIO (nota 84), pp. 33 s. y 52 ss.

[97] G. JAKOBS (nota 20), 1/15

[98] Las respuestas ofrecidas a la cuestión planteada, mientras no se ha abandonado tan elevado nivel de abstracción han sido en efecto insatisfactorias. Este juicio merece, desde luego, la respuesta de H.H. LESCH, *Der Merbrechensbegriff* (nota 29), pp. 190 ss., que se mueve en la más estricta ortodoxia hegeliana: la restricción de los derechos del penado se basa en una retribución por la cual un equivalente del mal causado se vuelve contra quien lo causó conforme a la ley de su propia voluntad («Talión que opera por equivalencia valorativa»,«wertgleiche Talion»). G. JAKOBS, *Norm* (30), p. 108, considera, sin embargo, con razón, que con una explicación de este

2. Los problemas que suscita este entendimiento de la pena en un plano puramente simbólico tienen su origen en que en él se extrema un principio que sin esa radicalidad resulta razonable. Que la función de la pena haya de ser contemplada fundamentalmente desde la perspectiva del perjuicio que el delito irroga a la víctima y al conjunto de la sociedad y no en atención de la ventaja que el hecho produzca a su autor (como de un modo u otro se supone si predomina la lógica de una prevención general negativa o intimidatoria) es una opción preferible a la contraria, tanto desde consideraciones de principio[99], como en lo que se refiere a la explicación del Derecho vigente, que gradúa la gravedad de las penas atendiendo al carácter más o menos disvalioso del delito correspondiente y no al beneficio que de él se pretendiera obtener. Ya por este motivo parece más adecuado tomar como punto de partida la idea de que las normas penales se orientan a poner de manifiesto a todos el desvalor del hecho y que se puede seguir confiando en que habrán de ser respetadas, por más que ocasionalmente se produzca su infracción. Pero que la norma penal anuncia también un mal a quien infringe lo que en ella se prescribe es algo tan evidente que no puede ser seriamente discutido.

3. La negación de este dato discurre en paralelo con la también infundada pretensión de eliminar de las normas cualquier función de dirección de conductas (como por ejemplo hace Lesch[100]). Recientemente *Müller-Tuckfeld* ha señalado la inviabilidad de tal pretensión: «el aseguramiento de expectativas puede ser considerado analíticamente como el cometido primario del Derecho», pero esa función no puede ser desgajada de la de dirección

---

tipo no se puede construir una teoría de la pena «pues el delincuente en su racionalidad sólo formal ... no puede imponer a la sociedad cómo ésta ha de proceder. De este contexto no se deduce más que un deber de soportar la pena», que ha de ser fundamentada en su cualidad y entidad de otro modo. No obstante, la explicación del propioJakobs en este contexto (*ibidem* p. 105 s.) no parece en principio mejor: a su juicio, mediante la pena «se debe hacer imposible de un modo efectivo que el hecho (sc. delictivo) suscite a&esión, convirtiéndose en permanente en el mundo externo». La cuestión es por qué la imposibilidad de que el hecho suscite una adhesión depende de la imposición de un castigo, esto es, de un mal físico. Puesto que inmediatamente se piensa en el efecto disuasorio para el penado o para terceros que puede tener la imposición de la pena, *Jakobs* se ve obligado a salir al paso de esta (aparente) contradicción: «esto no tiene nada que ver con intimidación, corrección o aseguramiento del infractor de la norma o de otras personas»; pero las aclaraciones sucesivas dejan más bien la impresión contraria: lo único que queda flrme es que la medida de la pena se debe determinar por la gravedad del hecho y no por lo que sea más adecuado para la intimidación, la corrección o el aseguramiento. Una crítica similar a la que aquí se dirige a *Jakobs,* referida en cambio a la concepción de la pena de Kohler y Herzog, fuertemente influida también por el pensamiento de Hegel, puede verse en M. BAURMANN, *Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie des positiven* Generalprävention, GA 1994, p. 383, n. 28.

[99] Vid. en este sentido A. von HIRSCH, *Censurary castigar* (trad. de E. Larrauri), 1998, p. 33.

[100] Cfr. H.H. LESCH, *Der Verbrechensbegriff* (nota 29), p. 203.

de conductas, porque las expectativas no pueden ser (contrafácticamente) «estabilizadas a la larga si la facticidad de la norma es continua y manifiestamente transgredida». Por ello la dirección de conductas ha de ser una «segunda función del Derecho, de carácter derivado» de la anterior[101]. Esta era, por cierto y sin mayores matices, la tesis que mantuvo Luhmann en su Sociología del Derecho[102] y también el punto de partida que había sostenido en un artículo dedicado específicamente a la cuestión[103], en el que, no obstante, se observaban ciertas tensiones o dificultades para combinar en un sólo instrumento, las normas, esas dos funciones. Ambas no se excluyen mutuamente; más bien, la norma jurídica sirve precisamente para su combinación, asegurando, de una parte, contrafácticamente aquello que se puede esperar y justificando, de otra, reacciones que tienen como fin producir una realidad conforme a la norma a través de la prevención de la desviación o de la reparación del daño. El problema consistiría sin embargo en determinar en qué *nivel de pretensión* ambas funciones resultan todavía combinables, pues podría suceder que una política del Derecho excesivamente inclinada al aseguramiento del efecto (el cumplimiento del contenido de la norma) destruyese la seguridad de la expectativa o viceversa[104]. A esta cuestión dedicó también Luhmann algunos pasajes del capítulo tercero de su obra póstuma «Das Recht der Gesellschaft», donde la respuesta es, a primera vista, más tajantemente negativa. Aquí Luhmann sostuvo el Derecho sólo cumple una función[105]: «la función de la norma no reside en la dirección de motivos (...), sino en una estabilización contrafáctica»; por tanto, «la norma no garantiza una conducta conforme a ella, pero protege al que esto espera» en su confianza[106]. Sin embargo, la posición de Luhmann es también aquí más matizada que la que parece desprenderse de estas afirmaciones y, en realidad, termina por coincidir, desarrollándola, con la que anteriormente había mantenido. Esta matización tiene lugar a través del análisis de los efectos que en relación con esa función produce la posibilidad de sufrir esa sanción en caso de incumplimiento de la norma. Por una parte, en un concepto funcional de la norma como expectativa de conducta estabilizada contrafácticamente no existe ninguna decisión previa acerca de los motivos por los que

---

[101] J.C. MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationspravention* (nota 15), p. 64. En el mismo sentido ya R.P CALLIESS (nota 9), pp. 22 y 26 s. Vid. también R. ALCÁCER GUIRAO (nota 54), pp. 419 s.

[102] Cfr. N. LUHMAdNN, *Rechtssoziologie,* 2ª ed., 1983, pp. 1 14 y 219 s.

[103] N.LUHMANN, *Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssicherung?*, en IDEM, *Ausdifferenzierung* (nota 87), pp.73 ss.

[104] *Ibidem*, p. 74 y *passim*.

[105] N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, 1993, pp. 132 s.

[106] *Ibidem,* p. 135.

aquélla es cumplida o incumplida. Lo uno o lo otro puede suceder por desconocimiento o por la existencia de informaciones especiales; porque la norma se considera o no bien fundada (legítima, etc.) o coincidente con las propias valoraciones morales, etc. Y, «naturalmente», –concluye Luhmann- operan también las expectativas de sufrir una sanción: aunque hay hoy coincidencia en que el concepto de norma no puede ser definido por la conminación y, menos aún, por la imposición de una sanción, «la probabilidad de sanciones pertenece al instrumental simbólico que permite reconocer si existe o no una expectativa en el sentido del Derecho»[107]. Por otra parte, aunque la función del Derecho es posibilitar la seguridad de las expectativas precisamente en atención a que previsiblemente habrá casos en que su defraudación no pueda ser evitada, el incumplimiento de la norma pone en peligro la seguridad de orientación y, por ello, el Derecho tiene, al menos, que ofrecer y que poder llegar a imponer sustitutivos de su cumplimiento espontáneo, como son las penas o la reparación del daño[108]. Las prestaciones que el Derecho efectúa en orden a la «seguridad de su realización», analíticamente consideradas, han de ocupar sin embargo, a juicio de Luhmann, una posición subordinada respecto de la función de «seguridad de la orientación»[109]: «hay buenas razones –afirma– para limitar la imposición del Derecho a aquello que es necesario para posibilitar la existencia de expectativas resistentes a su decepción y conformarse para lo demás con la diferencia de funciones que corresponden al sistema jurídico y al político[110].

Si no se ha producido un cambio sustancial en sus puntos de vista a este respecto, cabe preguntarse por qué no ha mantenido Luhmann su anterior opinión de que la dirección de conductas habría de ser considerada como una segunda función derivada de la de aseguramiento contrafáctico de expectativas. Las razones por las que finalmente sostuvo que ésta es la única función del Derecho y aquélla sólo una prestación secundaria que el Derecho efectúa para el mantenimiento de las expectativas normativas y para otras numerosas funciones sociales se encuentra ya en parte en la diferencia, antes apuntada, del nivel de pretensión que en relación con lo uno o lo otro caracteriza al sistema jurídico (en el que está indicada una optimización de la función de estabilización contrafáctica de expectativas normativas, pero al que se cargaría en exceso con funciones de otros sistemas si se pretende que produzca una óptima prestación de dirección de conductas) y también en la mayor exigencia conceptual que adquiere la noción de fun-

[107] *Ibidem*, pp. 134 S.

[108] *Ibidem*, pp 152 s.

[109] Sobre estos conceptos vid. supra n. 64.

[110] N. LUHMANN (nota 105), p. 153.

ción en Luhmann tras el giro autopoiético introducido últimamente en su concepción. De acuerdo con ésta, sólo mediante *una* función se produce la clausura operativa de un determinado sistema respecto de su medio: en el caso del Derecho su única prestación específica, aquélla para la que no existen equivalentes funcionales, es la de que se pueda confiar, contrafácticamente, en las expectativas como tales expectativas (y no en cuanto prognosis de conducta)[111].

4. Todas estas consideraciones resultan también de interés cuando, superando el marco de la teoría de sistemas de Luhmann, se trata de aprovechar su análisis funcional para ofrecer una visión más crítica y, a mi juicio, también más completa del papel que pueden jugar en una concepción de la prevención general positiva la estabilización en el plano comunicativo de la vigencia de la norma y la conminación y ejecución del mal empírico en que la pena necesariamente consiste. Aquí puede darse muy bien el fenómeno señalado por Luhmann de que un intento de optimizar la dirección de conductas mediante una intensificación de la amenaza penal pueda dañar la estabilización de la norma por otros motivos. Ello no implica, sin embargo, que haya de verse en la conminación e imposición de la pena tan sólo un símbolo de desaprobación del hecho delictivo, sino que es imprescindible tomar también en consideración un elemento de desincentivación, de desaliento de la realización de ese hecho. Ello se relaciona con una debilidad congénita de todo Ordenamiento jurídico que no sea absoluto[112], sino que respete el pluralismo o el mandato de neutralidad del Derecho respecto del motivo de la obediencia a sus normas: la legalidad, el comportamiento externo conforme a la ley, puede ser exigida incluso por la fuerza, pero las razones de la obediencia deben dejarse al arbitrio de cada uno[113]. Esto no quiere decir que esas razones tengan para el Derecho, en todos los sentidos, el mismo valor. El recurso a la fuerza instrumental o a la amenaza de ella es imprescindible para garantizar un mínimo de obediencia fáctica del Derecho, pero sólo de forma secundaria. Un ordenamiento jurídico, que se presume a sí mismo legítimo, pretende prioritariamente el reconocimiento racionalmente motivado de sus normas. La peculiaridad del modo de validez del Derecho estriba en que se orienta simultáneamente a dos polos: a la facticidad de la observancia regular de las normas, que en su caso se obtiene también mediante coerción, y a la legitimidad de la regla misma, que pue-

---

[111] Cfr. *ibidem*, pp. 156 ss. y *passim*.

[112] Cfr. G. JAKOBS, *El principio de culpabilidad,* en IDEM, *Estudios* (nota 21), p. 382.

[113] Cfr. U. KINDHÄUSER *Rechtstreue als Schuldkategorie,* ZStW 107 (1995), pp. 701 ss (=IDEM *La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad,* en D.-M. LUZÓN PEÑA/S. MIR PUIG, *Cuestiones actuales de la teoría del delito,* 1999, pp. 185 ss., por donde en adelante se cita).

de producir su observancia por el propio respeto hacia ella[114]. Como consecuencia de esta prioridad para el ordenamiento de la perspectiva de la legitimidad, pese a la neutralidad respecto de la motivación concreta que impulse al agente a cumplir la ley, en los casos de incumplimiento está vedado un trato puramente instrumental con el infractor, si en él se supone la capacidad para una motivación que atienda a la legitimidad de la norma. En particular ello significa, en relación con (la amenaza de) la pena, que ésta no puede ser de tal intensidad que desplace en la práctica la posibilidad de que el cumplimiento se produzca por aquella motivación que no puede ser impuesta: por la propia vinculación a la pretensión de legitimidad contenida en la norma. La gravedad de la sanción no puede establecerse por lo que resulte instrumentalmente necesario para obtener una obediencia a su vez estratégicamente orientada, lo que conduciría a la constatación paradójica de su insuficiencia en cada infracción efectivamente producida (y a un deslizamiento por la pendiente de una cada vez mayor punición), sino por lo que racionalmente pueda ser aceptado también como legítimo en una perspectiva intersubjetiva como expresión del desvalor del hecho[115].

5. A una comprensión semejante de la prevención general positiva, que desborda evidentemente -en una perspectiva crítica- el puro análisis funcional, se aproxima en los últimos años un número creciente de autores en la doctrina jurídico-penal. En esta línea se mueve por ejemplo la propuesta de Baurmann y Kuhlen de considerar la pena estatal como medio para fomentar un cumplimiento libre o voluntario de las normas[116] y muy especialmente la concepción de la pena recientemente divulgada entre nosotros por *An-*

---

[114] Cfr. J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Introducción y traducción sobre la cuarta edición revisada de M: Jiménez Redondo), 1998, 90 ss., y U. KINDHAUSER (nota 113) pp. 201 s. Vid. también R ALEXY (nota 91), pp. 208 ss.; y J.C. BAYÓN MOHINO, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, 1991, pp. 738 ss.

[115] Así también U. KINDHAUSER (nota 113) pp. 215 ss., y A. von HIRSCH (nota 99), pp. 34 ss., especialmente p. 40 (vid. también infra). De igual opinión es en definitiva J. Mª SILVA SÁNCHEZ, *Eficiencia y derecho penal,* p. 105, cuando se inclina por admitir que el efecto disuasorio de las normas penales no radica «únicamente en el factor intimidatorio de la amenaza a la pena, sino también en el aspecto de comunicación del valor, relativo a la gravedad del hecho. Aquí se trataría de elementos de convicción mediante la determinación conforme a sentido», lo que vendría impuesto por «una imagen del hombre como persona». Cfr. también R. ALCÁCER GUIRAO (nota 54)19981B pp. 418 ss.: particularrnente interesante es la relación que en esta línea establece entre prevención general de la pena y el modelo del hombre político como destinatario de las normas. Parcialmente en esta dirección BJ. FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995,* 1997, p. 71.

[116] Cfr. M. BAURMANN, Voriiberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalpravention,, GA 1994, pp. 368 ss., y L. KUHLEN, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, GA 1994, pp. 347 ss.

drew v. Hirsch[117]. Según este autor, la pena expresa en primer término, siguiendo a *Strawson*[118], una desaprobación o censura sobre el hecho, suministrando a su autor, considerado como agente moral, razones para desistir de su realización, pero le suministra también, en segundo lugar, razones prudenciales para resistir la tentación de ejecutarlo si aquellas otras razones le son insuficientes. Entre ambos aspectos existiría una relación en virtud de la cual la función de desaprobación tendría primacía, operando la función preventiva sólo dentro del marco definido por aquélla[119]. A este punto de vista subyace una concepción de la naturaleza humana que yo personalmente comparto, aunque difiera de prejuicios muy arraigados también en el ámbito del Derecho penal. Como dice *A. von Hirsch*: «los penalistas tienden a ver con excesiva facilidad a los delincuentes como especies aparte del ciudadano obediente, como personas que son bastante impermeables a los mandatos morales y que necesitan ser intimidados o refrenados para respetar la ley. Yo no acepto esta visión. Un sistema de penas no debiera ser diseñado como algo que "nosotros" hacemos para prevenir que "ellos» delincan. Más bien debería ser algo que los ciudadanos libres diseñan para regular *su* propia conducta ... Un sistema penal en una sociedad democrática debiera ser del tipo del que la gente aceptaría como forma de ayudarles a vencer sus propias tentaciones, al tiempo que respeta su capacidad para elegir»[120].

6. La consecuencia que de todo ello cabe extraer es que la pena, desde una perspectiva de prevención general positiva y no (preferentemente) intimidatoria, ha de garantizar la vigencia de las normas dispuestas para proteger los bienes jurídicos esenciales[121] mediante la asignación de consecuencias negativas a su infractor como *motivo complementario* para su cumplimiento. Pero, posiblemente se piense que llegados a este punto nos hemos apartado ya en exceso del objeto de las anteriores consideraciones, que estaban referidas ante todo a comprobar la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en la obra de *Jakobs*. Las críticas que generalmente ese

---

[117] Cfr. A. von HIRSCH (nota 99), pp. 34 ss. y *passim*.

[118] P.F. STRAWSON, *Freedom and Resentment,* en IDEM (ed.), *Freedom and Resentment and OtherEssays,* 1974, pp. 1 ss.

[119] A. von HIRSCH (nota 99), p. 39.

[120] *Ibidem*, pp. 28 s.

[121] Sobre la necesidad de la noción de bien jurídico como «término teórico» a través del cual se introduce una perspectiva crítica sobre la legitimidad de aquellas normas cuyo quebrantamiento se sanciona penalmente, cfr. E. PEÑARANDA/C. SUÁREZ / M. CANCIO (nota 84), pp. 34 ss. En cuanto a la interpretación del concepto de bien jundico como «término teórico» vid. C.S. NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, 1974, pp. 66 ss.

han proyectado contra este autor y en particular contra su concepción funcional de la culpabilidad parecen dar a entender, en efecto, su incompatibilidad con una reconstrucción de la teoría de la pena como la que se acaba de proponer, en cuanto que tales críticas se resumen en la idea de que un concepto de culpabilidad semejante no puede representar límite alguno para las necesidades de prevención general, puesto que se construye en función de ellas, y permite la completa instrumentalización de la persona para tales necesidades[122].

En esas críticas se pasa por alto sin embargo que el punto de vista de Jakobs, sobre todo en sus últimos escritos dedicados a esta cuestión, dista mucho de coincidir con un planteamiento puramente instrumental tendente a justificar la imposición de una pena sólo por su necesidad o utilidad social. Frente a ello, el propio Jakobs ha puesto de relieve que su reconstrucción de los principios y conceptos fundamentales del Derecho penal (y entre ellos, de forma destacada, el principio de culpabilidad) conserva, con su insistencia en la noción de persona y de comunicación personal, numerosos elementos pertenecientes a la vieja tradición europea. Esta afirmación queda manifiestamente corroborada con la contraposición que Jakobs establece entre comunicación instrumental y comunicación personal y la vinculación a esta última de su noción de culpabilidad. En la primera clase de comunicación, característica por ejemplo de las teorías de la prevención general negativa o de intimidación, el otro es objeto de un cálculo estratégico al servicio de una determinada finalidad y recibe el mismo trato, por tanto, que una máquina. En la comunicación personal, en cambio, el otro es reconocido como un igual, como alguien a quien se atribuye la capacidad de efectuar expresiones de sentido con validez general. Si, como ha señalado acertadamente *Burkhardt* remitiéndose a las correspondientes distinciones de Strawson, lo característico de cualquier teoría puramente preventiva de la culpabilidad consiste en la consideración como objeto del individuo a quien se atribuye la responsabilidad penal, frente a la «actitud dialógica» o «participativa» que sería coherente con su reconocimiento como persona[123], la construcción de la culpabilidad de Jakobs apunta manifiestamente hacia una síntesis entre finalidades preventivas y consideraciones deontológicas, derivadas éstas últimas del status reconocido al autor.

---

[122] Cfr. para esto y lo que sigue, ampliamente, E.PEÑARANDA / C. SUÁREZ/M. CANCIO (nota 84), pp. 47 ss., con numerosas referencias.

[123] Cfr. en este sentido B. BURKHARDT, *Charaktermangel und Charakterschuld,* en K. LUDERSSEN/F. SACK, *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissensschaften für das Strafrecht,* t. I, 1980, pp. 186 ss. Vid. también supra n.1 .

No deja de ser significativo, en este sentido, que el propio Jakobs, recuperando de una forma modificada la concepción de la pena que había expuesto en su Tratado, haya acabado por aproximarse también en su último escrito sobre la cuestión a la visión de la prevención general positiva que se ha descrito en el epígrafe anterior: la pena tiene ahora, en su opinión, una función manifiesta, de comunicación personal de la pretensión normativa, y funciones latentes (¿o quizá complementarias o secundarias?), de dirección instrumental de la conducta a través de la motivación. *Jakobs* advierte que una y otra funciones tienen destinatarios distintos que podrían ser caracterizados, al modo de Kant, como *homo noumenon* y *homo phaenomenon*, respectivamente[124]. Mejor sería decir, probablemente, en la línea de lo que anteriormente se ha expuesto, que la pena se dirige a los seres humanos en cuanto seres inteligibles y sensibles *a la vez*[125], aunque con predominio de la primera de estas dos perspectivas.

[124] G. JAKOBS, *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, (trad. de T. Manso Porto), en Escuela Judicial/Xunta de Galicia, Estudios de Derecho Judicial 20 (1999), pp. 136 s.

[125] Esta «definición híbrida» del destinatario de la pena, que I. KANT, *La Metafísica de las costumbres* (trad. y notas de A. Cortina Orts y Jesús Conill Sancho), 1989, pp. 33 s. [226 s.], había de considerar necesariamente «falsa», puede constituir sin embargo la clave para una fundamentación más racional de la pena.