

FUNCIONALISMO PENAL MODERADO O TELEOLÓGICO-VALORATIVO *VERSUS* FUNCIONALISMO NORMATIVO O RADICAL

Manuel José Arias Eibe

Doctor en Derecho. Universidad de A Coruña

RESUMEN. Dentro del pensamiento del funcionalismo penal alemán —al margen de otras orientaciones menos relevantes— destacan el funcionalismo moderado de C. ROXIN y el funcionalismo radical de G. JAKOBS. Tanto el sistema de ROXIN, como el sistema de JAKOBS, se orientan a la realización de determinados valores que se constituyen en rectores del sistema mismo, pero esos valores son diferentes en uno y otro dogmático. Mientras que para ROXIN los valores provienen de la política criminal propia de un Estado social y democrático de Derecho —superando de ese modo el relativismo valorativo en que habían caído los neokantianos—, en JAKOBS los valores se pretenden transponer desde la teoría sociológica de LUHMANN.

Palabras clave: Funcionalismo, Roxin, política criminal, Jakobs, Luhmann, prevención general.

ABSTRACT. Regarding the theories of the German criminal functionalism —and excluding less relevant considerations—, we can distinguish between the moderate functionalism of C. ROXIN and the radical functionalism of G. JAKOBS. The objective of both systems is the attainment of certain values which govern the system itself, but such values are considered in a different way by both theorists. According to ROXIN those values arise from the criminal policy characteristic of a social and democratic state ruled by law, or constitutional state —so transcending the valorative relativism previously sustained by neokantians—, whereas for JAKOBS, those values are transposed departing from the sociological theory of LUHMANN.

Keywords: Roxin, Jakobs, Luhmann, functionalism, criminal policy, general prevention.

1. CLAUS ROXIN Y EL SURGIMIENTO DEL FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO-VALORATIVO

ROXIN publica en 1970 su monografía *Política Criminal y sistema del Derecho Penal* y con ella comienza una orientación dogmática que pretende, por una parte, la superación de las arduas polémicas entre causalistas y finalistas que tantos ríos de tinta habían generado, y al mismo tiempo superar los inconvenientes prácticos a los que había conducido la dogmática tradicional, singularmente el defecto consistente en el alejamiento entre las teorías elaboradas —y soluciones adoptadas en base a las mismas— como consecuencia de formulaciones abstractas a las que conducía el método empleado, y la realidad práctica —realidad social— a la que el Derecho penal y dichas teorías iban dirigidas¹. Es decir, hasta el momento dogmática y realidad se encontraban ubicadas en planos distintos e incommunicados, y en no pocas ocasiones las soluciones dogmáticas —adoptadas al margen de la realidad social— producían resultados insatisfactorios desde una perspectiva práctica. ROXIN intenta superar dicha incommunicación orientando el sistema del Derecho penal, conceptualizado ahora como un sistema abierto, a las valoraciones de la Política Criminal en un intento de dar soluciones coherentes a los problemas de la realidad práctica pero sin caer en un puro pensamiento tópico². ROXIN quiere, pues, la unidad sistemática entre

¹ ROXIN pretenderá, con su sistema, ser eficaz. Para ello considera que lo ideal será estructurar las categorías básicas del Derecho penal desde perspectivas político-criminales dando entrada así, en la configuración referida, a perspectivas sociopolíticas y a datos empíricos y criminológicos. Vid. ROXIN, C., 1998: «Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems», en *Festschrift für Günther Kaiser*, Berlin: Duncker & Humblot, pp. 885 y ss.

² Se trata del llamado *Derecho penal orientado político criminalmente o a sus consecuencias*. Vid. DE LA CUESTA AGUADO, P. M., 1998: p. 58. ROXIN intenta pues un enriquecimiento de la dogmática jurídico penal con las aportaciones que desde la política criminal se pueden hacer a la misma. ROXIN presenta una formulación sintética entre el pensamiento deductivo (valoraciones político-criminales) e inductivo (atención a los grupos de casos), y ello a un tiempo, caracterizándose por evitar caer en el normativismo extremo en que habían incurrido los neokantianos —en la medida en que permanece atento a la naturaleza de las cosas—, y al mismo tiempo, sin llegar a caer tampoco en la idolatría profesada a las estructuras lógico-objetivas, por parte de los ortodoxos del finalismo. En relación con la “tópica”, es preciso significar que VIEHWEG, T., en su obra *Tópica y jurisprudencia*, vid. VIEHWEG, T., 1964: «Tópica y jurisprudencia» (trad. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN), en *Ensayistas de hoy*, n.º 39, Madrid: Taurus, pretendió la sustitución del pensamiento sistemático en la Ciencia del Derecho, proponiendo su sustitución por un pensar tópico o *pensamiento-problemático*. Su procedimiento consiste en «una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema» (vid. VIEHWEG, 1964: p. 49), considerando que la categoría del sistema deductivo es “inadecuada” para la ciencia del Derecho; es «un impedimento para la vista» (VIEHWEG, 1964: p. 121). Esta tesis de VIEHWEG ha tenido cierta acogida en la doctrina, por ejemplo en ESSER y WÜRTEMBERGER (WÜRTEMBERGER, T., 1967: *Persona y Ley Jurídica. Contribución a una futura antropología del Derecho*, Argentina: Universidad Nacional de Córdoba, p. 20, alude este autor a la necesidad de que los juristas se centren más en la realidad antes que en la sistemática), siendo repudiada frontalmente por otros, como JESCHECK (vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., 1999: *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Madrid: Tecnos, p. 104). En realidad, como señala SAINZ CANTERO (1980: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Introducción*, Barcelona: Bosch, reimpresión, 1981, p. 72), el nacimiento del pensamiento problemático y su desarrollo doctrinal habría que situarlo en los excesos del sistematismo en la Ciencia del Derecho penal. A VIEHWEG y el pensamiento problemático se le reconoce el mérito de haber frenado y puesto de manifiesto los excesos a que puede conducir un sistematismo exagerado, pero, sin embargo, la mayoría de la doctrina rechaza sus planteamientos pues se considera que «el sistema sigue siendo de importancia vital para el método científico-jurídico» (vid. GIMBERNAT ORDEIG, 1999: p. 105). Por ello, GIMBERNAT propugna una solución de compromiso. Es decir, considera que la dogmática jurídico-penal «debe pensar sistemáticamente y también problemáticamente», opinando que las consideraciones de índole sistemática deben ser confirmadas en el problema. En semejantes términos se pronuncia también SAINZ

Derecho penal y Política criminal. La orientación del sistema del Derecho penal a los fines del Derecho penal en general y a los fines de cada uno de los niveles del propio sistema en particular, exigirá una amplia normativización de los conceptos, normativización que se verá facilitada tras aceptarse, desde estos planteamientos, que la pretendida vinculación ontológica entre conceptos y realidad era menor que la propugnada por los finalistas³.

ROXIN pretende sistematizar, desarrollar y reconstruir las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad bajo el prisma de su función político criminal en una suerte de sistema abierto en orden a la resolución de los problemas que la realidad presenta⁴. Ahora bien, ello no quiere decir que renuncie al contenido de las categorías dogmáticas elaboradas hasta el momento, sino que su pretensión será complementar las mismas y perfeccionarlas. Así, por ejemplo, la categoría de la imputación objetiva elaborada por ROXIN no sustituirá a la causalidad, sino que la complementará para perfeccionar la imputación en el marco del tipo objetivo.

Todas las categorías dogmáticas en ROXIN deben ser entendidas desde los fines de la pena, que vienen dados por el propio sistema social. Desde esta perspectiva, la concepción del bien jurídico en ROXIN está íntimamente ligada al sistema social mismo⁵. Para él, un bien jurídico será aquello que resulte útil para el desarrollo del individuo o para el propio sistema social, de suerte que su concepción material de lo injusto será precisamente la lesión de esos bienes útiles para el individuo o para el sistema. ROXIN distingue entre tipo total o tipo sistemático⁶, y tipos de garantía y de error, integrando

CANTERO, 1980: p. 72, para quien «la solución no radica en una sustitución del pensamiento sistemático por el problemático, sino en una síntesis dialéctica entre ambos. El pensamiento problemático, si quiere mantener el carácter científico de la actividad jurídica, tiene que desembocar en un sistema; y el pensamiento sistemático, si quiere encontrar la solución justa de un caso, tiene que estar orientado en el problema».

³ Desde esta nueva perspectiva los conceptos se funcionalizan, es decir, se les exige que logren resultados justos y adecuados en el marco del desempeño de un adecuado papel en el sistema. En este sentido, la concepción roxiniana parte de que el dogmático debe, en primer lugar, averiguar qué valoración político criminal subyace en cada uno de los conceptos o categorías de la teoría del delito, y una vez determinada la misma funcionalizar dicho concepto o categoría, es decir, construir y desenvolver el mismo de manera que responda a la función que le es propia de un modo idóneo.

⁴ Evidentemente, en este punto ROXIN superó el relativismo valorativo neokantiano por valoraciones político criminales, logrando asimismo apartarse del normativismo extremo del sistema neokantiano, y al mismo tiempo superó también completamente los meros esbozos formulados por VON LISZT, quien percatado de la necesidad de vincular Derecho penal y política criminal, no llegó, sin embargo, a realizar un diseño de una teoría completa del delito dando entrada a las valoraciones político criminales como fundamento y límite de la intervención penal, como por el contrario hace ROXIN. Para ROXIN la construcción del sistema del Derecho penal no debe vincularse a los tradicionales elementos ontológicos —acción, causalidad, estructuras lógico objetivas, entre otros—, sino que debe orientarse por los fines del Derecho penal. ROXIN, en su obra *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*, establece que el tipo cumple la función de determinación de la ley penal conforme al principio *nullum crimen*; a la antijuridicidad le corresponde la función de solucionar los conflictos sociales, y a la culpabilidad corresponde la función de determinar la necesidad de pena, conforme a consideraciones de tipo preventivo. Vid. SHÜHEMANN, B., 1991: p. 64. Sin embargo, más recientemente, en relación con la función del tipo, ROXIN introduce consideraciones de prevención general que superan el mero formalismo del *nullum crimen*. Vid. ROXIN, C., 1997: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, 3.ª ed., München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 7/56.

⁵ Aunque debe advertirse, asimismo, que en el sistema de ROXIN tiene mucha importancia la delimitación del bien jurídico empleando para ello no sólo los fines de la pena, sino también parámetros constitucionales entendidos valorativamente, lo que permitirá a VIVES tachar el planteamiento roxiniano —a la vista de su concepción de la culpabilidad— como de incongruencia gramatical.

⁶ Dentro del que incluye tanto el dolo como las causas de justificación.

en el tipo tanto la antijuridicidad formal como la material, de suerte que la conducta típica será, a un tiempo lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y al mismo tiempo infracción del deber normativo⁷.

2. EL DERECHO PENAL COMO NECESIDAD PREVENTIVA EN EL PENSAMIENTO DE ROXIN

ROXIN parte de considerar que el Derecho penal se justifica por su efectividad en la solución de los problemas de la realidad social. En este sentido, el Derecho penal tiene sentido a fin de evitar o reducir a límites razonables la criminalidad; por ello, su concepción del Derecho penal es eminentemente preventivo: prevenir y evitar el crimen, de lo que deriva que el fin de la pena no puede ser retribuir o castigar, sino prevenir nuevos delitos. En este sentido, para este autor el fin de la pena es tanto la prevención general (positiva o integradora), como la prevención especial. Ahora bien, ROXIN reconoce que las penas, por sí solas, son instrumentos insuficientes e inadecuados para luchar contra la criminalidad, en especial por lo que toca a las penas privativas de libertad, que se revelan como especialmente problemáticas, propugnando la introducción en el sistema de reacción penal de nuevas sanciones de carácter social constructivo, en el marco de una estrategia global de prevención en la que el Derecho penal no sería sino uno de sus asideros. Para llegar a este punto debemos partir del núcleo central del pensamiento de ROXIN, cual es la política criminal. ROXIN, partiendo del reconocimiento de que el delito es consustancial a la imperfecta naturaleza humana, y que por tanto no puede obviarse la necesidad de un Derecho penal en la medida en que el delito jamás dejará de existir, proclama no obstante la necesidad de encauzar el Derecho penal al servicio de la sociedad misma, y ello al objeto de lograr un ordenamiento punitivo más humano y justo. Para ello, el Estado debe prevenir el delito mediante medidas adecuadas de orden político criminal, ya que la solución de la criminalidad no se encuentra en la mera represión de las conductas delictivas, sino en la prevención de las mismas con adecuadas medidas de orden político, jurídico, económico y social, y todo ello en orden a la contención del crimen dentro de unos márgenes tolerables, admisibles y socialmente soportables.

De alguna manera puede decirse que la dogmática roxiniana centra su atención en el hombre y en la sociedad, considerando que la dogmática jurídico penal idónea ha de venir de contrastar los efectos del ordenamiento penal en la sociedad misma, en una suerte de retroalimentación permanente entre Derecho penal y realidad, superando de ese modo la concepción de una dogmática puramente lógico-formal.

3. LA PENA Y LA CIENCIA INTERDISCIPLINARIA DE LA PREVENCIÓN EN ROXIN

Para ROXIN la pena, *ultima ratio* en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, presenta fines preventivos generales y especiales, y en su concepción

⁷ VIVES ANTÓN, 1996: pp. 437 a 440.

humanitaria llega a propugnar la adopción de medidas político-criminales tendentes a la sustitución de la pena de prisión por otras que supongan una menor injerencia en las personas —y por otra parte no menos eficaces que la misma en orden a la prevención—, en el caso de delitos menos graves y leves, centrando su atención, al mismo tiempo, en la necesaria atención a la víctima del delito y en la reparación del daño. De esta suerte, en no pocos casos resultarán más eficaces preventivamente —y menos lesivas para el individuo— penas como los trabajos en favor de la comunidad o el arresto domiciliario vigilado a través de medios electrónicos o la suspensión o pérdida definitiva de la licencia para conducir y la multa, que penas privativas de libertad. En efecto, para llegar a esta conclusión, ROXIN reconoce que desde hace tiempo venimos asistiendo a dos tendencias contrapuestas de política criminal en relación con el tratamiento penal: orientar el sistema de penas hacia la reinserción, reeducación del infractor y prevención del delito, o bien centrarse preferentemente en la imposición de penas duras y disuasorias como medio de prevención. ROXIN reconoce que las penas privativas de libertad resultan necesarias para los delitos graves y para los sujetos reincidentes incorregibles, pero reconoce que las mismas, en general, y en la conformación actual, son inadecuadas para luchar contra la criminalidad, proclamando la necesidad de orientar la construcción de una estrategia global de la prevención, en el marco de una ciencia interdisciplinaria de la prevención.

El hecho de que las penas, en general, se adviertan como instrumento inadecuado para la lucha eficaz contra la criminalidad se deriva, en primer lugar, del hecho de que a pesar de la existencia de las mismas, la criminalidad y la reincidencia siguen existiendo. ROXIN señala que el delito existirá siempre, pues el mismo es producto de la imperfección de la naturaleza humana, y en la realidad social existen determinados ámbitos de la criminalidad en los que se advierte, además especialmente, la ineficacia de las penas para prevenir los delitos; así sucede con la criminalidad pasional, en casos de crisis existenciales o emotivas, en los supuestos de carencia de socialización familiar respecto a los niños potenciales delincuentes, en las balsas de miseria económica y en los ámbitos de la criminalidad organizada. A pesar de ello, ROXIN señala que el Derecho penal es necesario, pues resulta un instrumento imprescindible para imponer la paz jurídica y evitar la anarquía; no obstante, para el profesor de Munich la consideración de que con penas más duras se pueda lograr una reducción considerable de la criminalidad es considerada como errónea.

Ahora bien, una cosa es que el Derecho penal resulte necesario para dichos fines, y otra es que se esté obrando adecuadamente para prevenir y reducir adecuadamente la criminalidad. A juicio de ROXIN, las penas severas —especialmente las privativas de libertad, pero también las multas— no son instrumentos idóneos, por sí solos, para prevenir la criminalidad. Las penas privativas de libertad, lejos de lograr el objetivo al que programáticamente sirven, constituyen, en sí mismas, una aporía, ya que resulta difícil comprender cómo se podrá lograr la reinserción, reeducación y rehabilitación de un sujeto, estigmatizado y fuera de la sociedad, privado de su libertad natural. Esa ruptura del individuo con su familia, con su trabajo, tan sólo podría ser justificada en el caso de delitos especialmente graves, o en el caso de sujetos reincidentes, y en cualquier caso debe resultar admisible tan sólo con una orientación marcadamente reduccionista de la duración de la privación de libertad, combinando la misma con medidas de terapia social y no abandonando al infractor entre cuatro paredes. En el caso

de las privaciones de libertad de corta duración, está demostrado empíricamente, señala ROXIN, que la ejecución de la pena corta privativa de libertad, por el contacto del sujeto con el mundo carcelario, tiene efectos criminógenos y puede suponer, precisamente, lejos de la prevención teóricamente perseguida, el verdadero inicio de la carrera criminal. Por otra parte, las penas de multa tampoco son la panacea, ya que además de que pueden ser abonadas por terceras personas ajenas al infractor, con lo que el efecto sobre el mismo puede ser nulo, las mismas producen un efecto completamente diferente entre los pudientes y los humildes —en este sentido el sistema días/multa de nuestro Código penal de 1995 trata de salvar dicha objeción—, todo ello además de que no se descarta la posibilidad de que determinados sujetos, a fin de obtener el importe de la multa y evitar la privación de libertad, incurran en una nueva infracción delictiva contra el patrimonio.

ROXIN propugna, como decimos, la formulación de una estrategia global de prevención en el marco de una ciencia interdisciplinaria de la que formaría parte el Derecho penal. Ahora bien, para él, la prevención sólo podrá ser eficaz si la misma se sigue, no sólo a través de la formulación programática de un catálogo de penas, por muy graves que éstas sean, sino a través de unas adecuadas políticas sociales (que a través de un adecuado sistema impositivo derive en inversiones que tiendan a la socialización de los más desfavorecidos, reducción de la miseria, de la marginalidad, de la drogadicción, etc.) tendentes a la reducción de la criminalidad atacando precisamente su raíz; asimismo propugna la necesaria existencia de un eficaz control preventivo policial, reorientando las inversiones y proponiendo menos inversión en prisiones y mayor inversión en una policía eficaz, ya que el temor al descubrimiento policial —que depende obviamente de la eficacia de la propia institución— es un factor importante para retraer la decisión criminal.

Dentro de las nuevas sanciones, ROXIN ha reflexionado sobre algunas, tratando de complementar el sistema de reacción penal actual con nuevas sanciones de carácter social-constructivo. En este sentido, y tras analizar las ventajas de las penas de privación del permiso de conducir vehículos a motor —incluso para infracciones que nada tengan que ver con la circulación vial—, dada la evidente afectación que supone dicha sanción a la comodidad de los ciudadanos en el mundo actual, o las ventajas de la pena de arresto domiciliario asegurado electrónicamente —implantado en Norteamérica— que consisten en esencia en evitar la ruptura del sujeto con su ambiente familiar y laboral y permitir que el sacrificio lo sea tan sólo de su tiempo libre y de una forma mucho menos estigmatizadora que la privación de libertad en un centro carcelario, el profesor de Munich se ha centrado en analizar las ventajas que en orden a la prevención del delito pueden suponer sanciones como la privación de libertad, pero unido a medidas terapéuticas, en relación con delitos graves en sujetos reincidentes o con trastornos de personalidad; o la opción de sustituir la pena privativa de libertad o multa por trabajos en beneficio de la comunidad aceptados voluntariamente en el caso de delitos leves o menos graves; o las ventajas que respecto a la protección de la víctima puede tener la instauración de medidas reparadoras y de conciliación con la víctima, o la institución procesal del sobreseimiento con la obligación de reparación o realización de trabajos en beneficio de la comunidad en el caso de delitos leves.

La formulación de ROXIN presenta, a la vista de lo que llevamos dicho, una moderada normativización y funcionalización de los conceptos y categorías jurídico-pena-

les, a diferencia de la formulación del profesor de Bonn, G. JAKOBS, que, como veremos, se caracteriza por una completa absolutización o radicalización, tanto de la normativización como de la funcionalización de los mismos⁸.

4. APROXIMACIÓN AL PENSAMIENTO DE JAKOBS

G. JAKOBS pretende superar el relativismo que achaca a la construcción de ROXIN y sus discípulos⁹, funcionalizando todos los conceptos jurídico-penales al que cree fin último del Derecho penal, es decir, a la prevención general positiva¹⁰.

Como para JAKOBS la sociedad se constituye mediante normas —normas que vendrán a conformar su base misma— el ordenamiento jurídico-penal tendrá la específica misión de velar por la subsistencia de tales normas y, por tanto, de velar por la misma subsistencia de la sociedad que se apoya en ellas, y del orden social conformado¹¹, de lo que deriva, en última instancia y de forma mediata, que la identidad y

⁸ De hecho, la moderación que presenta el pensamiento de ROXIN ha servido para que desde diversos ámbitos se haya puesto en cuestión incluso el verdadero carácter funcionalista del profesor de Munich. En este sentido, VIVES ANTÓN, 1996: pp. 447 y ss., quien al tratar la insuficiencia epistemológica que —desde su perspectiva— presenta el funcionalismo teleológico de ROXIN, y tras señalar que en el sistema del profesor de Munich no sólo tienen importancia los fines de la pena, sino también los parámetros constitucionales entendidos valorativamente —en especial en la delimitación del bien jurídico— y la dignidad del hombre —en su concepción de la culpabilidad—, cree entender que el sistema de ROXIN se encuentra viciado desde los necesarios parámetros de la unidad del Derecho, y ello en la medida en que la formulación roxiniana pretende comprender las normas constitucionales desde la dignidad del hombre —axiológicamente—, mientras que las penales han de ser comprendidas, desde su planteamiento, empíricamente, es decir, desde los fines de la pena. *Vid.* en el mismo sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2001: p. 1082, nota (26). Por otra parte, la formulación de ROXIN, según VIVES, 1996: p. 449, incurre en una manifiesta incongruencia gramatical en la concepción de la tipicidad, ya que, al margen de la saturación que presenta, no existe una satisfactoria coordinación de las funciones atribuidas al mismo, no existiendo tampoco criterios que eviten la confusión entre las mismas. Sin embargo, es lo cierto, no todas las formulaciones del funcionalismo teleológico-valorativo parten de los mismos presupuestos que ROXIN, por lo que como advierte VIVES, las críticas formuladas sirven tan sólo para aquellas orientaciones que admitan los mismos puntos de partida. En este sentido, como señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2001: p. 1082, en nuestro Derecho, la tesis de SILVA SÁNCHEZ de la *relación dialéctica* permanente entre la lógica de la prevención y la lógica de las garantías, que en su opinión viene a constituir «la construcción más acabada en el marco de un enfoque teleológico-funcional» —reconociendo posteriormente que tal tesis no resulta lejana a los planteamientos en que se apoya el propio VIVES para la fundamentación del Derecho penal, aunque, lógicamente, salvando los diferentes enfoques metodológicos de uno y otro—, no se ve afectada por las críticas referidas a ROXIN, y ello por cuanto —independientemente de que SILVA comparta la saturación en cuanto a las funciones del tipo que se evidenciaron en ROXIN (*vid.* nota 29)— para SILVA, la justificación del Derecho penal no tiene su apoyo exclusivo en las teorías de la pena, sino que en el mismo se hace manifiesta la construcción de las categorías dogmáticas y del sistema mismo del Derecho penal, como fruto de una síntesis derivada de la tensión permanente que se advierte entre el interés en eliminar la violencia extrapenal y el interés en disminuir la propia violencia del sistema penal, tensión permanente entre una tesis —la primera— y una antítesis —la segunda—, que afecta al conjunto del sistema del Derecho penal.

⁹ Podríamos señalar como discípulos más relevantes de Claus ROXIN, en Alemania, a SCHÜNEMANN, RUDOLPHI, AMELUG, WOLTER y ACHENBACH.

¹⁰ En la pretensión formulada por JAKOBS de que el ordenamiento jurídico penal está orientado a garantizar la identidad normativa y la propia constitución de la sociedad se evidencia un marcado alineamiento de este autor con el pensamiento funcionalista, superador de las concepciones que se habían centrado en el individuo, en el marco del pensamiento racionalista moderno.

¹¹ Dice JAKOBS, G., 1997: *Derecho penal. Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., Madrid: Civitas, p. 12, que jurídico-penalmente sólo se garantizan aquellas normas a cuya observancia general no se puede renunciar para el mantenimiento de la configuración social básica.

carácter de los mismos individuos, como personas, también resultarán preservados por el Derecho penal, y ello en la medida en que si la sociedad resulta protegida por el Derecho penal, también lo serán éstos, que sin la misma, serían simples animales.

En este sentido podríamos incluso afirmar que la funcionalización realizada por JAKOBS no sólo se extiende a los conceptos jurídico-penales, sino que llega a funcionalizar al sistema jurídico-penal mismo, en el marco de una teoría funcionalista-sistémica de la sociedad construida en base a las formulaciones de Niklas LUHMANN¹². Para LUHMANN el Derecho es un sistema social; se trata, según su formulación, de la estructura de un sistema social vinculada a la generalización congruente de expectativas normativas de comportamiento¹³. En este sentido, JAKOBS parte del mismo presupuesto que LUHMANN; para el profesor de Bonn, el Derecho es una parte de la sociedad, y la solución a los problemas sociales por medio del Derecho penal tiene lugar dentro de la sociedad¹⁴ y a través de un sistema social parcial que es el sistema jurídico penal¹⁵. Para JAKOBS cuando se violan las normas jurídicas se produce una decepción que exige la reafirmación de las expectativas defraudadas, y congruentemente con ello, considera que el fin del Derecho penal es la estabilización del mismo sistema social mediante la estabilización de las normas en el referido sistema, de manera que la imputación

¹² En el prólogo del *Lehrbuch*, JAKOBS ya advierte que su libro es un Tratado en el que desarrolla la teoría sociológica de LUHMANN. Vid. VIVES ANTÓN, 1996: p. 442. En efecto, como veremos a continuación, la función del Derecho penal como mecanismo de aseguramiento y reforzamiento de las expectativas normativas, o como LUHMANN decía, como mecanismo de estabilización contrafáctica de expectativas, que se hace visible en JAKOBS, ha sido una de las ideas importadas de LUHMANN. Vid. JAKOBS, 1997: pp. 9 y ss.; LESCH, H. H., 1999: *Der Verbrechensbegriff, Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln, etc., Carl Heymanns, pp. 186 y ss. El influjo del funcionalismo sociológico de LUHMANN —en especial del de su primera época— es evidente en el grueso de la construcción dogmática de la teoría del delito de JAKOBS y de sus discípulos, sin embargo, en los últimos tiempos, las referencias de JAKOBS al sociólogo de la Universidad de Bielefeld se han tornado escasas, lo que evidencia que tal vez se encuentre su construcción dogmática en una especie de fase de tránsito y de abandono de la perspectiva sociológica y su sustitución por una fundamentación filosófica nueva. En este sentido, en 1996: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid, Civitas, (trad. Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ), p. 16, pese a reconocer el efectivo influjo que su construcción ha recibido del funcionalismo de LUHMANN, llega a señalar que, no obstante ello, su concepción y la del sociólogo de Bielefeld presentan sustanciales diferencias; del mismo modo en su trabajo de 1998: *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, München: Bayerische Akademie der Wissenschaften, pp. 11-14, parecen evidenciarse influjos en JAKOBS provenientes de la Filosofía del Derecho de KANT. Por su parte, su discípulo LESCH, H. H., 1999: *La función de la pena*, Madrid: Dykinson, pp. 51-52, señala, independientemente de la efectiva influencia de LUHMANN sobre su concepción del Derecho penal, el efectivo influjo que en su concepción ha tenido HEGEL. En este mismo sentido, VIVES ANTÓN, 1996: pp. 446 y 447, señala que la concepción de JAKOBS, tanto en el marco de lo injusto como en el de la culpabilidad, se asemeja mucho al pensamiento retributivo de HEGEL.

¹³ LUHMANN, N., 1987: p. 105.

¹⁴ Señala JAKOBS que con el Derecho se resuelve siempre un problema del sistema social.

¹⁵ LUHMANN parte de una concepción acrítica de la sociedad, centrándose en la sociedad existente y sin plantearse valorativamente un determinado sistema social deseable. Su análisis de lo funcional y de lo disfuncional se limitará a la pura estructura formal, pero no a los valores materiales del sistema, y esto último conllevará precisamente una de las diferencias esenciales entre el normativismo radical de JAKOBS y el funcionalismo valorativo de ROXIN: mientras JAKOBS —en base a la teoría social de LUHMANN— se centra en la estructura formal del sistema social, ROXIN penetra en el contenido de valores del sistema mismo. Para JAKOBS y su Escuela, la preocupación por el contenido material de las normas penales no es tanto una labor de la ciencia del Derecho penal como cometido específico del ámbito político-criminal. Así, como señala VEHLING, K.-H., 1991: *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt M., etc., Suhrkamp, p. 109, a quien corresponde determinar valorativamente lo necesario para la estabilización del orden social es al legislador, y no al dogmático penal.

derivará de la infracción de la norma en cuanto que infracción de las expectativas sociales¹⁶. La pena es así, para JAKOBS, la demostración de la vigencia de la norma a costa de un sujeto competente¹⁷, y como señala el profesor de Bonn, la misma no repara o no tiende a evitar lesiones de bienes jurídicos¹⁸, sino que según su concepción, la misma «confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma»¹⁹.

Bajo la construcción de JAKOBS, de manera similar a la formulación de LUHMANN, todos y cada uno de los individuos que forman la sociedad tienen atribuidos unos determinados papeles²⁰ que generan a su vez determinadas expectativas en los demás. De esta suerte, cada uno de los sujetos que conforman la sociedad son garantes de que las expectativas existentes acerca de ellos no se vean frustradas. De alguna manera, para JAKOBS, lo importante no son los individuos²¹ sino lo que simboliza su comportamiento en relación con la vigencia de la norma. De esta suerte, tanto el cumplidor

¹⁶ En efecto, JAKOBS sostiene que la función del Derecho penal es el mantenimiento de la configuración social básica, *vid.* JAKOBS, 1997: p. 12, y que la decepción de las expectativas y el consiguiente conflicto surgido, así como la necesidad de reaccionar frente a la infracción que ello supone a las normas, «han de interpretarse como sucesos en el sistema de la relación social». *Ibidem.*

¹⁷ JAKOBS, G., 1993: *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlin/New York: DeGruyter, 1/3. Para entender correctamente esta definición de JAKOBS, y más en concreto la afirmación de que la pena demuestra la vigencia de la norma a costa del infractor, es preciso partir de que para JAKOBS el delito y la pena no interesan ontológicamente, sino tan sólo adquieren relevancia en relación con lo que las mismas expresan para el sistema social. Así, el delito expresaría que el sujeto infractor defraudó lo que se espera de él conforme al código comunicativo común del sistema social. Es un sujeto que actúa de forma contraria a las expectativas y, por tanto, perturba la calculabilidad y previsibilidad del sistema mismo. Y la pena, por su parte, expresa que la expectativa defraudada sigue siendo perfectamente válida pese a la defraudación del sujeto infractor, y por tanto se puede seguir esperando, en casos análogos, que las actuaciones sean conforme a la expectativa defraudada. En base a este planteamiento, la pena no va dirigida al sujeto infractor, como repulsa o reproche por el comportamiento desarrollado, sino que va dirigida a la colectividad, a la sociedad, como símbolo de reafirmación de la expectativa defraudada, mediante su imposición simbólica al infractor. De ahí que JAKOBS diga que la pena demuestra la vigencia de la norma a costa del infractor. Respecto a la *competencia*, JAKOBS, G., 1997b: *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas, p. 385, señala que la imposición de la pena se justifica en la medida en que el penado sea competente para manifestarse sobre la configuración correcta del mundo social racionalmente, de suerte que de resultar incompetente, como sucede con los enajenados, en lugar de pena, debería recibir tratamiento.

¹⁸ En realidad, como han puesto de manifiesto PEÑARANDA RAMOS, E.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., y CANCIO MELIÁ, M., 1999: *Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 57, la orientación de la prevención general positiva que se hace patente en la doctrina de JAKOBS no resulta contraria frontalmente a la teoría de los bienes jurídicos, ya que ambas doctrinas se mueven en planos diferentes, y por tanto no resultarán por ello frontalmente antagónicas. Así, la doctrina de los bienes jurídicos se mueve en el ámbito de la determinación del criterio material de legitimación de la intervención penal —que no corresponde en esencia a la ciencia del Derecho penal sino al ámbito político—, en tanto que la teoría de la prevención general positiva viene a ser una teoría explicativa de la función de la pena.

¹⁹ *Vid.* JAKOBS, G., 1996a: Prólogo. En efecto, para JAKOBS, siguiendo en esto claramente a LUHMANN, la misión de la pena consiste, simplemente, en reafirmar la vigencia de la norma. *Vid.* JAKOBS, 1997a: p. 13.

²⁰ Para JAKOBS ser persona —máscara— significa desempeñar un papel en la sociedad, y la libertad de los sujetos se genera precisamente a través del proceso de comunicación. Como veremos en breves instantes, la consideración de los papeles o roles desempeñados socialmente por los sujetos va a permitir a JAKOBS resiliencia en ello su doctrina de la imputación objetiva. Así, jamás podrá decirse que un sujeto ha violado la norma, si su conducta ha sido realizada de forma coherente con los papeles que le competen, y ello aun cuando produzca resultados lesivos.

²¹ Al igual que sucedía con LUHMANN, que los colocaba fuera del sistema mismo.

de la norma, como el infractor, tienen una comunicación con la sociedad mediante su diferente forma de actuar, que adquiere sentido diferente.

JAKOBS diferencia dos ámbitos de competencia de los sujetos: la competencia organizacional y la competencia institucional, y las frustraciones en que pueden incurrir los sujetos en esos diferentes ámbitos será lo que determine, a su vez, la diferencia entre delitos por competencia organizacional y delitos por competencia institucional²². El planteamiento de JAKOBS, atribuyendo la posición de garante a todos los individuos en la sociedad en relación con las expectativas que derivan de los papeles que desempeñan socialmente —sin hacer distinciones en relación a su comportamiento activo u omisivo—, producirá que la trascendental diferencia que desde una perspectiva ontológica se evidencia entre delitos de comisión y delitos de omisión, bajo esta perspectiva, se vea sensiblemente diezmada, y casi podríamos decir sustituida, por la diferenciación entre delitos por competencia organizacional y delitos por competencia institucional.

5. LA RENORMATIVIZACIÓN DE LOS CONCEPTOS PENALES EN JAKOBS Y CRÍTICAS AL SISTEMA

El Derecho penal para JAKOBS cumple capitalmente una función de reestabilizar expectativas previamente defraudadas, y para ello precisará una auténtica y completa renormativización de los conceptos jurídico-penales²³. De esta suerte, la teoría del delito del profesor de Bonn es una auténtica teoría de la imputación. Para la concepción jakobsoniana, el aspecto nuclear se centrará así en la eficiencia de la pena en orden a la reafirmación de la validez de la norma y la reestabilización del sistema. Para JAKOBS la relación entre delito y pena deriva del significado simbólico de ambos conceptos²⁴: el delito es la negación objetiva de la norma, pero no con un significado empírico, sino comunicativo²⁵, y la pena es, también simbólicamente, la respuesta que confirma la norma²⁶. Es decir, la conducta criminal, el delito, presupone un comportamiento

²² Los individuos, que viven en sociedad y que portan determinados papeles en la vida social, generan a su alrededor un cúmulo de expectativas acerca de cuál será su comportamiento en el marco social. Los sujetos sociales presentan determinadas competencias organizacionales y al mismo tiempo competencias institucionales, competencias ambas que existen, paralelamente, a esas expectativas organizacionales e institucionales, respectivamente. En la concepción de JAKOBS los individuos vendrían a ocupar una posición de garante, en cuanto a que organizarán las interacciones en que intervienen socialmente sin generar violaciones a las normas penales, y ello tanto en el ámbito organizacional como en el ámbito institucional.

²³ Así, por ejemplo, la causalidad y la finalidad se sustituyen por el concepto normativo de competencia.

²⁴ El delito y la pena se ubican, según JAKOBS, «en la esfera del significado». *Vid.* 1997a: p. 13.

²⁵ En efecto, para JAKOBS el Derecho penal no tiene su desarrollo en la conciencia individual, sino en la comunicación.

²⁶ Para JAKOBS el delito no es un problema interindividual, sino un problema estrictamente social. El mismo no se definiría como un conflicto entre varios sujetos, individuos o grupos de personas, sino entre la actitud de un sujeto —o varios— y la sociedad, entre un individuo y el orden social mismo. JAKOBS sostiene entonces que la pena es la reacción de la sociedad frente a esas actitudes y conductas que ponen en peligro o atacan la propia esencia de la sociedad, pero limitándose a atribuir un significado meramente simbólico de ambos conceptos. Ahora bien, si esto es así, si la pena tan sólo implica la negación del delito y la afirmación de la norma, si únicamente tiene un significado simbólico-comunicativo y no empírico, si no se persigue principalmente con la misma la prevención de nuevos delitos, ¿qué sentido tiene el mal real y empírico implícito en toda pena? *Vid.* MIR PUIG, S., 1998: «Recensión al libro *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 2, pp. 445-455.

que significa el poner en cuestión la validez y vigencia de la norma, conducta frente a la que se erige la sanción con la que se responde no al daño a un determinado bien jurídico, sino a un daño a la vigencia de la norma infringida.

Las normas penales no son así, según esta concepción, mandatos imperativos dirigidos a los individuos, sino que contendrán, de manera significativa y de forma generalizada, la previsión de la reacción simbólica a la conducta, también significativa²⁷, de los sujetos. Las normas son, en palabras de LESCH, «estructuras simbólicas generalizadas»²⁸. De esta forma, la norma penal, mediante la previsión de la sanción, refuerza las expectativas contempladas para el caso de defraudación. En estos casos, la expectativa se reafirma²⁹.

Una de las principales críticas que recibe la construcción de JAKOBS es precisamente la de su pretensión de hacer pivotar toda la concepción del Derecho penal en el fin de la prevención general positiva, ya que si bien es cierto que el Derecho penal cumple una función estabilizadora y de reafirmación de la colectividad —a largo plazo—, de y en, las normas sociales, las costumbres y las expectativas, parece exagerado atribuir a dicha función la misión única y principal del Derecho penal, que se convertiría, de esa suerte, en un instrumento directo y principal del fomento del consenso social y de evitación del disenso³⁰. En esta misma línea, y de ahí otra de las críticas que se formulan a la construcción jakobsoniana, la pretensión de consenso que se propugna salvaguardar con el Derecho penal pugnaría con la legítima pretensión de cambio de la realidad social actual, y además, en la medida en que JAKOBS no es capaz de definir racionalmente las características del sistema social hacia el que funcionaliza toda su teoría, formula sus concepciones en base a un sistema social abstracto, y por tanto compatible con múltiples hipótesis de sociedad y de opciones político criminales diferentes³¹.

Crítica a la formulación sistemática de JAKOBS lo ha sido también el que, partiendo éste de la teoría sistémica de LUHMANN, ha incurrido en una formulación patentemente contradictoria en relación con determinados postulados de tal teoría, en especial por lo tocante con la posición ocupada por el sujeto en relación con el sistema

²⁷ El significado de los hechos delictivos viene a ser, como ya hemos visto, una afirmación que contradice la norma, no pudiéndonos detener en los aspectos puramente naturalísticos y externos del comportamiento, sino que se hace preciso, bajo estos parámetros, considerarlo como una forma más de comunicación. Vid. LESCH, H. H., 1999: *Der Verbrechensbegriff, Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln, etc., Carl Heymanns, p. 211. El mismo LESCH, H. H., 1995: *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 85, señala que las normas «no pueden ser afectadas mediante hechos, sino sólo mediante comunicación».

²⁸ LESCH, 1995: p. 85.

²⁹ Como señala JAKOBS, 1997a: p. 18, la pena tiene lugar para ejercitar en la confianza hacia la norma.

³⁰ Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2001: p. 120.

³¹ El propio JAKOBS reconoce que una de las posibles carencias de su enfoque se halla en su perspectiva acrítica del sistema social. Vid. JAKOBS, 1996a: p. 11. En cualquiera de los casos, es evidente que JAKOBS se limita a explicar el papel del Derecho penal como instrumento preservador de la sociedad, sea cual fuere ésta —democrática o totalitaria—, ya que cada sociedad, para subsistir, precisa de las normas —que le dan configuración— y de las normas penales, específicamente, que protegen aquéllas y a la sociedad misma; por ello, el debate sobre la configuración ideal de la sociedad trasciende del ámbito del análisis del papel desempeñado por el ordenamiento penal, que según la concepción de JAKOBS vendrá a ser el mismo en todas las sociedades, independientemente de su configuración concreta: preservar la sociedad misma a través de velar por la subsistencia de las normas.

social. Así, mientras que para LUHMANN el sistema social o la sociedad se compone tan sólo de comunicaciones y no de conciencias individuales, JAKOBS, sin embargo, parece dar entrada en el sistema a la misma conciencia individual, por ejemplo, al considerar el delito como la conducta que, en virtud de la motivación subjetiva del individuo y de su conciencia³², incurre en contradicción a la norma; o como sucede, por ejemplo, con su concepción de la culpabilidad, en la que da entrada a la responsabilidad del sujeto con un contorno de conciencia autónoma y libre que le produce incurrir en el riesgo de ser incoherente de nuevo con los presupuestos luhmannianos que dejarían estos aspectos fuera del sistema mismo —si bien es cierto que la alternativa supondría caer en una incontrovertida instrumentalización rechazable de tal concepto, situándolo completamente al margen de la dignidad de la persona—³³; JAKOBS y su Escuela, por otra parte, se quedan a medio camino³⁴ de la que sería la posición de LUHMANN cuando en múltiples ocasiones no les queda otro remedio que tomar en consideración al hombre desde una perspectiva naturalística a la hora de reconocer que el sistema se comunica con el mismo a través de la pena y del delito, los cuales, siendo comunicación, tienen que comunicar, precisamente, con los sujetos reales y libres y no con el sistema mismo, en tanto que en otras ocasiones parecen referirse a una comunicación del sistema con el propio sistema y no con los individuos. En relación con estas consideraciones, algunos autores han criticado a estas formulaciones del funcionalismo radical el que intentando ser luhmannianos de base han resultado incoherentes con determinados aspectos de sus teorías, señalando incluso la dificultad de lograr, con un mínimo de coherencia, un pretendido funcionalismo sistémico en el ámbito penal³⁵.

Por último, si bien habría que coincidir con JAKOBS en que una coherente perspectiva sociológica del Derecho penal no puede ignorar que el ordenamiento jurídico penal jamás podrá ser considerado de forma simple, abstracta, y sin más, como un mero conjunto de normas carentes de sentido social, y admitiendo que es preciso reconocer que las mismas cumplen una función social, sin embargo no puede coincidirse con el planteamiento jakobsoniano de que la función de las normas penales sea ajena a los valores de la sociedad —y en esto nos apartamos de la líneas del pensamiento de JAKOBS, pareciéndonos más aceptables las tesis formuladas desde el pensamiento de ROXIN— a la que pertenecen, sino que deben servir, precisamente, a los mismos, y más aún, podríamos decir que la legitimidad de las normas penales se hallará, precisamente, en la misma legitimidad de los valores de referencia. Por ello, la superficial

³² Precisas para la imputación de la conducta al sujeto.

³³ Vid. PÉREZ MANZANO, M., 1986: *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, pp. 170 y ss.

³⁴ Como señala GARCÍA AMADO, J. A., en el texto de la ponencia que presentó bajo el título *Luhmann y el Derecho Penal. Misión Imposible. O de cómo ser al tiempo sistémico y dogmático penal* el día 8 de junio de 2000, en León, en el marco del II Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal «Funcionalismo, Teoría de sistemas y Derecho Penal» organizado por las Áreas de Filosofía del Derecho y de Derecho Penal del Departamento de Derecho Público Básico de la Facultad de Derecho de la Universidad de León. Para GARCÍA AMADO, la posibilidad de ser dogmático penal —al menos según el sentido tradicional— y al mismo tiempo sistémico, se torna en tarea ciertamente dificultosa por no decir imposible.

³⁵ Como puso de manifiesto GARCÍA AMADO en su ponencia *Luhmann y el Derecho Penal. Misión Imposible. O de cómo ser al tiempo sistémico y dogmático penal*, op. cit.

y formal concepción del funcionalismo normativista de JAKOBS de que la función de las normas es su propio mantenimiento, ajena por tanto a toda cuestión valorativa³⁶, debe ser rechazada³⁷.

En definitiva, la formulación de JAKOBS adolece de una excesiva normativización³⁸ y funcionalización de los conceptos³⁹, preocupándose en exceso por los fines del sistema mismo y conduciendo a un auténtico sistema cerrado y poco garantista, quedando las categorías del delito sin contenidos claros, y mostrándose, por otra parte, aptas para acoger en su seno cualquier argumento coherente con el fin de estabilización de las normas, conduciendo a una suerte de neopositivismo en el que la sanción se justifica para reforzar y cohesionar a la comunidad misma, en una suerte de neoretribucionismo inspirado en la fidelidad al Derecho⁴⁰.

BIBLIOGRAFÍA

DE LA CUESTA AGUADO, P. M., 1998: *Tipicidad e imputación objetiva*, 2.ª ed., Mendoza: Editorial Jurídica de Cuyo.

³⁶ En cualquier caso es preciso reseñar que el enfoque jakobsoniano no puede resultar en todo momento un análisis puramente neutro, descriptivo y desprovisto de todo tipo de consideraciones valorativas, como se demuestra, por ejemplo, entre otros momentos, cuando defiende que dada la grave injerencia que supone la intervención penal, su legitimación debe derivar de la conformación de la misma de la forma más democrática posible. *Vid.* 1997a: p. 80. Ahora bien, esas consideraciones o elementos valorativos que aparecen en su obra no derivan sino del hecho de que su centro de atención se residencia, en el momento de referir dichas valoraciones, al sistema jurídico penal alemán contemporáneo, que es el que sirve de base de referencia al análisis formulado por el autor. Esto no quiere decir, por supuesto, que la formulación dogmática de estos autores intercale, en el marco de un planteamiento que se define como puramente descriptivo y neutro, consideraciones valorativas incoherentes con lo anterior, sino que simplemente describe, en un momento determinado, unas características de un determinado sistema jurídico —el alemán—, que no pueden extrapolarse a la conformación de cualquier sistema jurídico.

³⁷ Es preciso referir que JAKOBS, siguiendo a LUHMANN, coloca a los sujetos fuera del sistema social mismo, y por tanto fuera del objeto de protección del Derecho penal. Para JAKOBS el sistema social está conformado por un conjunto de interacciones sociales y no por un conjunto de sujetos.

³⁸ Especialmente criticado por SCHÜNEMANN, B., 1984: «Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht», en SCHÜNEMANN (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlín/New York: DeGruyter, pp. 154 y ss., p. 184. Para comprender el pensamiento de JAKOBS no debemos olvidar que el profesor de Bonn fue discípulo de WELZEL. Ahora bien, el normativismo extremo del que hace gala JAKOBS, no pudiendo incardinarse o concatenarse linealmente en el seguimiento del finalismo, únicamente puede ser entendido como reacción frente al ontologismo de WELZEL. En este sentido, como advierte CEREZO MIR, fue probablemente la encomienda que le hizo WELZEL de revisar su manual, y una vez comenzada la labor, lo que hizo derivar a JAKOBS, en una suerte de reacción evolutivo-intelectual, en un manifiesto rechazo al ontologismo y en el acogimiento de una postura anclada en el normativismo extremo al que nos estamos refiriendo.

³⁹ A pesar de ello no puede negarse que por debajo de dicha funcionalización y normativización extrema subyace un cierto contacto con su concepción social.

⁴⁰ Aunque JAKOBS no llega ni siquiera tan lejos como pretender la fidelidad al Derecho, su opinión es que la función del ordenamiento jurídico penal queda agotada en la mera protección de las normas, de tal suerte que la imposición de la pena no persigue la prevención de nuevos delitos sino simplemente la afirmación de la propia norma como medio de garantizar a la propia sociedad que se ha constituido y se configura a través de normas. Las tesis del funcionalismo radical o estratégico sustentadas por JAKOBS y su Escuela son minoritarias en Alemania, donde por el contrario son aceptadas mayoritariamente las orientaciones teleológico-valorativas de ROXIN. No obstante, así como en Alemania las tesis jakobsonianas experimentan ardorosas críticas, fuera de las fronteras —en especial en Hispanoamérica, y más en concreto en Colombia y Perú— las mismas han venido experimentando cierto acogimiento en un sector nada desdeñable de la dogmática penal, que se ha visto seducido por el sistema conceptual cerrado que presenta el profesor de Bonn.

- GARCÍA AMADO, J. A.: *Luhmann y el Derecho Penal. Misión Imposible. O de cómo ser al tiempo sistémico y dogmático penal*, ponencia del día 8 de junio de 2000, en León, en el marco del II Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal «Funcionalismo, Teoría de sistemas y Derecho Penal» organizado por las Áreas de Filosofía del Derecho y de Derecho Penal del Departamento de Derecho Público Básico de la Facultad de Derecho de la Universidad de León.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., 1999: *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Madrid: Tecnos.
- JAKOBS, G., 1991: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Berlin/New York: Walter de Gruyter.
- 1993: *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Berlin-New York: DeGruyter.
- 1996a: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (trad. Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ), Madrid: Civitas.
- 1996b: *Autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- 1997a: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a ed., Madrid: Marcial Pons.
- 1997b: *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas.
- 1998: *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, München: Bayerische Akademie der Wissenschaften.
- 2000: «La omisión: estado de la cuestión», en *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), 1.^a ed., Madrid: Civitas.
- LESCH, H. H., 1995: *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- 1999a: *Der Verbrechensbegriff, Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln: Carl Heymanns.
- 1999b: *La función de la pena*, Madrid: Dykinson.
- LUHMANN, N., 1974: *Soziologische Aufklärung*, 1, Opladen: Westdeutscher Verlag, 4.^a ed.
- 1982: «Durkheim on Morality and the Division of Labor», en *The Differentiation of Society*, Columbia University Press, pp. 5-7.
- 1987: *Rechtssoziologie*, 3.^a ed., Opladen: Westdeutscher Verlag.
- 1988: *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, 2.^a ed., Frankfurt.
- 1991: *Sistema Social*, México: Alianza.
- *The Autopoiesis of Social System*, Florencia, IUE, Autopoiesis Colloquium Papers, multigr. —Doc. IUE 328/85— Col. 181, pp. 25-26.
- MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., 2001: «La concepción significativa de la acción de T. S. VIVES y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito», en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*.
- MIR PUIG, S., 1998: «Recensión al libro Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a época, n.º 2.
- PEÑARANDA RAMOS, E.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., y CANCIO MELIÁ, M., 1999: *Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- PÉREZ MANZANO, M., 1986: *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- ROXIN, C., 1970a: *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2.^a ed., Berlin: Walter de Gruyter.

- 1970b: «Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal», en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho*, Homenaje al Profesor Jiménez de Asúa, Buenos Aires: Pannedille.
- 1973: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.^a ed., Berlin: DeGruyter.
- 1979: *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico* (trad. Enrique BACIGALUPO), Buenos Aires: Depalma.
- 1994: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München: C. H. Beck.
- 1997: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, 3.^a ed. München: C. H. Bick'sche Verlagsbuchhandlung.
- 1997: *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. y notas LUZÓN PEÑA, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, DE VICENTE REMESAL, 1.^a ed., Madrid: Civitas.
- 1998a: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. CUELLO CONTRERAS-SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 6.^a ed. alemana, Madrid: Marcial Pons.
- 1998b: «Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems», em *Festschrift für Günther Kaiser*, Berlin: Duncker & Humblot.
- 1998c: «El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo», en *Dogmática Penal y Política Criminal*, Lima: Idemsa.
- 2000a: «Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión», en *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario de la Universitat Pompeu Fabra), 1.^a ed., Madrid: Cuadernos Civitas.
- 2000b: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons.
- 2002: *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2.^a ed., Buenos Aires: Hammurabi.
- SAINZ CANTERO, J. A., 1980 (reimpresión, 1981): *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Introducción*, Barcelona: Bosch.
- SCHÜNEMANN, B. (comp.), 1991: «El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales», en *Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario*, Introducción, traducción y notas de Jesús María SILVA SÁNCHEZ, Madrid: Tecnos.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., 1992: *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, S. A.
- VEHLING, K.-H., 1991: *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt M., Suhrkamp.
- VIEHWEG, T., 1964: «Tópica y jurisprudencia» (trad. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN), en *Ensayistas de hoy*, n.º 39, Madrid: Taurus.
- VIVES ANTÓN, T. S., 1996: *Fundamentos del Sistema Penal*, con prólogo de J. A. BELLOCH JULBE, Valencia: Tirant lo Blanch.
- WÜRTEMBERGER, T., 1967: *Persona y Ley Jurídica. Contribución a una futura antropología del Derecho*, Argentina: Universidad Nacional de Córdoba.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., 2001: *Política Criminal*, Madrid: Colex, Madrid.