

DEL SISTEMA AL HOMBRE: ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA LA «CARA HUMANA» DE LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS

GIULIO ADINOLFI*

Doctorando Europeo, Universidad Miguel Hernández, Elche, (Alicante).
Colaborador Honorífico, Universidad Miguel Hernández,
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas.

Actualmente la teoría de los sistemas parece estar desarrollando una fuerte influencia en el Derecho penal¹. Crecen los debates y hay quien la sigue hasta caminos extremos y radicales². Originada en la ciencia matemática por el científico alemán Bertalanffy, des-

* Colaborador Honorífico: área de Derecho Penal, Universidad Miguel Hernández, Elche, Se agradece al Prof. Fernando Miró Llinares, por haberme acogido con la amabilidad y afecto que le caracteriza, para animarme, durante los Seminarios de Teoría Jurídica del Delito, Los principios penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, a deconstruir continuamente, perennemente, incesantemente, el Derecho penal, al fin de reconstruirlo, con libertad de pensamiento y de investigación, con lentitud, meticulosidad, coherencia. Se agradece además el Instituto de Justicia Transicional de Ulster, North Ireland, en el que realicé una estancia entre junio y septiembre 2005, y al que debo, entre otro, una parte de las lecturas y comentarios que he utilizado en este artículo.

¹ Cfr. PORTILLA CONTRERAS Guillermo, «La influencia de las ciencias sociales en el Derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre la selección de los intereses penales», en José Luis Díez Ripollés (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 1658, pp. 135-146, pp. 138 y ss.

² Cfr. el panorama ofrecido en GÓMEZ-JARA Díez Carlos (Ed.), *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación.*, Granada, Comares, 2005, pp. 557, con contribuciones de Kargl Walter, Jakobs, García Amado, Peñaranda Ramos, Piña Rochefort, Pietro Navarro, Bacigalupo Enrique, Gómez-Jara Díez Carlos; cfr. en particular los ensayos de MÜSSIG Bernd «Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en derecho penal. Puntos de partida para una sistematización», pp. 197-221, FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, «La normativización del derecho penal: hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación», pp. 435-544; y BLECKMANN Frank «Derecho penal y teoría de siste-

plazada parcialmente hacia la criminología³, encuentra en la sociología⁴ el *humus*, el terreno fértil, que le permite expandirse y proceder, subiendo en silencio y con paciencia en la escalera del consenso social entre los estudiosos⁵. De la sociología al Derecho el camino es muy breve y del Derecho en general al Derecho penal falta solamente una sistemática bien organizada que pueda soportar el peso de esta carga⁶. En este camino un gran penalista alemán la adopta y hace de ella su caballo de batalla fundando una doctrina⁷. En un li-

mas», pp. 341-383; Y también García Amado Juan Antonio, (coord.) *El Derecho en la Teoría Social: diálogo con catorce propuestas actuales*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 503; en particular RIVAYA Benjamín, «Las estructuras elementales del derecho (el pensamiento jurídico de Lévi-Strauss)», pp. 127-160; MORA MOLINA Juan Jesús, «El funcionalismo de Merton y el derecho», pp. 161-184; y CAMPIONE Roger, «Estructuración y derecho: la teoría social de Anthony Giddens», pp. 469-503;

³ Cfr. GARCÍA PABLOS DE MOLINA Antonio, *Tratado de criminología. (Introducción modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 1181, pp. 685 y ss.; y con más profundidad Ponti Gianluigi, *Compendio di Criminologia*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 1999, pp. 709, pp. 121 y ss.

⁴ Cfr. LUHMANN Niklas, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, introducción de Ignacio Izuzquiza, Barcelona, Paidós, 1990, pp. 144, *passim*, tr. Santiago López Petit, Dorothee Schmitz, tit. Or. *System und Funktion*, primer capítulo de *Soziale Systeme. Grundriss einer Allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984¹, pp. 676, pp. 30-91;

⁵ Cfr. PEÑARANDA RAMOS Enrique, «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito», *Doxa*, Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, 2000, n. 23, pp. 289-321, pp. 292-295; Ponencia presentada en el seminario «Funcionalismo, teoría de los sistemas», celebrado en León los días 8 y 9 de junio de 2000.

⁶ Cfr. GARCÍA AMADO Juan Antonio, «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal», *Doxa*, Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, 2000, n. 23, pp. 233-264, pp. 241 y ss.

⁷ Cfr. La bibliografía de Jakobs es casi inabarcable, por eso cfr. fundamentalmente JAKOBS Günther, «Imputación jurídico penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma», tr. Es. Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles, en JAKOBS Günther, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 240, pp. 75-97; publicado también en *Revista de Poder Judicial*, 1998, n. 49, fasc.1; Tit. Or. «Strafrechtliche Zurechnung Entwicklung des System aun den Bedingungen der Normgeltung», manuscrito, Bonn 1997; cfr. él mismo, «¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma», trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez en JAKOBS Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, pp. 163, pp. 47-73; Tit. Or. «Wie und was schützt das Strafrecht? Widerspruch und Prävention; Rechtsgüterschutz und Schutz der Normgeltung», manuscrito, tr. Manuel Cancio Meliá; y cfr. él mismo, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Bogotá, Universidad de Externado Colombia, 1996, pp. 62, Traducción Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijóo Sanchez. Tit. Or. «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropäischem Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des alteuropäischen Strafrecht?, que reproduce el texto presentado en la Jornadas alemanas de

bro reciente, Piña Rochefort⁸ intenta sacar a la luz el procedimiento de expansión y aplicación de la teoría de los sistemas al Derecho penal. El penalista chileno toma como punto de partida el rol de la imputación individual e intenta tomar en consideración todo el recorrido de la teoría de los sistemas para analizar lo que ha adquirido de ella el Derecho penal y la metodología del Derecho.

Creemos que sea oportuno explicar que la teoría de los sistemas, en la actualidad, tendría que completarse con otros adjetivos como estructural y funcional. Queremos decir que la elaboración del sistema implica que existe otro método para aproximarse a la realidad social, no tomando únicamente en cuenta el sujeto o un orden superior como la razón de Estado, sino considerando el todo, el conjunto, el acervo compuesto por todos los elementos. El sistema impone necesariamente que los elementos que lo componen se relacionen diferentemente entre sí, y entre el sistema que podría considerarse la organización social. Esta doble relación conlleva una diferente perspectiva y, en el intento de explicarlas en una misma teoría, se añade a la valoración la estructura. El adjetivo estructural deriva de la consideración que el sistema se estratifica por lo dicho en distintos niveles, la organización social u orden social, la organización política a la que pertenecen algunos o todos los sujetos, la organización económica a la que pertenecen algunos o todos los sujetos, la organización jurídica etc., y en la base de soporte los sujetos mismos, pero considerados en relación entre sí mismos. Estos niveles se estructuran, es decir se toman en cuenta en un mismo momento, o mejor dicho la estructura es el resultado de una fotografía en la que se pueden ver los distintos planos. La estructuración de los niveles considera los distintos niveles en actividad en el mismo tiempo y con un fin que es visto como único: el de organizar la máquina social. La estructura se empezó a plantear por el lingüista Sausurre, en el campo del estudio del lenguaje y en su desarrollo histórico. Después la estructura pasó a las ciencias sociales con Durkheim y Merton y casi contemporáneamente a la criminología⁹. El adjetivo funcional indica que el sistema se orienta según el fin considerado, o dicho de otra forma, la misión del

profesores de derecho penal en Rostock el 28 de mayo de 1995, y publicada en ZStW, n. 107, 1995, pp. 843-876;

⁸ Cfr. Piña Rochefort Juan Ignacio, *Rol social y de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 464, con prólogo de Jesús María Silva Sánchez; el autor ya es conocido entre los estudiosos de derecho penal de la península ibérica por su libro *Estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico de common law*, Granada, Editorial Comares, 2002, pp. 175; con introducción de Silva Sánchez.

⁹ Cfr. GARCÍA PABLOS DE MOLINA Antonio, *Tratado de criminología (...)*, ob.cit., pp. 702 y ss.

sistema es la de alcanzar la meta propuesta¹⁰. Esto hace que la estructura se complete dinámicamente considerando y nunca abandonando su perspectiva hacia el futuro. Ese paso se dio en parte ya con Merton, y más aún con las aportaciones de Luhmann. De esta forma la teoría de los sistemas en clave estructural y organizada funcionalmente se implantó en el Derecho penal en su versión radical con Jakobs que encuadra la culpabilidad funcionalmente casi en una perspectiva simbólica¹¹. Los méritos de Jakobs caminan junto a los de Amelung el cual interviene a sustituir el concepto de bien jurídico con el de dañosidad social¹². En síntesis extrema este ha sido, según nuestras investigaciones, el camino de la teoría de los sistemas hacia el Derecho penal.

A continuación vamos a analizar la obra del autor que ha procedido de forma parcialmente diferente. El libro se divide en dos secciones, la primera bajo el título «Fundamentos», desarrolla la posibilidad de trazar una postura diferente de la teoría de los sistemas, no

¹⁰ PRIETO NAVARRO Evaristo, «Teoría de sistemas, funciones del derecho y control social. Perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal», en *Doxa*, Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, 2000, n. 23, pp. 265-288, pp. 268 y ss.

¹¹ La culpabilidad ya no cuestiona el por qué y cómo el sujeto ha cometido el delito sino para qué sirve la culpabilidad. No se requiere que gradúe la pena (esta es una función secundaria) sino que en su versión simbólica la mera aplicación de la pena tiene que restablecer la confianza en el ordenamiento. Cfr. Jakobs, esencialmente las obras citadas; cfr. BARATTA Alessandro, «Integrazione-prevenzione. Una «nuova» fondazione della pena all'interno della teoria sistemica», *Dei Delitti e Delle Pene*, De Donato, Bari, 1984, a. 2, fasc. 1, pp. 5-30, pp. 10-11; también publicado bajo el título Integración- prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», en tr. de Emilio García Méndez y Emilio Sandoval, en Cuadernos Política Criminal, Madrid, 1994, n. 24, 533-551; in Doctrina penal, Buenos Aires, 1985, vol. 8, n.29, pp. 3-26; in tedesco Integration-Prävention. Eine systemtheoretische Neube-gründung der Strafe. in: *Kriminologisches Journal*, München 1984, S. 132-148. Es obligatorio cfr. PÉREZ MANZANO Mercedes, *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, 1986, pp. 323, pp. 160 y ss. ;

¹² Cfr. AMELUNG Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft (Untersuchungen zum Inhalt un zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädigkeit» des Verbrechen)*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1972, pp. 439, cit. por MIR PUIG Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*. 2 ed. (mejor dicho reimpresión de la primera ed. 1976) publicada por Editorial B de F., Montevideo-Buenos Aires, 2002, pp. 325, pp. 118 esencialmente en pp. 120-121; cfr. FIANDACA Giovanni, el análisis fundamentalmente descriptivo «Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale», in Marinucci G., Dolcini E., *Diritto Penale in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 466, pp. 139-176, pp. 155-158; y publicado anteriormente en Riv.It.Dir.Proc.Pen., Giuffrè, Milano, 1982, a. 25, fasc. 2, pp. 42-81, pp. 60-63,

necesariamente vinculada a una funcionalización radical o cerrada. La segunda sección tiene como título «La observación del sistema de imputación jurídico-penal» y trata de la imputación jurídico penal, pues es una prolongación de la primera, y en ella el autor fundamenta su teoría. El estudioso chileno, ya al comienzo del libro, desvela su intención «*El sistema "jurídico-penal no podía concebirse como un sistema desvinculado (ni vinculado accidentalmente) al sistema de la sociedad. En la búsqueda de soluciones aparecería en un principio la «teleologización» del sistema del Derecho penal y luego su «funcionalización»*» (p. 25). De esta forma manifiesta casi en seguida que su trabajo es una crítica interna a la teoría de los sistemas estructural-funcionalista. Para llevar a cabo esto comienza analizando el desarrollo de la teoría de los sistemas del propio Bertalanffy, intentando averiguar si el matemático podría haber sido el único responsable o el padre de la elaboración de un sistema cerrado que ha abierto la puerta al funcionalismo radical, tal como se entiende el funcionalismo de Jakobs¹³, en el que el hombre es solamente una pieza del todo y no la base de la organización de la sociedad; Piña se hace esta pregunta «*¿es la "teoría sistémico-social de corte luhmanniano la única posible o puede ésta ser reformulada con el fin de aumentar su capacidad descriptiva respecto del sistema que aquí interesa? O, en otros términos, ¿es posible una aplicación diferente de la teoría sistémica al Derecho penal?*» (p. 27)

Como nos podemos dar cuenta, Piña quiere realizar un trabajo de reconstrucción¹⁴ con la intención de dirigirse a la exacta función de la imputación individual, que en la teoría de los sistemas tradicional resulta siempre arrebatada en la búsqueda de un incesante equilibrio con el rol de la organización o estratificación de la sociedad.

Si bien, según Piña, existen *in primis* algunos problemas filosóficos no resueltos que lo animan a derrumbar ligeramente, o a comprobar sencillamente, la falacia naturalista, es bien dedicarnos a examinar como realiza esta reconstrucción de la teoría de los sistemas.

El autor sostiene que una teoría de los sistemas puede ser cerrada y abierta. La teoría sistémica cerrada determina que los problemas de

¹³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 2002 reimpresión de la 1 ed 1992, pp. 425, pp. 70 y ss.

¹⁴ La reconstrucción realizada por Piña es llevada a cabo también por Lesch y Müssig, sin embargo estos se mueven en el mismo marco tradicional de la teoría de los sistemas estructural-institucional Cfr. MÜSSIG Bernd «Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva (...)», ob. cit., *passim*; y LESCH H. Heiko, *La función de la pena*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 58, *passim* y en particular pp. 45 y ss. tr. de Javier Sánchez-Vera Gómex-Trelles; cabe otra diferencia, la reconstrucción de Piña es fundamentalmente metodológica, y conceptual.

la persona, del ser que compone la sociedad, no sean considerados como fenómenos, en *stricto sensu*, es decir como situaciones dignas de análisis o relevantes en sí mismos, sino como una mezcla desordenada de datos: un todo en el que el evento particular será relevante únicamente cuando aporte algunos cambios en la sociedad. Si tomamos en cuenta la definición de Bertalanffy de que el sistema es un conjunto de elementos en el que cada elemento puede interactuar con los demás elementos, y además estas interacciones determinan una diversa perspectiva del todo, parece casi que las únicas acciones capaces de determinar cambios en la sociedad sean únicamente las acciones complejas, que encuentran su origen en un grupo bastante grande de elementos¹⁵. Según Piña Rochefort, Bertalanffy no ha querido decir solamente esto, y desvela que la teoría del matemático alemán nunca ha sido cerrada y enraizada en acontecimientos complejos. Como revela Piña, el mismo científico alemán reconoce que existen tres tipologías de sistemas abiertos «1) *Los sistemas reales: o aquellos sistemas percibidos o deducidos de la observación que tienen una existencia con independencia del observador, como los sistemas orgánicos o el sistema solar.*

b) Los sistemas conceptuales: o aquellos sistemas que son constructos simbólicos como la lógica y la matemática.

c) Los sistemas abstraídos: que son una subclase de los anteriores que se caracteriza por que, a pesar de ser conceptuales, tienen un correlato en la realidad (como los sistemas científicos». (p. 40).

Según Piña, el problema pendiente de averiguación es el de la incidencia del observador, o más bien del hombre que está en la base del sistema social, en una realidad que ya existe. Esta incidencia es necesariamente imperfecta porque imperfecta es su posibilidad de percepción. Además no pudiendo el observador determinar la extensión, es decir, los límites del sistema, delega a esta entidad todos los poderes para autorregularse. Esta delegación del sujeto, es más bien la afirmación de la incapacidad del sujeto mismo de poder percibir su función y es aquí que se produce su frustración porque por una parte intenta lograr un orden en la organización social y por otra se da cuenta que todos sus esfuerzos se neutralizan ante la constatación de una organización y de un orden, aunque controvertido, que ya existe y no permite fáciles accesos. Con la falacia del poder del sujeto se concibe que el sistema para oponerse a los elementos inestables organiza o, según la tesis cibernética, realiza una investigación dogmática sobre los elementos que lo constituyen y lo entiende como mecanismos de

¹⁵ Cfr. PONTI Gianluigi, *Compendio di Criminologia, ob.cit*, pp. 119 y ss.

control (retro-alimentación) para que el sistema realice una fuerte capacidad de autorregulación. Así el sistema mantiene la estabilidad de su estructura adaptándose al entorno a través de las interrelaciones¹⁶. El sistema toma vida a través del giro autopoyético, por el que los sistemas son capaces «*de producir y reproducir por sí mismos los elementos que los constituyen*» (p. 66). El giro o círculo esclarece que los sistemas sí son dinámicos pero cerrados o centrífugos hacia sí mismos¹⁷. Este giro será interpretado por Luhmann como una connotación de las relaciones entre sistema y entorno, en el sentido de un *re-entry*, es decir, una necesaria delimitación del sistema dentro del entorno. Además la clausura operativa «es condición necesaria [porque] para la apertura toda apertura se basa en una clausura»¹⁸ y esto se puede entender por el hecho de que el «sistema autopoyético constituye [o reconstruye] los elementos de que se compone a través de los que se compone y de esa manera, marca fronteras que no existen en la complejidad infraestructural del medio ambiente del sistema»¹⁹. Dicho de otra forma, el sistema y todos sus elementos son delimitados por el entorno, y de allí el sistema no se puede salir y ni tampoco se elabora la posibilidad de que la búsqueda de estabilidad conlleve a modificar el entorno porque simplemente no puede existir un sistema que sea independiente del entorno. Por esto, según Piña, puede afirmarse «*que si todo lo que el sistema produce es incorporado al propio sistema, los límites del sistema están determinados por su propia operación: es el propio sistema el que fija sus fronteras*» (p. 67).

¹⁶ Cfr. NEVES Marcelo, «De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho» en *Doxa*, Departamento de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, 1996, n. 19, pp. 403- 420, y trad. en inglés por Margaret Griesse y Jeffrey Hoff, con el título «From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law», en *Journal of Law and Society*, 2001, vol. 28, n. 2, pp. 242-264; aunque según nos parece éste último ensayo es parcialmente diferente.

¹⁷ Sobre la autopoiesis cfr, la crítica de BECK Anthony, «Is Law an Autopoietic System?», en *Oxford Journal of Legal Studies*, 1994, vol. 14, n. 3, pp. 401-418, que evidencia las posibles influencias de perturbaciones (p. 412) y además que el contexto social posee necesariamente variabilidad que no se reduce en una y única solución vinculada por el entorno y predeterminada, (p. 413). Los factores externos encuentran, además una posibilidad de ampliación en el lenguaje del derecho porque la estructura normativa es también un derivado de factores externos como la cultura y la tradición que poseen otras dimensión (p. 416).

¹⁸ Vid. LUHMANN Niklas, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1987, pp. 606, citado por NEVES MARCELO, «De la Autopoiesis (...)», ob.cit.,p. 405.

¹⁹ Vid. LUHMANN Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983, p. 132, citado por NEVES Marcelo, «De la Autopoiesis (...)», ob.cit., p. 405 además cfr. sobre esto la crítica de Neves y la necesidad de tomar conciencia de la «Alopoiesis», o sea de la producción desde fuera, ajena u otra cfr. «From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law», ob.cit, esencialmente pp. 255-256;

Piña entiende que la clausura del sistema encuentra su momento originario en el giro autopoyético²⁰. El problema de este giro ha sido determinado en cierta forma por el estructuralismo de Sausurre que analiza únicamente los elementos entre sí, y no en perspectiva dinámica o diacrónica (el estructuralismo del lingüista francés adopta un funcionalismo débil), con aquello que está fuera de ellos. Además existe, siendo una disputa metodológica y con pocos datos objetivos, una enorme confusión en el momento de definir la estructura. En este punto Piña Rochefort, empieza a elaborar su variante de la teoría de los sistemas y considera que únicamente el rol social, una actividad fáctica, en el que el sujeto no es un mero espectador de todos los cambios sino que participa en el objeto dinámico del sistema abierto, podría trazar una ruta más segura y proporcionar datos fiables. Además solamente el rol social podrá determinar un correcto desarrollo de la imputación jurídico penal.

En este recorrido, realizado por Piña, sería posible también intentar plantear una solución a la tradicional disputa entre ontologismo y normativismo²¹. Sin embargo, Piña, tras haber sugerido su perspectiva, realiza un brinco hacia atrás y vuelve a Luhmann a quien lo había dejado por Sausurre, analizando así los principios de la teoría de los sistemas y de la perspectiva funcional de Luhmann en el que el sistema, es decir el fenómeno social, se compone de subsistemas como el mismo individuo y el Derecho, y en el que el

²⁰ Sobre esto está de acuerdo también NEVES Marcelo, «From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law», ob.cit, pp. 249 y ss; y BECK Anthony, «Is Law an Autopoietic System?», ob.cit, pp. 406 y ss.

²¹ Sobre este tema que se presenta actual cfr. PORTILLAS CONTRERAS Guillermo, «Los Excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal», en *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, n. 4, noviembre 2005, pp. 1-28; que hablando de la doctrina jakobsiana del funcionalismo sociológico junto a una peculiar forma de normativismo, denuncia que la autosuficiencia del ordenamiento en teoría sistémica conlleva una radicalización del individualismo ya sea en el plano filosófico, que político y económico, p. 6, p. 9, p. 12, p. 19, p. 22, y notas 53, 65, 70; cfr. Cuello Contreras Joaquín. «Neofinalismo y normativismo : condenados a entenderse», en *Revista de derecho penal y criminología*, 2005, n. 16, pp. 11-28; y cfr. MIR PUIG Santiago, Límites del normativismo en Derecho penal, en *R.E.C.P.C., Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, 2005, a. 7, art. 18, pp. 24, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>; también publicado en Miguel Bajo Fernández, Agustín Jorge Barreiro, Carlos J. Suárez González (coord), «Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo», Madrid, Thomson-Civitas, 2005, pp. 2257, pp. 666-690, en contra de esta posible unión cfr. LESCH H. Heiko, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado Colombia, 1995, pp. 117, tr. De Javier Sánchez-Vera Gómex-Trelles, (publicado también en Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 48, Fasc/Mes 3, 1995, pags. 911-972), p. 22-25 que crítica el ontologismo de Welzel, p. 91, p. 104 y se arraiga en una forma de normativismo organizado.

criterio de la funcionalización prevalece respecto a las valoraciones acerca el hecho individual y colectivo. De esta forma el autor se traslada al sistema de la imputación y afirma que la relación entre delito y pena es exclusivamente de ámbito social conflictual: «[e]l delito es un choque entre el individuo y la sociedad, una negación por parte del individuo de la vigencia de una norma imperante en la sociedad. Desde esta perspectiva, el delito es una propuesta al resto de los partícipes en el sistema social por la que se les invita a desconocer la vigencia de una de las normas (...) la sociedad puede actuar de diferentes formas: (1) o decir «no» y reafirmar la norma, o (2) aceptar la defraudación y reformularla (s. c., la norma), dándole un carácter meramente cognitivo» (p. 236).

En este sentido tiene razón Piña: el choque es la pieza de lo ilícito, dado que únicamente una relación conflictual realiza el delito. El problema es que la relación conflictual no considera la batalla, sino solamente el resultado. Lo importante para que la norma se afirme y pueda desplegarse como disposición normativa, y por tanto como norma penal de *Ius cogens*, es únicamente lo que Piña define el hecho bruto; esto es: «una expresión contraria a la estructuración de la normatividad social» (p. 240). El hecho bruto podría considerarse el resultado de cada hecho ilícito, por ejemplo la muerte, y por tanto no tiene estigmatización el carácter previo de la provocación de la muerte. Estas investigaciones de Piña son interesantes, sin embargo el autor analizando únicamente la perspectiva metodológica de la ciencia no se detiene en analizar la teoría del delito. Creemos que si se hubiera analizado el rol del resultado en la imputación individual, se hubiera acercado a la disputa tradicional y perenne sobre el disvalor de conducta o disvalor de resultado, y al prevalecer el uno sobre el otro se abre la puerta al subjetivismo o al objetivismo²². Poco después,

²² A pesar de la gran investigación de orientación finalista de ZIELINSKI Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito: análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, pp. 408; tit. or. *Handlungs- und Erfolgsunrecht im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973, tr. por Marcelo Sancinetti; y el análisis amenazador de SANCINETTI Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción: una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción.*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, pp. 821, como evidencia HIRSCH Hans-Joachim, *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, pp. 101, pp. 13 y ss; pp. 26 y ss; pp. 96 y ss; trad. en español por Carlos J. Suárez Gonzáles, tit.or. «Der Streit um Handlungs und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», en *ZStW*, 1981, n. 83, pp. 831-863; hay todavía mucho que decir. Además no se sabe exactamente la posición de la gesinnugs que MORSELLI Elio, en *La función del comportamiento interior en la estructura del delito*, tr. de Jorge Guerrero, Editorial

Piña Rochefort opina que «*el individuo jamás forma parte de la sociedad si no es como persona*» (p. 279). Entonces en contra de la conocida frase de Jakobs que determina la persona de forma general-normativa «ser persona significa tener que representar un papel (...), no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible»²³, el profesor chileno proclama la unidad del saber sociológico, metafísico, y antropológico afirmando que no se puede distinguir entre persona como concepto natural y el hombre como realidad metafísica. La relación entre sociedad y persona «*no ha de entenderse de un modo abstracto sino del modo más concreto posible: la interacción personal. La diferenciación de la estructura «persona» es requisito de toda interacción: todo hombre ha de ser necesariamente una persona para otro hombre —homo homini persona— y no se requiere para esto, como habitualmente se cree, abandonar ninguna perspectiva iusnaturalista*» (p. 278).

El estudioso en la segunda mitad del libro propone su teoría, es decir se detiene en la necesidad de tener en consideración al hombre, porque la teoría de los sistemas no se puede olvidar de éste ni tampoco puede prescindir de él porque es la pieza mínima del sistema²⁴. Sin embargo, creemos que el camino esencialmente metodológico (metodología de la ciencia) de Piña constituya el mayor problema para la construcción humana de la teoría de los sistemas e intentaremos a continuación explicarlo. Por eso se podrían elaborar tres críti-

Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, p. tot. 192, pp. 34 y ss. tit. or. *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, CEDAM, 1989, pp. 151; eleva a principio rector para la individuación del injusto. Cfr. además la posición de CUELLO CONTRERAS Joaquín, *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*. Madrid, Dykinson, 2002³, pp. 1174; pp. 498 y ss.

²³ Vid. JAKOBS Günther, «El principio de culpabilidad», Tr. Es. Manuel Cancio Meliá, en JAKOBS G., «Estudios de Derecho Penal», Ed. Civitas, Madrid, 1997, pp. 480, pp. 365-393, pp. 387, Tit. Or. «Das Schuldprinzip» en *Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften*, Vorträge G., 319, Westdeutscher Verlag, Opladen 1993; y Cfr. Estudio preliminar Peñaranda Ramos Enrique, Suárez Gonzáles Carlos J., Cancio Meliá Manuel, pp. 17-70; cfr. Sobre la distinción entre persona y no persona en Jakobs, esencialmente él mismo en *Sociedad, norma y persona*, ob cit. pp. 15 y ss.; cfr. Además la posición de LESCH Hinko H., «Hörfalle und kein Ende –Zur Verwertbarkeit von selbstbelastenden Angaben des Beschuldigten in der Untersuchungshaft», in *GA*, n.º 147, 2000, p. 355 e ss; cit por MIRÓ LLINARES Fernando, «El Derecho penal del enemigo: política criminal frente al terrorismo en los Estados Democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001», en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 2005, n. 87, pp. 185-228, p. 189 en nota 12, y para un amplio abanico y repercusiones acerca de la extremización de esta posición en el marco del derecho penal del enemigo cfr. éste último autor citado pp. 201 y ss.

²⁴ Cfr. sobre esto fundamentalmente las críticas dirigidas a Amelung por MIR PUIG Santiago, *Introducción a las bases (...)*, ob.cit. 120-123.

cas a Pina: la primera se refiere al recorrido; la segunda a la individuación de los obstáculos; y la tercera al fin propuesto.

Según la primera crítica, el trabajo quiere desplazarse al Derecho penal, pero llega a él únicamente rozando continuamente las ciencias sociales. La ciencia penal integrada sería una óptima bandera para condecorar este trabajo, sin embargo según creemos, ni Von Liszt²⁵, ni Baratta²⁶, entre otros, quisieran la sumisión del Derecho penal. Por eso consideramos que los capítulos dedicados a Bertalanfy y a Sausurre son demasiados vastos, respecto a las pocas anotaciones a Merton y a la actividad de la teoría de los sistemas en la criminología. La teoría de los sistemas antes de llegar al Derecho penal, y contemporáneamente al llegar a la sociología ha pasado y en parte está en la criminología²⁷. Las aportaciones de Merton han sido esenciales para la evolución del concepto de estructura social, y en particular para el concepto de la desviación en el derecho penal²⁸, hay todavía muchos estudios que sin caer en la diatriba de la anomía y del por qué de la *deviance*, utilizan el método para investigaciones empíricas y para discernir los resultados²⁹.

²⁵ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA Luis, ««Corsi e ricorsi»: La vuelta de von Liszt», pp. 27-51, pp. 36 y ss. en LISZT Franz Von, *La idea de fin en el Derecho penal*, Valparaíso, EDEVAL, 1994, pp. 137, (reimpresión; 1 ed. 1984, y Prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba» Franz von Liszt y el «Programa de Marburgo», pp. 7-26); e ya publicado en «Nuevo Pensamiento penal», Buenos Aires, a. 1, n.º 2, mayo-agosto, 1972, pp. 191-203, y en alemán «Corsi e Ricorsi: Die Wiederkehr Franz von Liszt», en *ZStW*, 1969, a. 81, fasc. 3, pp. 68-699; en particular sobre la *Gesamte Strafrechtswissenschaft*, cfr. LISZT Franz von, «Die Aufgabe und die Methode des Strafrechtswissenschaft», en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin, J. Guttentag, 1905, vol. 2, 1892 bis 1904, pp. 519, pp. 254 y ss. cit. por Jiménez de Asúa, ««Corsi e ricorsi» (...)», ob.cit., p. 36 n.º 19;

²⁶ cfr. BARATTA Alessandro, «Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal», en Mir Puig et al., *Política criminal y reforma del Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1982, pp. 369, pp. 28-63, en particular, pp. 30-32, pp. 55 y ss., pp. 60 y ss. y bibliografía ívi citada, tr. en castellano por Prof. Doc. Roberto Bergalli pp. 369; del texto reelaborado de la versión italiana «Criminología e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica.» in: *La Questione Criminale*, Bologna 1979, fasc. 2, pp. 147-183; y de la versión alemana. «Strafrechtsdogmatik und Kriminologie. Zur Vergangenheit und Zukunft des Modells einer gesamten Strafrechtswissenschaft» in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1980, Berlin-New York, S. 107-142;

²⁷ Cfr. GARCÍA PABLOS DE MOLINA Antonio, *Tratado de criminología (...)*, ob.cit., pp. 685 y ss; y pp. 703 y ss.

²⁸ Cfr. MORA MOLINA Juan Jesús, «El funcionalismo de Merton (...)», en García Amado Juan Antonio (coord), *El derecho en la teoría social*, ob.cit., pp. 178-181; éste autor releva la evolución del mismo Merton, que dejando en un segundo plano la estructura se dirige hacia la funcionalización de la estructura.

²⁹ Cfr. Cohen citado GARCÍA PABLOS DE MOLINA Antonio, *Tratado de criminología (...)*, ob.cit., p. 685 nota 1, pp. 701 y ss; pp. 729 y ss. pero también las moder-

La segunda crítica a la teoría de los sistemas, edulcorada por Piña, deriva del análisis biunívoco entre la función del derecho y su realización concreta en la sociedad. Según la prevención general positiva directa, elaborada principalmente por Jakobs³⁰, la fidelidad al derecho se concreta (o crece) si la aplicación del Derecho realiza las expectativas de los ciudadanos³¹. Aceptando esta teoría, fundamental y casi obligatoria en la teoría de los sistemas, Piña está en lo cierto respecto a que tal vez el resultado bruto es únicamente lo que cuenta para que la máquina jurídica se mueva y reafirme el derecho. El problema es que la prevención general positiva en la teoría de los sistemas es solamente una construcción normativa y si tuviera que tomar en cuenta el hombre, en la versión de Piña, tendría que tomar todo el conjunto hombre en su estructura comunicativa y antropológica. Naturalmente haciendo esto la prevención general positiva ya se desplaza de la teoría de los sistemas a una teoría social³². La prevención general positiva en la teoría sistémica no detecta que la fidelidad del hombre a la norma crece con los homicidios, porque los ciudadanos no quieren morir y por tanto realiza su expectativa de protegerlos de la muerte, y se reduce con las estafas y con los robos, por-

nas investigaciones de Rex J., *El conflicto social*, trad. Carmen Sáez, Madrid, Siglo XXI, 1985, cit por Mora Molina Juan Jesús, «el funcionalismo de Merton (...)», ob.cit., p. 171, nota. 29; cfr. FEATHERSTONE Richard, DEFLEM Mathieu, «Anomie and Strain: Context and Consequences of Merton's Tlxo Theories», en *Sociological Inquiry*, 2003, n. 73, fasc. 4, pp. 471-489; BERNBURG Jón Gunnar, «Anomie, Social Change and Crime. A Theoretical Examination of Institutional-Anomie Theory», en *The British Journal of Criminology*, 2002, n. 42, fasc. 4, pp. 729-742; SAMPSON J. Robert, RAUDENBUSCH W. Stephen, EARLS Felton, «Neighborhoods and Violent Crime: A Multilevel Study of Collective Efficacy», en *Science*, 1997, vol. 277, 15 august, pp. 918-924, y bibliografía pp. 923-924; FERREL J., «Boredom, Crime and Criminology», en *Theoretical Criminology*, 2004, vol. 8, issue 3, august, pp. 287-302; MESSNER F. Steven, ROSENFELD Richard, «Political Restraint of the Market and Levels of Criminal Homicide: A Cross-national Application of Institutional-Anomie Theory», en *Social Forces*, 1997, n. 7, issue 4, pp. 1393-1416 (presentado al 46th annual meeting of American Society of Criminology, 9-12 November, 1994, Miami.); MENARD F. Steven., «A Developmental test of Mertonian anomie Theory», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 1995, vol. 32, issue 2, pp. 136-174;

³⁰ Cfr. esencialmente las obras de Jakobs citadas en nota 7.

³¹ Aquí es obligatorio citar la obra de PEREZ MANZANO Mercedes, *Culpabilidad y prevención*, ob.cit., pp. 168 y ss.; en particular critica la teoría de Jakobs como de excesivo formalismo, y «la culpabilidad carece de sustrato real», p. 169; cfr. también la reciente obra de GIL GIL Alicia, «Prevención general positiva y función ético-social del derecho penal», en José Luis Díez Ripollés (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 1658, pp. 9-35, pp. 12 y ss.

³² Cfr. GIL GIL Alicia, «Prevención general positiva y función ético-social (...)», ob.cit., pp. 10-19; cfr. CAMPIONE Roger, «Estructuración y derecho: la teoría social de Anthony Giddens», ob.cit., p. 478 y ss.

que los ciudadanos no siempre los consideran muy graves o dicho de otra forma, no estigmatizan adecuadamente al sujeto activo del hecho ilícito³³. En suma, la fidelidad al Derecho crece cuando los delinquentes violentos serán castigados y se reduce si será castigado un mero ladrón, porque los ciudadanos consideran de forma distinta la sanción que se aplica al uno y al otro, ocurre que tal vez se solidarizan con el ladrón cuando la sociedad lo haya inducido de alguna forma a delinquir³⁴. La prevención general positiva, siendo una finalidad de la técnica normativa adoptada por la técnica de incriminación del derecho penal, tiene que adecuarse a ésta. Si esta última se preocupa de proteger los perjuicios materiales y considera generalmente que el grado de expectativa del ciudadano se concreta únicamente en el resultado que defrauda la norma y no en el comportamiento de quien quiera defraudar la norma, la técnica normativa sobre la que se construye la prevención general positiva considerará el comportamiento relevante jurídicamente solamente si infringe la norma-resultado, como si la víctima pensara «no quiero daños» y no, como tendría que ser, «no quiero que me hagan daño». Muchas veces las víctimas conciben de forma diferente las actuaciones del derecho penal, y si éste no satisface las concretas expectativas la construcción meramente formal y sistémica se derrumba³⁵. Además, esto es obvio, si consideramos que la violación del derecho se concreta cuando la víctima sufre la lesión porque la lesión de un bien es sen-

³³ Imaginamos por ejemplo, la teoría, aunque moderada, elaborada por Calliess, en la que el sujeto activo, el sujeto pasivo y el Estado (Ego Alter y tercero) se hallan en una relación de interacción recíproca, y así la función del estado es meramente reguladora, de esta forma las partes tienen que ser iguales, o ser entendidas a la par ante la estructura del derecho. Sin embargo si el Ego no estigmatiza el Alter, o mejor dicho no lo considera Alter, se determina que en la relación falta un referente y es nula. Cfr. CALLIESS Rolf-Peter, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Frankfurt am Main, Fischer Verlag, 1974, pp. 236; pp. 35 y 75 ss. cit. por Mir Puig Santiago, *Introducción a las bases (...)*, ob.cit., pp. 70 y ss en el que desarrolla su crítica, cfr. en particular pp. 76 y ss.

³⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE Francisco, «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», en *Estudios penales :libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, pp. 962, pp. 387-399, pp. 392 y ss. y publicado también con algunas variantes en Cuadernos de Política Criminal, 7, 1979, pp. 91-106, en *Doctrina Penal : teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, 1979, vol. 2, Fasc. 5, pp. 625-641.

³⁵ Acerca de la distinción entre lo digno de protección determinado por el legislador y lo que considera como tal el ciudadano, RECHE ALBEROLA Cristina, GOMEZ INIESTA Diego J., NIETO MARTÍN Adan, «Comparación entre dos escalas de estimación de la «gravedad» de delitos a partir del código penal y la opinión pública», en Luis Arroyo Zapatero (dir), *Estudios de criminología*, Vol. 1., Madrid, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 1993, pp. 261, pp. 217-230, pp. 225 y ss.

tida por todos, mientras que la no lesión de un bien concreto no es sentida por todos. Sin embargo, el destinatario del hecho ilícito recibe el peligro, ya sea directo que indirecto, al igual que el daño concreto. Para este último, o sea la víctima, el susto o el robo, o la lesión, constituye siempre una violación del derecho³⁶. Si la prevención general positiva se realiza cuando cumple con las expectativas de los ciudadanos, tiene solamente cabida cuando la técnica de incriminación es capaz de encontrar consenso entre los coasociados porque no se puede olvidar de la víctima. Aquí el consenso tiene que ser fáctico del ser y no meramente formal o comunicativo del deber ser. Además hay otro factor que impone que la prevención general positiva, así como elaborada por la teoría de los sistemas que se dirige solamente a ella, es necesariamente alejada del hombre y es la consideración que ésta perteneciendo al *genus* de la prevención general necesita, antropológicamente, que todos sepan de la aplicación de la sanción³⁷. Aquí la única función de la pena tensa solamente a la vigencia de la norma, sufre otra crisis; si nos preguntamos cuándo los ciudadanos tienen conocimientos de la aplicación de la sanción, nos damos cuenta que no siempre es fácil contestar. De un robo nadie se acuerda ya al día siguiente, de los grandes robos si son particularmente hábiles tal vez se quedan en la memoria, de los homicidios sí se acuerdan du-

³⁶ Bien ha dicho HASSEMER que el derecho penal estatal o intransigente nace con la neutralización de la víctima en *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984 pp. 428, pp. 92-95; traducción de Luis Arroyo Zapatero, Francisco Muñoz Conde, Tit. Or. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, C.H. Beck, München, 1981, pp. 340; (existe 2 ed. 1990, pp. 379), en el mismo sentido ZIPF Heinz, *Introducción a la política criminal*, Madrid, Jaen, EDESA, 1979 pp. 200, pp. 173 y ss; tr. es. Miguel Izquierdo Macías-Picavea tit. Or., *Kriminalpolitik. Eine einföhrung in die Grundlagen*, Editorial Müller, Karlsruhe, 1973; (existe 2 ed. *Kriminalpolitik. Eine Einföhrung in ihrer Funktion zur Eindämmung der kurzen Freiheitsstrafe*, 1980); de acuerdo con Hassemer y Zipf y oponiéndose a la degeneración del derecho penal liberal, Eser presenta óptimas intuiciones en ESER Albin «Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima», en *Anuario Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, 1996, pp. 1021-1046, pp. 1024-1025; tr. Cancio Meliá, Tit or. «Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen», en Ulrich Immenga/Wernhard Möschel/Dieter Reuter (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, Nomos Verlagsgesellschaft*, Baden-Baden 1996, pp. 1005-1024, Inauguralvortrag anlässlich der Verleihung des Doctor honoris causa durch die Universidad Peruana de los Andes in Huancayo/Peru (8. November 1997)

³⁷ Según Baratta, «para Jakobs, al menos implícitamente, sólo las violaciones conocidas ponen en peligro la validez, es decir, el reconocimiento de la norma violada y, por tanto, requieren la aplicación de la pena»; y considera que «la teoría en examen está de acuerdo con los enunciados de Popitz sobre la eficacia preventiva del desconocimiento de una porción (o, mejor, de la mayor parte) de las violaciones a las normas. La no persecución de las infracciones estabiliza la validez de las normas (...)». Vid. BARATTA Alessandro, «Prevenzione-Integrazione», ob.cit., p. 20, y «Integración- Prevención», ob.cit., p. 548.

rante más tiempo: aquí intervienen los medios de comunicación³⁸, que pueden despertar la conciencia de los ciudadanos o adormecerla como si estuviera bajo los efectos de una tila. Los ciudadanos, ajenos a la violación del derecho, no saben tal vez que se ha aplicado la sanción y con ella se ha concretado el derecho³⁹. Los ciudadanos tienen que recibir la información ya que en caso contrario toda la prevención general positiva no tiene sentido ni como fin de la pena, ni como programa normativo. La teoría de los sistemas, también en la versión edulcorada de Piña, se olvida del significado antropológico del hombre. Para que el ciudadano reciba la información hay que producir una teoría de los códigos comunicativos⁴⁰, en la forma de recepción de la comunicación, y por tanto no hay que detenerse meramente en construir una teoría de los sistemas que se plasme únicamente en la relación social, sino profundizar más hacia el substrato de ésta, hacia la forma en la que el hombre recibe la comunicación y concibe las interacciones sociales⁴¹. Bien dice Umberto Eco que la estructura es ausente y que el hombre vive por medio y es el medio de un proceso de comunicación⁴². Sin embargo, es necesario realizar una pregunta: ¿Qué efecto puede producir una teoría de los sistemas

³⁸ Cfr. FUENTES OSORIO Juan L., «Los medios de comunicación y el Derecho penal», en *R.E.C.P.C., Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, 2005, n. 7, art. 16, pp. 51, en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>; cfr. BERTOLINO Marta, «Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato», en *Riv.It.Dir.Proc.Pen.*, Milano, Giuffrè, 2003, a. 46, fasc. 4, pp. 1070-1114, *passim*.

³⁹ Cfr. sobre esto BARATA Francesc, «Los mass media y el pensamiento criminológico», en Bergalli Roberto (dir.), *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 582; pp. 487-514, y bibliografía *ivi* citada pp. 511-514,

⁴⁰ Cfr. Eco Umberto, *Tratato di semiotica generale*, Milano, Bompiani, 1976, 5 reimpression, pp. tot 470, coedición italiana de *A theory of semiotics*, Bloomington, Indiana University press, 1976, pp. 354 (existe tr. es. Carlos Manzano, *Tratado de semiótica general*, Barcelona, Lumen, 1977, pp. 513). El proceso de comunicación es «definito come un passaggio di un segnale da una fonte attraverso un trasmettitore lungo un canale ad un destinatario.» Por eso entre máquina y máquina la señal no posee ningún poder de significación: sino que se puede presentar *sub specie stimuli.*, *vid.* p. 19 y ss.

⁴¹ Así como elaborada por Calliess y que a pesar de las críticas consideramos que sea moderada respecto a los escenarios actuales, y que ésta puede insertarse para adecuar las críticas a la teoría de los sistemas en el que la relación es meramente física, o objetiva, o dicho de otra forma, el contacto relacional tiene muy poco en cuenta la subjetividad del substrato de la pieza social: el hombre.

⁴² Cfr. Eco Umberto, *La struttura assente: introduzione alla ricerca semiologica*, Milano, Bompiani, 1968, pp. 431, *passim*; existe tr. es. Francisco Serra Cantarel, *La estructura ausente: introducción a la semiótica*, Barcelona, Lumen, 1972, pp. 510, *passim*; cfr. en sentido parecido acerca de la intersubjetividad de la comunicación FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, «La normativización del derecho penal: ¿hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?», en GÓMEZ-JARA DÍEZ Carlos (Ed.), *Teoría de sistemas y derecho penal*, *ob.cit.*, pp. 435-554, pp. 511 y ss;

que no pone de relieve al destinatario de la comunicación, que toma en cuenta como piensa un grupo de destinatario y no como piensa el destinatario particular? La respuesta es sencilla: desaparece el código comunicativo y el campo semiótico y al mismo tiempo la teoría de la comunicación se encuentra sin un referente, es decir, se realiza el monólogo de las relaciones sistémicas, se realiza la autopoyesis del sistema cerrado, justo lo que Piña quiere rechazar. Piña quisiera tener en cuenta el hombre, para elaborar el sistema abierto, sin embargo la teoría de los sistemas construida estructuralmente es antitética al hombre porque se olvida de éste. Así en Piña, ya al comienzo de su discurso el hombre no aparece, sino que aparece el rol, la máscara del hombre en una realidad en la que lucha para realizar algo que se encuentra siempre tan lejos de él. Por una parte, en relación a la eficacia de la prevención general positiva corregida según las descripciones de Roxin⁴³, o Hassemmer⁴⁴, creemos que sería enormemente conveniente adoptar el catálogo elaborado por Pagliaro que acerca el derecho a la realidad, en cuanto entiende que «[t]odo el derecho, y fundamentalmente el derecho penal, posee una función de orientación cultural»⁴⁵. Por eso es necesario:

- «a) expresar siempre, y sin ambigüedad, el reproche moral por el delito cometido;
- b) considerar en la justa medida la responsabilidad penal del delincuente (...), respecto a la sobrestimación de la responsabilidad de la sociedad. (...), ninguna teoría filosófica y ninguna ideología pueden negar el dato empírico que el comportamiento humano puede ser motivado recurriendo al sentido moral;
- c) evitar la excesiva conmiseración, o peor aún, la exaltación del delincuente (a menudo se habla —o se escribe en los periódicos— del «pobre asesino» o del «simpático atracador» o se presenta el secuestrador de aviones como un héroe);

⁴³ Cfr. ROXIN Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. tot. 1071, pp. 89 y ss., y pp. 95 y ss.; trad. española de la 2.^a ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, tit.or. Strafrecht Allgemeiner Teil, (band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre), München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994, pp. 956, pp. 89 y ss.; y pp. 95 y ss; y GIL Alicia, «Prevención general positiva y función ético-social (...)», ob.cit., pp. 32 y ss.

⁴⁴ Cfr. Hassemmer Winfried, *Fundamentos (...)*, ob.cit, pp. 392 y ss.

⁴⁵ Vid. PAGLIARO Antonio, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003⁸, pp. 778, p. 678; acerca la teoría de la pena, pp. 669-685, (la 1 ed. es del 1972, pp. 723, y en larga medida, por lo novedoso que era entonces el libro, coincide en los rasgos teóricos con la edición actual.

- d) imprimir la atención del público en la condición de la víctima (el tabaquero, el gasolinero, el farmacéutico, el jubilado, la cajera de un supermercado), que a menudo han sido objeto de graves frustraciones, ni más ni menos del delincuente, en la educación, en el trabajo, en casa, y además estos sufren un ataque a sus bienes, y a lo mejor a la vida misma, en la agresión criminal. Cuando el delito toma como objeto los bienes patrimoniales, es necesario recordar que la mayoría de las veces son fruto de un trabajo. Apropiarse de los bienes ajenos es, en estos casos, defraudar al trabajador de la recompensa, para realizar una vida de cómodo parasitismo.»⁴⁶

Así como la prevención general positiva, creemos que es innecesario estudiar aisladamente, de criterios reales o cotidianos de percepción de la realización de la expectativa, el rol del bien jurídico. Si la teoría de los sistemas en la versión de Piña toma en cuenta el hombre, ¿por qué Piña elabora un sistema de imputación sin considerar como criterio delimitador el bien jurídico? Según creemos, ante la realización de un delito hay que contestar primeramente a la pregunta: ¿Quién sufre en el delito, la organización social o el individuo? Creemos que sean ambos. El individuo sufre sin mediación alguna y de forma más concreta, el segundo de forma mediada pero que prolonga sus efectos en el tiempo y en el espacio. Ésta es la tercera crítica porque creemos que el sistema de imputación tiene necesariamente y como efecto primario establecer un rol también del bien jurídico protegido y reconocer el consecuente principio de proporcionalidad entre los bienes en juego. Bien dice últimamente Mir Puig que «[l]a comparación de costes y beneficios que requiere una proporcionalidad en sentido estricto debe efectuarse entre la gravedad de los derechos individuales afectados por la pena o medida y la importancia de los bienes jurídico-penales afectados por el delito»⁴⁷.

⁴⁶ Vid. PAGLIARO Antonio, *Principi di Diritto Penale(...)*, ob.cit.,p. 679; acerca de la teoría de la pena del autor cfr. él mismo, «Pluridimensionalità della pena», ponencia presentada al simposio de Bressanone, Universidad de Padova en el 1963 y publicada en *Atti del Convegno, Il problema della rieducazione del condannato*, CEDAM, Padova, 1964, pp. 361, pp. 325-330; él mismo, «Aspetti giuridici della prevenzione», en *L'Indice Penale*, Cedam, Padvá, 1976, a. 10, fasc. 2, pp. 5-12; él mismo, «La riforma delle sanzioni penali tra teorie e prassi», in *Riv.It.Dir.Proc.Pen.*, Giuffrè, 1979, a. 22, fasc. 4, pp. 1189-1207; él mismo, «Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati», en *Riv.It.Dir.Proc.Pen.*, Milano, Giuffrè, 1981, a. 24, fasc. 2, pp. 447-455; y «Verifica empirica dell'effetto della prevenzione generale», en *Riv.It.Dir.Proc.Pen.*, Milano, Giuffrè, 1986, a. 29, fasc. 2, pp. 353-368.

⁴⁷ Vid. Mir Puig Santiago «Límites del normativismo en Derecho penal», en Bajo Fernández Miguel, Barreiro Agustín Jorge, Suárez González Carlos J. (coord), *Homenaje al professor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, pp. 666-690, p. 680. y cfr. URQUIZO OLAECHEA José, Principio de proporcionalidad

Sin éste la relación se queda solamente en un nivel abstracto. Piña analizando el alcance del bien jurídico no lo considera un criterio delimitador y al mismo tiempo no relaciona las normas con el individuo, o sea con el que ha sufrido. La teoría de los sistemas también en la versión humana, o mejor dicho que intenta acercarse al hombre, se exprime como un producto de la abstracción social, que inculca al sujeto la aceptación de las pretensiones de dirección y no la modalidad de regulación. El problema del bien jurídico ha sido siempre relevante en la doctrina y en las ciencias sociales: ¿Qué es lo digno de protección? o ¿qué es lo merecedor de pena?⁴⁸. La apelación al bien jurídico no es solamente una garantía del ciudadano sino es una necesidad del sistema para evitar que se encierre en sí mismo. La perspectiva meramente funcionalista-estructural, quiere proteger al sistema social, sin embargo la perspectiva radical pretende tutelar el sistema social además olvidándose del individuo⁴⁹.

penal, En: José Luis Díez Ripollés (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo : libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 1658, pp. 193-210; Obviamente de forma mucho más ampliada AGUADO CORREA Teresa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid, EDERSA, 1999, pp. 493, pp. 149 y ss., y pp. 282-283; (el trabajo fue presentado como tesis doctoral bajo el título «El principio de proporcionalidad en derecho penal :(especial consideración de los delitos de peligro abstracto)», dir. Borja Mapelli Caffarena. En la Universidad de Sevilla, 1998).

⁴⁸ Cfr. acerca una particular posición en la individualización de lo merecedor de pena, HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, pp. 237, pp. 65 y ss.; cfr. además las críticas de SILVA SÁNCHEZ Jesús María, *Aproximación (...)*, ob.cit., pp. 286 y ss. Según el penalista español se tendría que adoptar el nombre de teoría de los procesos de incriminación, que desemboca también en la teoría de las conductas criminalizadoras, p. 286 y nota 434; cfr. las agudas observaciones en *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Ed. Civitas, 2001², pp. 167, pp. 91-95.

⁴⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ Jesús María «Introducción» en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario*, Madrid, Ed. Tecnos, 1991, pp. 198, pp. 11-22, pp. 19-20; cfr. él mismo, *Aproximación (...)*, ob.cit., pp. 71 y ss.; Creemos que acierte por completo Silva a sostener que las diferencias entre Funcionalismo radical de Jakobs y lo de Roxin no residen en el método, ambos teleológico y funcionalistas, sino en las concretas premisas político-criminales que cada uno de ellos toma en cuenta. Roxin sería un funcionalista moderado porque no reduce a considerar los fines de pena, sino tiene en consideración una perspectiva político criminal global, mientras Jakobs se distingue por una excesiva vinculación de las categorías a la prevención general atribuida a la pena. Cfr. también SCHÜNEMANN Bernd, «Introducción al razonamiento sistemático en el Derecho penal», Trad. Es. Silva Sánchez, en SCHÜNEMANN Bernd (coord.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario*, Madrid, Ed. Tecnos, 1991, pp. 198, pp. 31-80, pp. 69-70; Tit.or. «Einführung in das strafrechtliche Systemdenken» in Schünemann Bernd (Coor.), «Grundfragen des modernen Strafrechtssystem», Walter de Gruyter & co.,

Según Jakobs, el bien jurídico es solamente «un discurso metafórico sobre la vigencia de la norma»⁵⁰. Esto es así porque para el jurista alemán el bien jurídico es analizado únicamente en su antigua función, la de concretar la *ratio legis* porque la *ratio legis* es la norma, y la lesión de la norma es la lesión de la vigencia de la norma, y no en su nueva o redescubierta función de delimitar el poder punitivo⁵¹. Sin embargo, reafirmar la *ratio legis* y así la identidad normativa, no es lo mismo que concretar el discurso penal⁵². El bien jurídico tendría el gran deber de evitar esta situación patológica, concretando los objetos y sujetos merecedores de protección. Por eso creemos que el mero rol de la imputación carece de medidas: puede ampliar desmesuradamente la categoría de lo protegido y tendríamos un bien jurídico que reflejaría el llamado *chilling effect*, en el que las restricciones puedan no satisfacer las expectativas de los ciudadanos o, al revés, la ampliación de la categoría de lo protegido pueda determinar una multiplicación de las expectativas —por ejemplo, para evitar que el ladrón empiece a planear un robo, se asume que cuando comience a recoger informaciones pueda constituir una causa de im-

Berlin-New York, 1984, pp. 219, pp. 18-72; que considera la concepción de Jakobs como funcionalismo individualista.

⁵⁰ Vid. JAKOBS Günther, *Sociedad, norma y persona (...)*, ob.cit, p. 46.

⁵¹ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ José Manuel, «Sobre la teoría del «bien jurídico» (aproximación al ilícito penal), en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1983, n. 69, pp. 85-112, pp. 91 y ss.; cfr. CUELLO CONTRERAS Joaquín, «Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, vol. 34, fasc. 2, 1981, pp. 461-484.

⁵² Cfr. sobre el discurso penal, ZAFFARONI Eugenio Raúl, «La rinascita del diritto penale liberale o la «Croce Rossa» giudiziaria», en *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di Letizia Gianformaggio, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 520, pp. 383-395, «los discursos [penales] pasan así como se tiran la ropa desusada, o vestida según la moda, pero el juego del poder se queda. Los aparatos administrativo-burocráticos en contra de los controles y límites judiciares», p. 391, a menudo se reafirma el poder punitivo estatal pero no el discurso penal, porque el primero es violencia punitiva, selectiva y no legitimada, mientras el discurso penal es el esfuerzo liberal y humanitario para reducir y controlar aquella violencia, p. 394; en sentido crítico, o sea negando la distinción y afirmando la totalidad del discurso penal, MÜSSIG Bernd J. A., «Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2002, n. 9, pp. 169-208, pp. 174 y ss., trad.es. Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, y también publicado en Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 69, y Cuadernos Doctrinal Jurisprudencia penal, 2001, n. 11, pp. 229-272; el ensayo es la exposición sintética de *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz: zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament - am Beispiel der Rechtsgutsbestimmung für die 129, 129a und 324 StGB*, Frankfurt am Main, Lang, 1994, pp. 241.

putación jurídico penal. En este caso el destinatario de la norma aplicará este hecho a otros casos, y esta es una forma de multiplicar la expectativas, con el consecuente desaliento de las expectativas mismas, dado que realizar todas las expectativas de los ciudadanos y del destinatario mismo de la norma determinará que ya no se pueda conocer la norma porque algunas acciones, también inocentes y desprendidas del principio del hecho y de la necesaria ofensividad, puedan caer en el diseño de la imputación penal—. El rol social no puede realizar esta ampliación, plasmando un bien jurídico que es tutelado como delito de peligro indirecto o, al revés, una excesiva contracción, plasmando únicamente los daños-eventos sufridos; aunque entre nosotros esto es obvio no lo es tanto en la edificación de Piña Rochefort. Esta perspectiva no es tomada adecuadamente en cuenta por el autor pero sería interesante porque permitiría abordar la función cerrada del sistema penal con una función abierta donde las interrelaciones incluyan la realidad social en el que las normas van a aplicarse. Bien sostenía Calliess, que hay que garantizar «la posibilidad de participación en la sociedad», porque al fin y al cabo los bienes jurídicos serían «mecanismos comunicativos centrales y estratégicos en los sistemas sociales». ⁵³ Según creemos, el referente abstracto «funcionamiento del sistema social», o la función reguladora, necesita una selección de las disfuncionalidades sociales en forma de lograr una concreción de situaciones afuncionales o contra-funcionales, además necesitaría de una individualización o especificación de las disfuncionalidades tomando como campo de aplicación todo aquello en donde participa el individuo ⁵⁴. En este campo se advierte la necesidad de una selección (el rol del bien jurídico o de la imputación penal) y de una individualización (el rol de la imputación) que podría constituir el referente concreto. Así sería un argumento en favor para enmarcar la teoría de los sistemas en un nuevo discurso práctico y desarrollando, según creemos, las intenciones de Bertalanffy, si éste se hubiera imaginado que su teoría iba a desplazarse al Derecho penal. De esta forma naturalmente la teoría de los sistemas sería meramente funcional y no estructural. El sistema en el que se plasma el derecho tiene que ser vinculado a conceptos comunes y sentidos por todos, no solamente comunicados.

⁵³ Cfr. CALLIESS Rolf-Peter, *Theorie der Strafe (...)*, ob.cit., respectivamente p. 143 y p. 130, cit por MIR PUIG Santiago, *Introducción a las bases (...)*, ob.cit., p. 85 y FERNÁNDEZ GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito*, prólogo de Francisco Muñóz Conde, Montevideo-Buenos Aires, Editor B. De F., Julio César Faira, 2004, pp. 391, p. 231; según la posición de Mir Puig, Calliess al fin y al cabo desconoce el bien jurídico para agarrarse a la seguridad de las expectativas, *Introducción a las bases (...)*, ob.cit., p. 72;

⁵⁴ Cfr. MIR PUIG Santiago, *Introducción a las bases (...)*, ob.cit., p. 121

Para crear el diálogo⁵⁵ hay que considerar los hombres como concretos y no solamente como parcelas comunicativas⁵⁶. Mientras en los nuevos retos de la sociología se preguntan si el estructuralismo sea un «pensamiento muerto»⁵⁷, en el Derecho penal la homogenización estructural o la tensión hacia la institucionalización de la estructura parece encontrar su auge⁵⁸. Bien sostiene Anthony Giddens que es necesario superar la antinomia acción-estructura cuyo resultado tiene que ser una sociología unificada compuesta por el análisis institucional influida por la teoría de los cambios sociales, y la sociología de la vida cotidiana más atenta a las manifestaciones concretas del hombre en la relaciones existenciales⁵⁹.

Ciertamente el libro de Piña Rochefort es un obra compleja, quizás con una erudición figurativa que tal vez desvía del análisis de la construcción y escondiendo así las imperfecciones, con conexiones no siempre ágiles entre las diferentes ramas sociales —el capítulo más controvertido, según creemos, sería el que analiza la obra del lingüista Sausurre, claramente pieza clave en el discurso estructural-funcionalista para comprender el pragmatismo actual de las ciencias sociales, sin embargo no tiene especial cabida en la ciencia del Derecho penal—. A pesar de esto, creemos que el trabajo pueda ser con-

⁵⁵ Cfr. sobre la necesidad del dialogo entre los sistemas penales HAFT Fritjof, *Strafrecht, besonderer Teil: die wichtigste Tatbestände des besonderen Teiles des Strafgesetzbuches*, München, Beck, 1987, pp. 323, pp. 119 y ss. (1ed. del 1981, pp. 302, existe 8 ed. 2004 compuesta de dos tomos) cit. por FERNÁNDEZ GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito*, ob.cit., p. 231.

⁵⁶ Sobre la necesidad de la intersubjetivización cfr. FELJOO SÁNCHEZ Bernardo «La normativización del derecho penal: ¿hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?», en GÓMEZ-JARA DÍEZ Carlos (Ed.), *Teoría de sistemas y derecho penal*, ob.cit., pp. 435-554, pp. 531 y ss;

⁵⁷ Vid. GIDDENS Anthony, «El estructuralismo, el post estructuralismo y la producción de la cultura», en Giddens Anthony, Turner H. Jonathan y otros, *La Teoría Social Hoy*, Madrid, Alianza Universidad, 1990, pp. 537, pp. 254-289, p. 254, y en particular la naturaleza relacional de las totalidades, pp. 260 y ss; y el descentramiento del sujeto, pp. 267 y ss; trad. de Jesús Alborés, tit.or., «*Structuralism, Post Structuralism and the Production of Culture*», en Giddens Anthony, Turner H. Jonathan et al., *Social Theory Today*, Cambridge, Polity Press, 1987, pp. 428, pp. 195-223, cfr. The relational nature of totalities, pp. 200 y ss; y The decentring of subject, pp. 205 y ss.

⁵⁸ Cfr. acerca de esta apología MÜSSIG Bernd, «Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva (...)», ob.cit., pp. 199 que clasifica la teoría institucional como un producto de una autoreferencialidad estructural; y él mismo, «La desmaterialización del bien jurídico (...)», ob.cit., p. 184-185; pp. 191 y ss.; pp. 202-203.

⁵⁹ Cfr. CAMPIONE Roger, «Estructuración y derecho: la teoría social de Anthony Giddens», ob.cit., p. 478 y ss.; y GIDDENS Anthony, «El Estructuralismo, el post-estructuralismo (...)», ob.cit., pp. 261 y ss; cabe señalar que Giddens elabora por está vía un diverso concepto de estructura, dualista entre objeto y sujeto, y entonces es consciente que la estructura tiene que abrirse al hombre y por tanto incluirlo en las decisiones institucionales, pp. 268 y ss.

siderado favorablemente por la crítica porque trata con precisión de metodología de la ciencia y de filosofía de la ciencia elaborada a través de investigaciones de las ciencias sociales y de la ciencia jurídico penal; seguramente evidencia el momento más alto de la crisis de la teoría de los sistemas en el que muchos autores, como demuestra Piña en su libro, empiezan a repensar en ella comenzando a plantear alternativas y abordarla de forma diferente. En este sentido el trabajo es pionero porque nos informa de la necesidad de plantear no meramente corrientes como la de Müssig y Lesch, sino alternativas paralelas. Bien acierta el autor en la segunda parte del libro en elaborar la criminalización en términos de conflictos sociales y sostener que el Derecho penal no es un mero subsistema de la sociedad que tiene poca importancia, sino el subsistema jurídico de referencia entre los subsistemas sociales, *in suma* sería la segunda sobre-estructura de la pirámide social. Sin embargo, el autor intentando enmarcar una nueva o diferente teoría de los sistemas integradora también de la víctima, de la persona, de los seres en el derecho, queda tal vez anclado a una máquina sistémica-estructural de la que intenta salir a través de la concepción del hombre y de la apertura a otros sistemas.

Obviamente habría que preguntarse si un sistema abierto, en el que se reconoce la entropía, es decir, la producción del caos que se produce, y el defecto limitador del entorno, y además se admite la convivencia de distintos sistemas, sea aún una teoría estructural de los sistemas y no una teoría funcional integradora de lo social. Las interrelaciones entre los diferentes sistemas y su adaptación al entorno social (¿es el entorno que es instrumental al sistema y no el sistema que depende del entorno social!) podrían proponer una diferente perspectiva para abordar la culpabilidad, de valorarla, o mejor dicho para elaborar la imputación subjetiva construida objetivamente según un *barnum* fiable, constituidos por los hechos y las circunstancias, por indicadores no necesariamente por el resultado⁶⁰: en palabras del autor «*se asigna un valor a la relación funcional (se llena un casillero) de modo de construir un binomio en que se asocia una prestación a un elemento (en la imputación jurídico-penal a una persona). Dentro del proceso de imputación se sucederá la participación de una serie de estructuras por medio de las que se determinará si la prestación es relevante y atribuible al elemento según el propio sistema que imputa*» (p. 264). Estamos convencidos, sin embargo, que para abordar la culpabilidad hay que subir desde el bien jurídico, porque «la culpa-

⁶⁰ Sobre eso cfr. MORSELLI Elio, «La funzione della pena alla luce della moderna prospettiva criminologica», en *L'indice penale*, Cedam, Padova, 1991, vol. 25, fasc. 3, pp. 505-515, p. 511-512;

bilidad está subordinada a la motivación y ésta depende del grado o nivel de participación valorativa del sujeto en el bien jurídico protegido por la ley, lo cual se deriva de la relación de disponibilidad para el bien jurídico, (...) [d]e esta forma, el tema del bien jurídico juega un rol preponderante en la determinación de la exigibilidad penal»⁶¹.

Consideramos por tanto que si Piña quería trazar un nuevo camino en la ciencia del Derecho penal y en la construcción de la teoría del delito, podría ser considerado un proyecto demasiado ambicioso, sin embargo si Piña quería indicar que existe también una teoría sistémica —aunque tenga que ser en un cierto sentido a-estructural (y aunque expresamente no lo haya declarado sino manifestado en la búsqueda de la apertura estructural)— en el que el neofinalismo y normativismo están condenados a entenderse⁶², y en el que la perspectiva integradora de la ciencia del Derecho pueda ampliamente flotar en la metodología de las ciencias y del derecho, y pueda respirar llenando sus pulmones, en esto probablemente los lectores estarán de acuerdo.

Con estos no queremos afirmar que el funcionalismo sea una perspectiva equivocada sino que al fin y al cabo los extremos están siempre lejos de la realidad, aunque gracias a ellos es siempre posible animar el debate⁶³. Bien dice Portilla Contreras que en las posiciones radicales «[e]l Derecho queda reducido a una simple técnica y su legitimación limitada por la idea de la persona como construcción comunicativa, un subsistema en el que lo que interesa es el control social para la satisfacción de las necesidades individuales de crecimiento económico». Además la teoría funcional moderada es casi una necesidad para que el Derecho penal no se aleje de su misión y de su realidad⁶⁴. Como bien sostiene Vives Antón, sería imposible en la actualidad rechazar, *sic et simpliciter* el funcionalismo porque «el

⁶¹ Vid. FERNÁNDEZ GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito*, ob.cit, p. 277 cfr. él mismo, «Bien jurídico y principio de culpabilidad», en Maier Julio B. J., Binder Alberto M. (comps.), *El derecho penal hoy, Homenaje al Prof. David Baigún*, Buenos Aires, Editores del puerto, 1995, pp. 636, pp. 169-192, pp. 171 y ss.

⁶² Cfr. CUELLO CONTRERAS Joanquín. «Neofinalismo y normativismo (...)», ob.cit, pp. 13 y ss.

⁶³ Como sostiene Silva Sánchez en BARQUÍN SANZ Jesús, «Conversaciones: Dr. Jesús María Silva Sánchez», en *R.E.C.P.C., Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, publicado el 27 de diciembre de 2000, en http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_02-c2.html

⁶⁴ Vid PORTILLAS CONTRERAS Guillermo, «Los Excesos del formalismo jurídico neofuncionalista (...)», ob.cit, p. 23. cfr. MIR PUIG Santiago, *Introducción a las bases (...)*, ob.cit. p. 123; pp. 257 y ss.; pp. 299 y ss. ; KAUFMANN Armin, «La misión del Derecho penal», tr.es. Santiago Mir Puig, en Mir Puig et al., *Política criminal y reforma del Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1982, pp. 369, pp. 118-130, pp. 119; y pp. 124 y ss.

eclosión [eclosión] del funcionalismo en la dogmática penal ha provocado un fervor reconstructivo según el cual cualquier cosa puede resultar un precedente del funcionalismo»⁶⁵. El funcionalismo, aunque creemos que el término «teleologismo», encaminado a los fines, sería más adecuado⁶⁶, siendo el resultado y el medio de la evolución del Derecho penal establece el escalón superior respecto al sistema elaborado al final del siglo XIX y comienzo del XX, es decir, el método formalista técnico-jurídico⁶⁷. Con el funcionalismo se deja finalmente apartada la concepción de que el Derecho posee una esfera propia separada totalmente del mundo real⁶⁸. Del tecnicismo del método

⁶⁵ Vid. VIVES ANTÓN Tomás S., *Fundamentos del sistema penal*, con un Estudio preliminar de M. Jiménez Redondo pp. 31-98, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996 pp. 488, p. 434.

⁶⁶ Cfr. MOCCIA Sergio, «Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente», trad. Es. F. Javier Melero Merino, en Silva Sánchez, (ed. Esp), Schünemann B., De Figueiredo Dias J., (coords.), *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Barcelona, J.M.Bosch Editor, 1995, pp. 460, pp. 73-98, (Libro-Homenaje a Clau Roxin con ocasión de su doctorado Honoris causa por la Universidad de Coimbra al «Coloquio Internacional para um sistema de Direito penal europeu/Internacionais Kolloquium Bausteine eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems» del 20/22 de mayo de 1991), tit.or. ampliado «Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato», en *Riv.It.Dir.Proc.Pen.*, Giuffrè, Milano, 1989, A. 32, fasc. 3, pp. 1006-1024, de la ponencia presentada al «Seminario di studi su Prospettive attuali di teoria generale del Reato: il diritto penale tra dommatica e politica criminale» organizado por la Universidad de Napoles, 1-3 ottobre 1987.

⁶⁷ Cfr. Rocco Arturo, «Il problema e il metodo nella scienza del diritto penale», Milano, *Riv.Dir.Proc.Pen.*, Vallardi, 1910, vol.1, parte 1, fasc. 10, pp. 47 separada, y ahora en *Opere Giuridiche vol. 3: Scritti giuridici vari*, Roma, Foro italiano, 1933, pp. 795, pp. 263-323; existe además una tr. en español por Rodrigo Naranjo Vallejo, *El problema y el método de la ciencia del Derecho penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1978, pp. 88; Mir Puig no reconoce, a nuestra opinión justamente, que el método de Rocco sea puramente formal, además sostiene que es posible encontrar en el jurista italiano un acercamiento al realismo o mejor dicho «cuidó de evitar los excesos del formalismo», vid. en *Introducción a las bases (...)*, ob.cit., p. 171; cfr. sobre el método técnico-jurídico en Alemania Loening, *Veber geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des deutschen Steafrechts nella Zeitschrift fiir die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. III (1883), y Waechter nei *Schletter's Sohrbiicher*, 1865 cit. por Rocco, nota. 17; y en particular el Binding, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, VII ed., 1902, Leipzig (VIII ed. 1907), cit. por Rocco, nota, 20 y cfr. MIR PUIG Santiago, *Introducción a las bases (...)*, p. 169, pp. 171-175 para más explicaciones.

⁶⁸ Ya Antolisei en los años '30 intentaba llamar a la realidad (método realista), en contra del método formalista de derivación kelseniana, para hacer esto admitía una cierta forma de irracionalismo, o diríamos hoy, de caos o entropía, de la realidad. Según el autor el derecho no es un complejo racional, sino que existe una notable cantidad de elementos irracionales que resulta difícil encuadrar en un sistema, y sostiene que «[l]a dogmática formalista sí es un coloso pero con los pies de arcilla», cfr. ANTOLISEI Francesco, «Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale», Padova, *Riv.It.Dir.Pen.*, CEDAM, 1937, pp. 121-169, pp. 134 y ss. y ahora también en

ha permanecido, según creemos, la parte positiva que ha sido absorbida en la construcción de la teoría del delito sobre la base de la teoría de la norma. Y por eso no se entiende cómo las actuales teorías de los sistemas se reducen según los «*corsi e ricorsi*» al mero tecnicismo jurídico. La perspectiva lógica estructural-funcional de Piña se compone de la teoría de la norma e intenta explicar el delito adaptándose a ella⁶⁹. Lo cierto es que elaborar la teoría del delito basándose en la teoría de las normas, no necesariamente adheriéndose a la teoría normativista-positivista de Binding, según su construcción y su finalidad, sería la perspectiva razonable para acercarse a la respuesta de la pregunta: «¿Por qué el Derecho penal?». Al fin y al cabo el Derecho penal pertenece a lo jurídico. La tesis de la teoría de la norma determina, aunque parezca extraño a los penalistas, que se tome en consideración el hombre porque como bien sostiene el filósofo jurista Sergio Cotta el Derecho está para el hombre y éste solamente en la juridicidad, entendida como fundamento de las relaciones coexistentiales, encuentra su explicación y su misión, mientras el Derecho encuentra al mismo tiempo su justificación⁷⁰. Naturalmente con la teoría de la norma entran en juego valoraciones, que según creemos, resultan imprescindibles en la realidad social: no se puede aceptar supinamente la afirmación de que en la realidad existe un cierto irracionalismo⁷¹, que en parte es verdad, sin intentar organizarlo o al

ANTOLISEI Francesco, *Scritti di Diritto Penale*, Giuffè, Milano, 1955, pp. 393; pp. 3-41, p. 16 y ss.;

⁶⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ Jesús María, *Aproximación (...)*, ob.cit, pp. 362 y ss.; él mismo, ¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de la normas, en AA.VV. *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, 2001, pp. 673, pp. 559-575, pp. 571 y ss. (Congreso Internacional: Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000); ya antes MIR PUIG Santiago, *Introducción a las bases (...)*, ob.cit., pp. 19 y ss.; las tesis de Piña de Rochefort aunque aportando material a la construcción de la teoría sistémica se acerca bastante a la elaboración de Silva Sánchez en su *Aproximación*.

⁷⁰ Cfr. COTTA Sergio, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1991², pp. 312, pp. 16, p. 18 y ss; p. 72-74, p. 89, pp. 213 y ss; existe tr. en castellano de la 1 ed. 1985, pp. 229, por Ismael Peidro Pastor, *El Derecho en la existencia humana: principios de ontofenomenología*, EUNSA, Pamplona, 1987, pp. 248; cfr. KAUFMANN, Arthur, «La universalidad de los derechos humanos: un ensayo de su fundamentación», en *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Navarra, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1994, n. 31, pp. 9-28, pp. 14 y ss; cfr. DE DOMINGO PÉREZ Tomás, «La filosofía del Derecho de Arthur Kaufmann en el tránsito a la postmodernidad: una valoración», en *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Navarra, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2002, n. 47, pp. 437-468, pp. 451 y ss.

⁷¹ Acerca del derecho alógico o irracional cfr. ANOSSOV J. J., «Das Irrationale im Strafrecht», en *MSchrKrim* (Monatsschrift für Kriminologie und Srtafrechtsreform),

menos evitarlo constantemente porque la admisión del irracionalismo, o de la entropía social, no tendría nunca que constituir otro daño para la víctima: además de la lesión sufrida el derecho, y la sociedad que lo emana, admitiría que no sabría si podría evitarla en el futuro. Un conocido jurista italiano, Francesco Antolisei, sostenía que hay que internevir en este discrasia, a pesar que no siempre se pueda lograr el resultado representado, y de esta forma la misión del derecho en general, y del Derecho penal en particular, resulta completamente acertada: intervenir para solucionar los conflictos, para intentar ordenar una realidad irremediabilmente desordenada, restablecer tras el caos ocasionado por el delito un orden transitorio que sea sentido como perenne por los consociados, *in suma* restablecer la justicia⁷². La construcción de la teoría del delito sobre la base de la teoría de la norma, capaz de no estructurarse en sí misma, es una tesis fascinante y creemos que en el futuro su desarrollo aumentará progresivamente⁷³ y sería conveniente empezar a utilizar la instrumentación técnica adecuada para comprenderla, mejorarla y, naturalmente, aplicarla.

1934, pp. 184 e ss. citado por ANTOLISEI Francesco, «Per un indirizzo realistico (...)», ob.cit., en *Riv.It.Dir.Pen.*, p. 134 en nota, o en *Scritti di Diritto Penale*, p. 16 en nota.

⁷² Cfr. ANTOLISEI Francesco, «Per un indirizzo realistico (...)», ob.cit., en *Riv.It.Dir.Pen.*, p. 160 y ss., o en *Scritti di Diritto Penale*, p. 32 y ss. cfr. HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco, *Introducción a la criminología (...)*, ob.cit, pp. 37 y ss.; él mismo, *Fundamentos (...)*, ob.cit, pp. 275-276 que considera que el derecho penal no puede configurarse prescindiendo sistemáticamente de la realidad social, y como criterio del realismo advierte que el derecho penal no puede alejarse de los modelos culturales, aunque los considere irracionales, y «[u]na política criminal racional debe contar con los irracionalismos sociales, debe elaborarlos, cambiarlos a largo plazo, pero no puede negarlos simplemente. Una política criminal que sea muy avanzada para su época, pierde la vinculación con su tiempo y se convierte, alejada de la realidad, en irracional, en algo peligros». Sobre el irracionalismo social cfr. los autores citados en nota 12, él mismo, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt am Main, 1980, pp. 240-246, y Haffke Bernhard, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, Aarau, Verlag Sauerländer, 1976, pp. 214, pp. 165-172.

⁷³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ Jesús María, «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizada? (...)», ob.cit, pp. 572-573 en particular se decanta por una teoría de la norma integradora de la teoría del delito «como teoría de la antinormatividad (infracción de directivas de conducta) y como teoría de la imputación de la desestabilización de las expectativas asociadas a tales directivas», p. 575