GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. "Más allá de la oposición Constructivismo vs. Ontologismo: Recensión a la monografía de Juan Ignacio Piña Rochefort, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*. Barcelona: J.M. Bosch, 2005. 542 págs.".
Polit. crim., N° 5, 2008, R2, pp. 1-7.
[http://www.politicacriminal.cl/n_05/r_2_5.pdf]

Más allá de la oposición Constructivismo vs. Ontologismo: Recensión a la monografía de Juan Ignacio Piña Rochefort, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*. Barcelona: J.M. Bosch, 2005. 542 págs.

Dr. Carlos Gómez-Jara Díez
Profesor de Derecho penal (Universidad Autónoma de Madrid, España)
Abogado
carlos.gomezjara@uam.es

Realizar la recensión de una monografía -sobre todo cuando constituye, como es el caso, la tesis doctoral que el autor pergeñó en sus estancias investigadoras en Pamplona, Münster y Bonn- puede no ser tarea fácil; sin embargo, cuando la obra en cuestión resulta simplemente extraordinaria, el camino se allana considerablemente. Y es que, con toda probabilidad, la mejor recensión que se puede hacer de este libro es invitar al lector a que lo devore y compruebe la certeza de la afirmación efectuada. Seguro que no quedará decepcionado. Si, por un casual, al final no termina tan maravillado como resultó quien ahora escribe estas líneas cuando lo leyó por vez primera, por lo menos habrá aprendido enormemente con su lectura. Como dato formal relevante apuntar que ha sido publicada igualmente por la editorial peruana ARA EDITORES (Lima) en el año 2008 (542 págs.).

En un momento histórico en el que en la dogmática penal se han llevado a cabo importantes contribuciones respecto de una teoría global de la imputación –básicamente iniciadas a raíz de la búsqueda del fundamento de la teoría de la imputación objetiva– el libro de *Juan Ignacio Piña Rochefort* ofrece lo que, por lo que se alcanza a ver, nadie había ofrecido hasta el momento: un basamento epistemológico, sociológico y analítico-lingüístico a la teoría de la imputación. Cierto que destacados exponentes de la Ciencia penal contemporánea de cuño germánico como *Günther Jakobs*, *Wolfgang Frisch* o *Urs Kindhäuser* -por citar algunos ejemplos conocidos- han construido, en mayor o menor medida, sus edificios de las respectivas teóricas de la imputación sobre pilares de estas características, pero -al menos a juzgar por quien realiza esta recensión- se echaba de

menos una explicación pormenorizada y, a la vez, original de los lineamientos de los mismos, desplegando las consecuencias básicas que se derivan. O expresado de otra manera: ¿cuántas veces se emplean en la discusión jurídico-penal términos como "rol", "sistema", "función" o "imputación" sin haber procedido previamente a una delimitación conceptual de los mismos?

El libro se divide, básicamente, en tres grandes partes. Una primera dedicada a los fundamentos científico-sociales (págs. 37 y ss.); una segunda vinculada al "aterrizaje" en el campo jurídico-penal de los conocimientos sociales (págs. 201 y ss.); y una tercera centrada en ciertas aplicaciones dogmáticas básicas (págs. 347 y ss.). Si bien las tres constituyen un todo - sc. forman parte del "sistema" teórico creado por el autor – pueden ser consultadas independientemente. Ello no sólo constituye una característica de la forma de escribir de algún autor teórico-sistémico – basta leer el prólogo de *Luhmann* a su verdadera *opera prima Soziale Systeme* (1984) – sino que, además, permite que esta obra sea de consulta obligada no sólo para penalistas, sino para cualquier jurista, sociólogo o filósofo. La solidez del autor en todos los campos que aborda resulta simple y llanamente excepcional.

Comenzando por la primera parte del libro, debe considerarse una aportación fundamental la combinación de presupuestos epistemológicos que logra la obra. En este sentido, el edificio erigido por *Piña Rochefort* se asienta sobre tres pilares fundamentales: el primero, la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos de *Niklas Luhmann*; el segundo la teoría de los juegos del lenguaje de *Ludwig von Wittgestein*; y el tercero, la teoría de los actos del habla de *John Searle* (p.27). Cierto es que la obra parte en gran medida de determinados postulados teórico-sistémicos, o por mejor decir: constructivistas. Sin embargo, dista mucho de poder incluirse dentro de la ortodoxia sistémica; más bien debe ubicarse dentro de la heterodoxia de esta teoría, lo cual, sin duda, es de agradecer.

En efecto, el autor se distancia de la teoría de sistemas desde su misma base: en el lugar privilegiado que la comunicación ocupa en la teoría de sistemas, *Piña Rochefort* sitúa el

concepto de rol que funge como unidad mínima del sistema (p. 130). El principal motivo por el cual se produce este cambio radica en el intento de superación de la premisa según la cual los sistemas no pueden comunicarse entre sí – de manera similar a la propuesta del concepto de "interferencia" desarrollado por *Gunther Teubner* (vid. brevemente su recopilación en lengua española *El Derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*. Lima: ARA Editores, 2005) que tan duramente criticó en su día *Jürgen Habermas* por su alejamiento de la ortodoxia sistémica (vid. *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta, 1998). En este sentido, los juegos del lenguaje de *Wittgestein* proporcionan a la obra una mayor facilidad para combinar la clausura y apertura que experimentan todos los sistemas. Y a renglón seguido el agudo análisis de la mano de la distinción utilizada por *Searle* entre hechos brutos y hechos institucionales le permite situarse en una heterodoxa posición sujeta al reproche, como el propio autor reconoce, de ontologismo "insoportable" por parte de los constructivistas y de normativismo contaminante por los ontologistas. Pero precisamente en esa búsqueda de la posición propia radica su mayor logro.

Por tanto, y quizás pecando de reiteración, la obra que ahora se presenta se distancia del constructivismo operativo, cuando menos, en dos puntos fundamentales: primero, no considera que la unidad básica del sistema es la comunicación, sino el rol; segundo, entiende que los sistemas pueden comunicarse entre sí, modificando de esta manera el propio concepto de autopoiesis que ahora viene definido como "la asignación de una función propia de un elemento dentro de un sistema" (p. 134). Sobre la base de estos cimientos, *Piña Rochefort* recobra – prácticamente del baúl de los recuerdos teórico-sistémicos -el concepto de interpenetración- como, en parte, hiciera *Niklas Luhmann* en su *opera magna Die Gesellschaft der Gesellschaft* (1997) –, lo cual le permite destacar la noción de estructura y, sobre todo, el concepto de rol, piedra angular, como ya se ha indicado, sobre la que descansa gran parte de la argumentación. El rol consiste en el acoplamiento entre elemento y función de tal manera que constituye una realidad propia del sistema que lo ha formado. El sistema, básicamente, se ve en la necesidad de diferenciar roles para poder hacer frente a la creciente complejidad interna que experimenta.

Precisamente el concepto de rol le permite desembarcar, en la segunda parte de la obra, en el ámbito del Derecho penal de una forma, cuando menos, elegante. De ahí que distinga a grandes rasgos, y adhiriéndose en parte a la nomenclatura acuñada por *Günther Jakobs*, entre responsabilidad por organización y responsabilidad institucional: en la primera se defrauda el rol general de persona, mientras que en la segunda, algún rol especial (págs. 290 y ss). Uno de los puntos clave de esta segunda parte radica en cómo aborda un tema especialmente delicado en el ámbito del Derecho penal –y que ha suscitado importantes críticas contra los autores "sistémicos"–: la cuestión de la legitimación del sistema (penal). El quid de la cuestión radica en sostener que el propio sistema jurídico-penal es destinatario de determinadas expectativas y que puede defraudarlas. Es decir, se espera que el sistema reaccione de una determinada manera en ciertos casos, y, si no lo hace, estará defraudando la confianza depositada en el mismo. Para ello, el propio sistema penal diferencia una serie de "estructuras de legitimidad" (págs. 312 y ss.), tanto formales como materiales, cuyas denominaciones son harto conocidas para los penalistas: principio de legalidad y sus derivaciones, principio de proporcionalidad, principio de humanidad, principio de igualdad, hasta llegar a dos de singular importancia: el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (págs. 322 y ss.) y el principio de culpabilidad (págs. 328 y ss.).

Respecto del primero resulta notable la forma en la cual el autor relaja la tensión que en los últimos tiempos se ha venido acumulando entre dos teorías supuestamente contradictorias: la teoría del bien jurídico y la teoría de la prevención general positiva. La solución viene dada por distinguir los planos en los cuales se mueven ambas teorías: la última lo hace en el ámbito funcional descriptivo, mientras que la primera lo hace en el plano funcional de la legitimidad. Asimismo, y con respecto al profuso estudio que *Piña Rochefort* efectúa del principio de culpabilidad, resulta especialmente destacable que el autor argumente que dicho principio no sólo cumple una función de fundamentación de la pena -a modo de lo predicado por la prevención general positiva- sino que, por otro lado, incluye igualmente el revés de la moneda: la satisfacción de las expectativas dirigidas al propio sistema jurídico-penal de que no se castigue sin que exista un culpabilidad previa.

Finalmente, en la tercera y última parte, se contienen unas finas reflexiones respecto de la importancia decisiva del concepto de rol en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva, fundamentalmente en el llamado primer nivel de la imputación objetiva (imputación de comportamiento). Se está aquí en presencia, por lo que se alcanza a ver, de la primera sistematización de los efectos que el concepto de rol despliega en las instituciones de prohibición de regreso, principio de confianza, riesgo permitido o ámbito de responsabilidad de la víctima.

En cuanto al primero (págs. 355 y ss.), indica el autor que lo importante no es excluir la responsabilidad porque la conducta no pueda entenderse objetivamente como "favorecimiento" de una tendencia ajena a cometer un hecho, o de si es posible distanciarse de las consecuencias del hecho de haber prestado la colaboración, sino de si compete o no preocuparse de ello. Por ello se afirma el principio de que si se reconoce libertad para realizar determinadas prestaciones que comportan un riesgo, no se puede exigir que cada vez que se materialice la prestación se deba indagar sobre los usos que pretenden realizarse con dicha prestación. Lo fundamental aquí es que si se *instrumentaliza un rol* para irrogarse ámbito de organización ajenos, se está adoptando el sentido delictivo de la acción subyacente. Y ello resulta especialmente válido en el problemático caso de los conocimientos especiales que, si no forman parte del rol, no pueden fundamentar responsabilidad; pero que si se adquieren, no deben ser instrumentalizados. En el clásico ejemplo del camarero: "si bien no le exigimos (¡penalmente! (..)) al camarero que se abstenga de servir la ensalada en la que ha descubierto, por sus conocimientos especiales (..) un exótico vegetal venenoso, sí podemos exigirle que no se sirva de ese conocimiento para retener el plato y esperar a su enemigo" (págs. 373 y s.).

En cuanto al principio de confianza (págs. 376 y ss.), después de considerar que el mismo es absolutamente social y guarda relación con la orientación de los comportamientos sobre la base de expectativas y conforme a la doble contingencia –punto cero de la autopoiesis social– distingue agudamente entre confianza dirigida a un

rol –absolutamente estandarizada– y confianza dirigida al individuo que debe desempeñarlo – cuya estandarización no resulta tan evidente –. En este segundo supuesto, el verdaderamente problemático, *Piña Rochefort* parte de que lo importante no es si el sujeto sabe o sospecha que el otro individuo se comportará antijurídicamente, sino de si está obligado a saberlo y si está obligado a utilizar dicho conocimiento, pues sólo ahí se quebrará el principio de confianza y nacerá su responsabilidad. De ello se deriva que en los casos de división de trabajo el principio de confianza ampara aquello respecto de lo que no se está especialmente obligado a preocuparse. Por tanto, en términos generales, lo importante es que no se puede confiar en que se realizarán prestaciones supererogatorias del rol y que sí se puede confiar que se efectuarán las prestaciones del rol. Y que, finalmente, no se puede confiar en dichas prestaciones cuando existe un deber de garante y es previsible que el individuo defraudará el rol.

Como no podía ser de otra manera, y entrando en otra institución clásica de la imputación objetiva, el autor considera que el rol social es una herramienta fundamental para determinar si alguien se ha comportado dentro del marco del riesgo permitido –y quien no– (págs. 393 y ss.). No obstante, no se trata de un rol social genérico, sino que la determinación del riesgo permitido se realiza a partir de roles sociales previamente diferenciados en una sociedad determinada, concreta, y nunca fuera de ella. En líneas generales, como indica *Piña Rochefort*, "no se debe afirmar que el riesgo permitido lo que permite es lesionar a los demás, sino que lo que permite es desempeñar actividades peligrosas sustrayéndolas de sanción en caso que ellas causen lesiones" (pág. 398). Una consideración especialmente interesante en este campo, es la consecuencia deducida por el autor respecto de la relevancia de la normativa extrapenal en la determinación del riesgo permitido. En este sentido apela a la clausura operativa del sistema penal, de tal manera que la única forma de que "algo" tenga relevancia en Derecho penal es mediante una re-validación (*re-entry* à la *Spencer Brown*). Por ello, la infracción de una norma extrapenal no da lugar necesariamente a una intervención del Derecho penal – es un factor, si acaso, a tener en cuenta -; pero el comportamiento conforme a una normativa extrapenal excluye el tratamiento penal de la cuestión por inexistencia de una defraudación del rol.

En fin, por concluir, pues podrían seguir deduciéndose innumerables aportaciones de esta magnífica obra, debe indicarse que una de las mayores virtudes del libro es que hace frente, *ab initio*, a cualquier crítica de oscurantismo –típica respecto del "complejo" lenguaje de la teoría de sistemas y otras teorías científicas contemporáneas–. La claridad expositiva – marcada, entre otras cuestiones, por el sumario y orientación al final de cada capítulo – y la claridad del lenguaje y de la argumentación conceptual empleada, constituyen una característica continua de la obra y, como podrá adverar quien lo conozca, de su autor.