EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE JAKOBS Y LA TEORÍA SOCIOLÓGICA DE LUHMANN

Dr. Rafael MÁRQUEZ PIÑERO *

SUMARIO: I. *Pensamiento jurídico de Günther Jakobs.* II. *Líneas de la teoría general de la sociedad de Niklas Luhmann.* III. *Congruencia entre la teoría social de Luhmann y el pensamiento jurídico de Jakobs.* IV. *Posible fundamentación sociológico-jurídico-funcional como respuesta a los problemas de la globalización.* V. *Consideraciones finales.*

I. PENSAMIENTO JURÍDICO DE GÜNTHER JAKOBS

El profesor Günther Jakobs formula su pensamiento, partiendo de la idea del funcionalismo jurídico-penal concebido como aquella teoría, conforme a la cual el Derecho penal está encauzado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad. La sociedad, dentro de este razonamiento, no es entendida en consideración al punto de vista de la conciencia individual, y en tal sentido como un sistema que puede componerse de sujetos que realizan contratos, producen imperativos categóricos o se extienden en tareas similares.¹

Realmente, la propia historia de la filosofía nos enseña que esta última perspectiva puede constituir un objeto de discusión que sea factible de abarcar —conceptualmente— al menos durante cierto tiempo los problemas existentes. No obstante (y estamos siguiendo el razonamiento de Jakobs), al igual que la conciencia tiene y sigue sus propias reglas, del mismo modo lo hace la comunicación.

* Director del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Universidad Panamericana, Profesor de Tiempo Completo de Derecho Penal de la Universidad Panamericana. Profesor de Derecho Penal, por oposición, de la Facultad de Derecho de la UNAM. Investigador perteneciente al Sistema Nacional de Investigadores.

¹ Como señala el propio Jakobs, este pensamiento es utilizado por Luhmann, quien destaca la intersubjetividad. Se aparta, pues, de la concepción filosófica, que comienza en Descartes y continúa de Hobbes a Kant, Luhmann, Niklas, *Ausdifferenzierung des Rechts*. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999, *passim*.

De ahí que la posible solución no ha de buscarse en la postura antagónica con el núcleo de partida situado sobre la base del sujeto. En otras palabras, sin prescindir de ella, hay que obviar la tradicional doctrina europea aristotélica del Estado como conjunto, orientada en atención a la comunidad, aunque —desde luego— se pueda formular dentro de este modelo de sustancia social.

A continuación, el propio Jakobs afirma que: “la exposición más clara de la diferenciación entre sistemas sociales y psíquicos, que tiene consecuencias para el sistema jurídico, si bien con una enorme distancia con respecto al Derecho penal, se encuentra en la actualidad en la teoría de los sistemas de Luhmann”. Claro está, que ello no significa que no existan pronunciadas diferencias con dicha teoría, y ello ni tan siquiera en lo referente a todas las cuestiones fundamentales.²

Sin duda, afirma Jakobs, el Derecho penal puede ser entendido como parte de la sociedad. En este sentido se consideran funciones las prestaciones que (solas o con otras), mantienen un sistema. En lo referente a las prestaciones, obviamente, nos interesan las del conjunto del Derecho penal y, por supuesto, no sólo la pena.³

² JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Cancio Meliá y Feijó Sánchez, Madrid, Ed. Civitas, Cuaderno Civitas, 1996, pp. 11, 12, 15, 16 y ss. LUHMANN, Niklas, “La comunicación jurídica”, en *Revista Confluencia*, Consejo Estatal de Veracruz, núm. 1, vol. I, septiembre de 1996. El profesor Luhmann al referirse al sistema social expresa: “Los sistemas sociales surgen debido a que la comunicación social entrafña selección, y a que la presencia de otras personas hace inevitable la comunicación”, p. 19. Del mismo modo nos señala respecto de la comunicación, que: “Toda comunicación humana tiene lugar bajo premisas normativas. Presupone estructuras que se estabilizan contrafactualmente, es decir, estructuras que siguen manteniendo validez ante su violación por parte de los individuos”, p. 21.

³ El propio Jakobs señala que: “La pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación de expresión de sentido entre personas”. Son muchos, añade Jakobs, los que piensan que este programa de una teoría normativa del Derecho penal se expone a tres objeciones: 1. Se dice que carece de un punto de partida crítico hacia el sistema social. 2. Se dice que falta lo ontológico o la estructura lógico-material, y 3. Se dice que falta el sujeto. Y continúa el maestro: “Las tres objeciones se formulan con razón: 1. Desde la perspectiva aquí defendida, se opta expresamente por intentar comprender lo que hay antes de pasar a la crítica. 2. Para ello, lo que se intenta comprender es la sociedad, es decir, un sistema de comunicación normativa, no el medio que la circunda, y 3. En consecuencia, lo subjetivo sólo tiene relevancia secundaria”.

Aisladamente, la pena no es más que un mal, y si se contempla la secuencia externa de hecho y pena, se produce, según la ya conocida expresión de Hegel, "la irracional secuencia de dos males".⁴ Únicamente sobre la base de una comprensión comunicativa del delito, concebido como afirmación que contradice la norma y de la pena entendida como respuesta confirmatoria de la norma puede encontrarse una relación inextricable entre ambas y, consecuentemente, una relación racional, y todo ello bajo condiciones a considerar.

¿Pero, cuál es la prestación que lleva a cabo el Derecho penal? Y Jakobs contesta: "La contradicción que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad". Por consiguiente, el Derecho penal confirma la identidad social. En consecuencia, el delito no es tomado como principio de una evolución, ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino más bien como comunicación defectuosa, siendo cargado este defecto al autor como culpa suya.

En otras palabras, la sociedad mantiene las normas y al propio tiempo se niega entenderse a sí misma de otra manera. Lógicamente, en la aplicación de esta concepción, la pena no constituye solamente un medio para mantener la identidad social, sino que ya implica ese mismo mantenimiento.

En este caso, puede que sean vinculadas a la pena ciertas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características, así la esperanza del mantenimiento o de la solidificación de la fidelidad al ordenamiento jurídico, sin embargo la pena, por sí misma, ya significa algo independientemente de estas consecuencias: *significa una autocomprobación*.

Por su parte, el Derecho penal, en el plano de la comunicación, restablece la vigencia perturbada de la norma en los casos en que se realiza seriamente un procedimiento derivado de una infracción de la norma. De ahí que lo anterior signifique, al propio tiempo, que con ello es representada la identidad no modificada de la sociedad.

En este procedimiento, en el plano empírico, solamente se pueden aprehender el delito, el proceso y su relación, sin embargo, no puede aprehenderse empíricamente el fenómeno confirmatorio de la identidad, ya que ésta no constituye una consecuencia del proceso, sino su significado.

⁴ HEGEL, G. W. F., *Fundamentos de la filosofía del Derecho*, trad. Carlos Díaz, Madrid, Ed. Ensayo Libertarias/Proudhufi, 1993, p. 14, 2, *Delito y castigo*: § 94-104.

Pero esta autosuficiencia del sistema jurídico (afirma Jakobs), es una cosa y otra cuestión muy diferente es “qué problemas del sistema social se resuelve mediante la génesis diferenciada de normas específicamente jurídicas y —en definitiva— mediante la génesis diferenciada de un sistema jurídico en especial”.⁵

En esta tesitura, el funcionalismo expresa que lo que ha de resolverse siempre es un problema del sistema social. Lo anterior provoca que sea objeto de crítica en un doble sentido: por una parte, desde el ángulo de las teorías puras de la justicia; y, por la otra, por la exclusiva referencia funcional al sistema social.⁶

Jakobs puntualiza, para completar el panorama, la afirmación de que para el desarrollo de reglas jurídicas, es decir, para el trabajo dogmático, la prestación externa del sistema jurídico debe ser entendida como requisito o presupuesto, desde la perspectiva interna del sistema jurídico, si se quieren obtener conclusiones que no sean simplemente casuales.

Dice Jakobs literalmente: “Todas las instituciones dogmáticas dignas de mención en el Derecho penal moderno, desde la imputación objetiva hasta el concepto normativo de culpabilidad, desde la posibilidad de excluir la responsabilidad en caso de desconocimiento de la norma

⁵ LUHMANN, Niklas, “La observación sociológica del Derecho”, en *Revista Crítica Jurídica*, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, núm. 12, 1993, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, pp. 74, 77 y 85. En este sentido, Luhmann afirma: “El derecho es uno de los múltiples ámbitos dentro de los cuales no sólo se produce comunicación social, sino que se comunica ampliamente consigo mismo”, y añade que ningún sistema funcional puede sustituir a otro, ni siquiera descartarlo, por su función. Así, los sistemas autónomos únicamente pueden cambiar estructuras basados en su propia función, ya que la “autonomía del sistema” no ha de ser entendida, sino como la autorregulación de sus dependencias y también de sus independencias.

⁶ *Idem*. El propio Luhmann señala que: “para el sistema jurídico es derecho lo que es derecho para el sistema jurídico, y solamente los observadores externos, por ejemplo los sociólogos, pueden en dado caso reprocharle al sistema que disponga sobre el Derecho (Recht) en una forma que al observador le parece carente de derecho (Unrecht), por ejemplo, como manifestación de una sociedad de clases o como esclarecimiento insuficiente de argumentos racionales”, pp. 88 y 81. “El derecho es válido sólo porque se ha decidido que lo sea”, p. 90. “No existe derecho fuera del derecho (imposibilidad de derivar normas de los hechos”, p. 86). Y, para terminar, añade Luhmann: “Si bien el derecho puede ser modificado, no puede serlo todo al mismo tiempo...”. “Todo nuevo derecho ha de integrarse en el viejo derecho y ser armonizado con éste, si no se quiere que la programación se vuelva contradictoria e impronosticable en sus operaciones... Quien desee cambiar radicalmente los programas del sistema jurídico tiene que empezar desde el exterior”, p. 9. “La autoobservación tiene que identificarse con lo observado, sino no sería tal: debe de reconocerse (también) a sí misma en sí misma”, p. 8.

hasta la posibilidad de fundamentar la responsabilidad por injerencia, etcétera, no podrían haberse desarrollado desde una perspectiva puramente interna al sistema jurídico que no tuviera en cuenta la función de la normatividad jurídica”.

El propio Jakobs aclara que no pretende afirmar que esta percepción sea tenida en cuenta de modo consciente, sino que, más bien, es factible *que lo funcional se haya presentado como justo*. En lo relativo a la concreción del comportamiento objetivamente imputable, lo anterior resulta claro: “La perspectiva exclusivamente interna demuestra que la realización del tipo y la adecuación social, en contra de lo que se sostiene en el marco de la teoría interna, no se excluyen mutuamente”.

Sea como fuere, matiza Jakobs, la solución de un problema social, utilizando el Derecho penal, se produce —en todo caso— mediante el sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, lo cual implica que se verifica dentro de la sociedad. De ahí que, siguiendo el razonamiento del maestro, es imposible escindir el Derecho penal de la sociedad.

En este sentido, el Derecho penal supone tanto como una tarjeta de presentación de la sociedad sumamente expresiva, del mismo modo que, sobre la base de otras partes integrantes de la sociedad, cabe derivar conclusiones bastante fiables sobre el Derecho penal.⁷

En definitiva, lo que Jakobs nos destaca es que existe una dependencia o interacción recíproca entre la sociedad y el Derecho penal. En esta situación, cabe exigir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico llegue a alcanzar una complejidad adecuada en relación con el sistema social, de la misma manera —sólo que a la inversa— en que el Derecho penal puede recordar a la sociedad que deben tenerse en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles.⁸

Por ello, el Derecho penal debe ser compatible con las condiciones de la evolución. Ni el sistema social, ni tampoco el sistema jurídico pueden saltar por encima de su propia sombra, añade Jakobs. Por

⁷ Así, el propia Jakobs ejemplifica señalando que si “la pena máxima se impone por brujería... , o por asesinato, caracteriza a ambos, al Derecho penal y a la sociedad”, *op. cit.*, nota 2, p. 22.

⁸ LUHMANN, Niklas, nota 5. El maestro señala que, inclusive partiendo de esta formulación vaga, dicha afirmación es discutida; por el contrario, se pretende limitar al Derecho penal —independientemente del estadio de desarrollo de la sociedad— a los “ataques dolosos cometidos con conciencia de antijuridicidad contra la integridad corporal, la vida y la libertad”.

consiguiente, *por un lado*, “no se puede degradar al Derecho penal al papel de mero lacayo, pues es parte de la sociedad y, dicho de modo metafórico, debe tener un aspecto respetable aún a plena luz del día”.

Sin embargo, *por otro lado*, “el Derecho penal tampoco puede constituirse en la base de una revolución social; pues en cuanto ya no contribuya al mantenimiento de la configuración de la sociedad (aunque, desde luego, se trate de una configuración susceptible de evolucionar), falta ya la base sobre la cual podría iniciarse con éxito una revolución” (Jakobs, Günther, *op. cit.*, nota 2, p. 24).

En esta línea, el profesor Jakobs se pregunta: “¿Por qué la confirmación de la identidad normativa que realiza el Derecho penal resuelve un problema social?” Y se responde “Porque la constitución de la sociedad (del mismo modo que la de las personas e incluso de sujetos) tiene lugar a través de normas”.

Para responder a los cuestionamientos anteriores, Jakobs precisa:⁹ una mera agrupación de individuos no resulta suficiente para configurar una sociedad. De esta manera, una sociedad empieza, más bien, con la vigencia de la primera norma obligatoria y que impone a las personas una conducta determinada, por ejemplo, la de no atentar contra la integridad corporal o no lesionar la propiedad de otras personas.

En esta tesitura, mientras más normas rigen, más compleja es la sociedad, y en un Estado moderno, la sociedad sobre su territorio, que constituye una parcela de libertad, nos proporciona una buena perspectiva de doble vertiente: *por un lado*, de la vinculación mediante cientos de normas, e inclusive de miles; y, *por otro lado*, de la falta de vinculación, de la permisión de realizar la conducta deseada, en un ámbito de privacidad, éste sí, no abarcado por las normas.

Tratándose de Jakobs, conviene destacar que —para él— el Derecho penal moderno se ha desarrollado *en el marco de la teoría de la imputación objetiva*, que supone una teoría de la conducta típica (riesgo permitido, principio de confianza, actuación a propio riesgo y la pro-

⁹ JAKOBS, Günther, “Conocimiento y desconocimiento de la norma”, trad. Sancinetti, en *Problemas capitales del Derecho penal moderno* (libro homenaje a Hans Welzel), Buenos Aires, Hammurabi, José Luis Depalma/Editor, 1998, pp. 57, 58, 59 y ss. “Las normas rigen cuando le dan a la sociedad su conformación real... La declaración de una sociedad se halla en vigencia”, pp. 57 y 58. “La norma y el hecho abarcado por ella tienen que serle conocidos *ex ante* a la persona, al actuar y al omitir”, p. 58. De ahí de que, según Jakobs, “las personas deben estar dispuestas también a acatar la norma”. Y añade, “el conocimiento de la norma consiste en el conocimiento de la realidad social, aunque no se esté de acuerdo con ella”.

hibición de regreso, en relación con la cual se desarrolla una discusión más terminológica que material) inspirada en un principio *social-funcional* o —al menos— que se acomoda a tal principio.

A guisa de ejemplo, el propio Jakobs señala que el tráfico vial, tan fugaz en los contactos sociales, sólo es factible de ser organizado si —entre los participantes— se protege la confianza en que cada uno de ellos únicamente responderá de su conducta defectuosa y no de la conducta defectuosa de otros.

Por su parte, en una economía de intensa división del trabajo se presupone que no forma parte del *rol de vendedor* de un producto estándar, el cuidar que el comprador no lo use de forma delictiva o de otra forma lesiva. La formulación genérica de todo esta supondría decir que las expectativas jurídicamente garantizadas sólo se verían defraudadas por una conducta objetivamente defectuosa, sin mayor consideración a los aspectos individuales.

No obstante, como estas expectativas, al igual que todas, se dirigen a personas, o sea, a portadores de un rol o de una función, la exigencia misma de una defraudación es el quebrantamiento de un rol. Por tanto, la imputación objetiva, por lo menos en lo referente a su faceta penal, “no tiene como finalidad, sin embargo, garantizar que alguien cumplirá positivamente su rol”.

Evidentemente, el Derecho penal no puede asegurar una garantía como la anterior, ya que no reacciona frente al quebrantamiento de *roles especiales* (médico, arquitecto, ingeniero, etcétera). La cuestión específicamente penal de la imputación objetiva “reside únicamente en la limitación de las tareas y, en consecuencia, de la responsabilidad, a un ámbito delimitado”.¹⁰

¹⁰ JAKOBS, Günther, *ibidem*. Las normas rigen cuando le proporcionan a la sociedad su conformación real, lo que significa: “Cuando determinan lo que, en la comunicación de las personas, puede ser tomado como punto de referencia para aunar conductas y aquello que no puede ser tomado como tal”. Incluso cuando una norma sea quebrantada, la misma tendrá vigencia en tanto el acontecer sea concebido como un auténtico quebrantamiento de la norma y no como algo indiferente. Jakobs ejemplifica lo anterior con lo siguiente: “Nada prueba mejor la vigencia de la prohibición del homicidio que la irritación general por un homicidio acaecido. La declaración de que una sociedad es real equivale a la de que las normas que la constituyen se hallan en vigencia”. Una primera condición que debe estar cumplida para que exista vigencia de la norma (por tanto, la sociedad real) es concluyente: “La norma tiene que ser conocida e igualmente tiene que ser conocido cuando se da el caso regulado”. Al respecto, el “conocimiento” es entendido, siempre, como “conocimiento actual”. Lo que también se denomina “conocimiento no actual”, es considerado —aquí— como “conocibilidad” o “desconocimiento evitable”.

La hipótesis básica de la teoría de la imputación objetiva pone de manifiesto que un derecho de comportarse de determinada manera, o —a la inversa— el ilícito de un comportamiento, no se puede determinar teniendo en cuenta únicamente un individuo aislado, ni una norma aislada, sino siempre teniendo en cuenta personas, o sea, las reglas específicas de una socialidad. Esta hipótesis-base puede diversificarse en tres proposiciones.

En la primera proposición, tratamos la igualdad de las personas respecto de la libertad de acción, cada persona puede pretender lo que cotidianamente pretende igualmente cualquier otro. Esta proposición da lugar a la fundamentación del *riesgo permitido* o —al revés— el comienzo de una conducta ilícita, como muy pronto, más allá de ese riesgo permitido. Por ejemplo, dice Jakobs: “El conducir conforme a la reglamentación no es no permitido, aunque es riesgoso”.

La segunda proposición, expresa: “Los demás son, por su parte, personas responsables”. De ahí que el mundo, en el que se produce el propio comportamiento, es, por tanto, un mundo responsablemente estructurado, lo cual supone que se puede confiar en su adecuada y correcta configuración. Por consiguiente, ello comporta (con una expresión ordinaria) *un principio de confianza*, o bien, en el supuesto de que el destinatario de la confianza sea, a su vez, la víctima, de un actuar a propio riesgo.

Y Jakobs señala, a modo de ejemplo: “Se puede confiar en que un conductor que se aproxima por una calle transversal, y está obligado a esperar, cumplirá su deber, y, por cierto, en igual medida en lo que se refiere a lesión de terceras personas (principio de confianza), como a la del que debe esperar (actuar a propio riesgo).”

En la tercera proposición se establece que la comunidad con otro, siempre constituye una comunidad sólo limitada. Por consiguiente, en el caso de que otro se comporte incorrectamente, sólo se puede recurrir al primero, si esa comunidad igualmente abarcaba a la conducta incorrecta. En caso contrario, queda excluida la responsabilidad del primero: *prohibición de regreso*. En el supuesto de que el otro coincida con la víctima, sería factible —aquí— hablar de un actuar a propio riesgo.

Jakobs vuelve a ejemplificar: “La venta de un cuchillo de corte usual no fundamenta ni implica responsabilidad por la cuchillada intencional o descuidada del receptor contra una víctima, ni por la cuchillada intencional o descuidada contra sí mismo”.

En el contexto indicado, de carácter sistemático, resulta importante el conocimiento de que —en la imputación objetiva— se trata de un fenómeno de sentido idéntico a la de la fundamentación de una posición de garante en el delito de omisión, en cuanto se trate de competencia por organización. Las posiciones de garante, por tanto, son negociadas entre los intervinientes, al igual que se expuso antes respecto de la imputación objetiva, más concretamente, ellas no constituyen otra cosa más que un caso de imputación objetiva conocida desde hace tiempo.

No obstante, la relación naturalista más débil que existe con el resultado de la conducta en el delito de omisión ha dejado claro, antes que en el delito de comisión, la necesidad de una relación normativa, y debido a ello nos ha anticipado, en el orden temporal, algo a lo que materialmente tampoco resulta renunciable en el delito de comisión: “Justamente, la determinación del significado por la imputación objetiva”.

El paralelismo es aun más amplio: “Debido a la total homogeneidad de ambos ámbitos, la teoría de la imputación objetiva y de las posiciones de garante, las posiciones de garante desarrolladas para los delitos de omisión pueden y deben presentarse también en el ámbito de la comisión”.¹¹

En estas condiciones, Jakobs, entiende que: “Si al comienzo se dijo que el hecho punible es un aporte comunicativo, *una expresión de sentido*, entonces, hay que determinar cuándo una persona expresa

¹¹ El profesor Jakobs señala: “Esto sucede del modo más sencillo respecto del deber de seguridad en el tránsito: a él se le corresponde el caso normal de comisión, que se puede entender como caso de lesión del deber de seguridad en el tránsito por los movimientos corporales motivados. Que alguien responda por sus actos voluntarios o por un déficit en su dominio es totalmente equivalente al menos en tanto los actos voluntarios sean considerados como dominables, lo que a su vez significa, en tanto sean considerados, en suma, como actos voluntarios. Pero también respecto de la injerencia y la asunción se encuentran aplicaciones en el ámbito de la comisión”. El ilustre penalista ejemplifica diciendo: “Quien empuja descuidadamente a otro, en caso necesario debe tomarlo del brazo para que no caiga; ello deriva de la injerencia. Pero si el otro quiere agarrarse por sí mismo del brazo de quien lo empuja, éste no puede retirarlo, lo que sí podría hacer cualquier otra persona. Por tanto, la injerencia fundamenta no sólo deberes de actuar sino también de omitir”. En el otro ejemplo, Jakobs expresa: “Quien ha asumido cuidar un enfermo sensible a la luz, debe cerrar las cortinas de la ventana; ello deriva de la asunción. Pero tampoco puede volver a abrir las cortinas cerradas, lo que sí podría hacer en su propia casa cualquier otro que no haya asumido. Por tanto, también a la asunción fundamenta, junto a deberes de actuar, además, deberes de omitir”, *op. cit.*, nota 9, pp. 43, 44 y ss.

un sentido determinado". Del anterior planteamiento del problema no necesariamente debe inferirse que un hecho punible sea algo tan ideal, tan espiritual y que no tenga relación ninguna con el mundo material.

Antes al contrario, las personas sólo pueden manifestar sentido en el contexto de un modo natural y —por tanto— también únicamente ahí pueden coludir con sus proyectos de sentido. En otras palabras, para Jakobs, es que ellas sólo son personas, en tanto reclamen para sí una posesión material, cuando menos un cuerpo; este conocimiento se encuentra en la base de las filosofías del derecho idealistas, muy específicamente en las de Kant, Fichte y Hegel, recordemos, a tales efectos, la expresión hegeliana de que "todo lo real es pensado y todo lo pensado es real".

Por consiguiente, en lo relativo a la expresión de sentido de un accionar en el mundo material, y consiguiente y necesariamente de un estar bajo la influencia de las normas del entorno social. En esta tesitura, y sólo por ello, éstas pueden llegar a ser relevantes socialmente, cuando menos en forma mediata.

II. LINEAS GENERALES DE LA TEORÍA SOCIOLÓGICA DE NIKLAS LUHMANN

La teoría de los sistemas nació, en primer lugar, como teoría de las máquinas, y después se aplicó en el ámbito de la biología. En ese instante, los organismos biológicos fueron entendidos como sistemas autorregulados. Sin embargo, la concreción de *esta clase de sistemática técnico-biológica en lo social*, no ha sido del todo equivalente.

Por ejemplo, es sabido que la integración de organismos biológicos se asienta sobre la "vida", mientras que la integración de la sociedad queda centrada en el "sentido".¹² Lógico resulta que el trasvase de lo biológico a lo social sufra una modificación muy sensible cuando se maneja en el ámbito de las realidades sociales, así que lo anterior no debe de extrañar, en principio.

En este contexto, ha dicho Habermas, Jürgen,^{12-A} en sentido crítico, mediante el desarrollo de una teoría consensual de la verdad, a través

¹² CORSI, Giancarlo; EXPÓSITO, Elena y BARALDI, Claudio, *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, trad. Romero Pérez y Villalobos, Coordinación de Javier Torres Nafarrate, Barcelona, coedición con el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente y Editorial Anthropos, 1996, pp. 144, 145, 146 y ss.

^{12-A} HABERMAS, Jürgen, *La lógica de las ciencias sociales*, trad. Jiménez Redondo, México, Ed. Real Editorial Iberoamericana, 1993, pp. 312 y ss. La estrategia de Luhmann tiene como fin una teoría sistémica de la sociedad que logre, por un lado,

de la capacidad de coincidencia, contraria a la teoría sistemática de Luhmann. En esta tesitura, Kaufmann, ha dicho que: “No es una teoría de la verdad y la justicia, pues para Luhmann verdad y justicia tienen sólo carácter simbólico, el cual en la realidad a nada corresponde”.

Ha de saberse que la teoría sociológica de Niklas Luhmann queda completada —a su vez— por tres teorías auxiliares: *una teoría sistémica; una teoría de la evolución; y una teoría de la comunicación*.¹³ Para saber del excepcional grado de abstracción de esta teoría sociológica, basta con decir que “la comunicación ha desplazado a la acción y a la experiencia hasta convertirse en el único elemento del sistema”.¹⁴

De esta manera, la sociedad no es entendida ya como un conjunto de individuos sino como procesos de comunicación,¹⁵ precisamente: “la sociedad es el sistema social que abarca todas las acciones comunicativamente”.¹⁶ Por esta y otras razones, Habermas formula su posición, respecto de la teoría de Luhmann, diciendo: “Esa teoría representa, por así decirlo, la forma superior de una conciencia tecnócrata que hoy define de antemano las cuestiones prácticas como cuestiones técnicas”.¹⁷

En relación con el Derecho, que no constituye sino un subsistema autopoietico de la sociedad, ha dicho Luhmann: “El Derecho cumple funciones comprensivas de generalización y estabilización de expectativas de conducta”;¹⁸ y, además, el maestro ha estimado que las expectativas se caracterizan por estar generalizadas temporal, material y socialmente”.¹⁹

aprovechar el enfoque analítico de la cibernética, sin girarse, por otro, al marco de la teoría de los sistemas autorregulados elaborada hasta aquí para las máquinas y los organismos.

¹³ GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*, Barcelona, Ed. J. M. Bosch, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, 1993, p. 10.

¹⁴ *Idem*, p. 109.

¹⁵ LUHMANN, Niklas y DE GIORGI, Raffaele, *Teoría de la Sociedad*, trad. Torres Nafarrate, 2a. ed., México, Ed. Triana en coedición con la Universidad Iberoamericana, 1998, pp. 14 y ss. “La comunicación restringe y distribuye posibilidades reales de selección que puedan presentarse a los individuos considerados aisladamente. De aquí que la sociedad (la comunicación) consista fundamentalmente en procesos de reducción de las posibilidades abiertas”.

¹⁶ GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *op. cit.*, nota 14, p. 97.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*, nota 13, p. 311.

¹⁸ LUHMANN, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. Otto Pardo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 45.

¹⁹ LESCH, Heiko, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, trad. Sánchez-Vera y Gómez-Trelles, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, t. XLVIII, fasc. III, septiembre-diciembre, Ministerio de Justicia Interior, Madrid, pp. 952-953.

Ubicados en este plano sociológico, la relación entre delito y pena no sería distinta a la existente entre pregunta y respuesta, dado que el Derecho, como subsistema social que es, su equilibrio constituye la verdad del mundo.²⁰ Así que la verdad del mundo jurídico-penal se encuentra en la estabilización de expectativas de conducta, proceso éste que constituye un ejercicio de lealtad, que —a su vez— representa la lealtad.²¹

Tal vez sean estas las razones por las que Jakobs, en fecha no lejana, ha llevado al mismo plano dogmático al injusto penal y a la pena, ya que el propio maestro ha reconocido: “La pena en cuanto *respuesta* al quebrantamiento de la norma, se sitúa en el mismo contexto de significado que ésta y simboliza, a su vez, la contradicción de dicho quebrantamiento”.²²

Los sistemas, por tanto, son cerrados operativamente. Tal afirmación debe concretarse más técnicamente del siguiente modo: “Estos sistemas para producir su unidad recurren a aquellas unidades ya constituidas en el sistema. Los sistemas sociales, por estar compuestos de pura comunicación, controlan sus propias posibilidades de afirmación o negación para la producción de sus elementos. Son sistemas basados en una operación recursiva de su propio cálculo, y la realidad no es para ellos más que la reproducción que se realiza en estos términos”.

Una ya antigua fórmula cibernética aclara, plásticamente, la significación y el alcance de esta cerrazón operativa (estamos hablando de un ejemplo no aplicado directamente a los sistemas sociales). Son cerrados en cuanto a la producción de sus componentes, lo cual no

Las expectativas son generalizadas *temporalmente* por la estabilidad que garantiza la pena en casos de defraudación; se generalizan *materialmente* a través de la fijación de errores; y se generalizan *socialmente* mediante la institucionalización o consenso general que reciben. De ahí, por consiguiente, que la pena sea entendida por los seguidores de este modelo sociológico como “una réplica demostrativo-simbólica frente al significado demostrativo-simbólico del hecho punible”.

²⁰ ZAFFARONI, Raúl Eugenio, “El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales” en *Estudios penales en memoria del profesor Fernando Albor*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1985, p. 753.

²¹ LUHMANN, Niklas, “La observación sociológica del Derecho”, en *Revista Crítica Jurídica*, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, núm. 12, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993, pp. 87 y 88. “Si atendemos a la función que cumple la expectativa de tipo normativo, se comprende a la vez el motivo de esta necesidad de apoyo y la conexión entre distintas formas de garantía, la norma debe poder afirmarse en mayor o menor grado contra la realidad”.

²² JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, trad. y estudio preliminar de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, Madrid, Ed. Civitas, 1997, pp. 21, 22 y ss.

obsta para su apertura respecto a la incorporación de energía por parte del entorno. Los sistemas autopoieticos son cerrados en su autopoiesis, y ya que lo son han de estar abiertos en referencia a la importación energética.²³

Por cierto, la delimitación sistema/entorno permite —de entrada— realizar cortes en los objetos, que no eran posibles en función de otras disposiciones teóricas. Luhmann utiliza el ejemplo del juego de ronda de los niños, y así dice literalmente: “En el juego de ronda entre niños, tomados de las manos, la teoría de sistemas puede distinguir entre la forma de relación —la ronda— como el sistema y el entorno, los niños”.

En virtud de lo anterior, la teoría puede penetrar en formas de relación independizándolas del objeto (o del sujeto), con el resultado de que formas relacionales más complejas —la comunicación, los sistemas— quedarán de manifiesto respecto de su carácter suprasubjetivo, es decir, que preceden a los sujetos.

Conviene señalar y destacar, lo que Luhmann enfatiza: “Que las ontologías de las sustancias y las esencias no manejaron ningún concepto para el entorno. Sólo hasta el siglo XVIII entra en consideración el concepto de medio (*Milieu*). Para Hegel el entorno, si se acepta esta terminología, es el autoproceso de extrañamiento del Espíritu, en el largo camino de reencuentros consigo mismo, mediante una síntesis superior (*Aufhebung*).

²³ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. Pappé y Erker, 2a. ed., Barcelona, Anthropos-Universidad Iberoamericana-Centro Editorial Javerino, 1998, pp. 186, 187 y ss. “La diferencia sistema/entorno y sus diferenciaciones ulteriores deben tratarse en el nivel general de la teoría de los sistemas. Sin embargo, el paso siguiente debe consistir en elaborar con más claridad cómo ha de tratarse el gradiente de complejidad entre sistema y entorno en el nivel de los sistemas sociales”. “La particularidad de los sistemas sociales consiste en que éstos se orientan hacia la complejidad bajo la forma de sentido. Esto significa que la diferencia entre entorno y sistemas es mediada exclusivamente por límites de sentido lo cual por cierto es válido también para los siguientes psíquicos”. LUHMANN, Niklas, *Sociología del riesgo*, trad. Pappé, Erker, Segura, Torres, Nafarrate, México, Universidad Iberoamericana-Universidad de Guadalajara, 1992, pp. 15, 20 y 21. “Los sistemas sociales operan en la dimensión del sentido la pregunta de qué es el sentido es inabordable ya que la respuesta tiene que hacer uso del sentido para contestarla. El sentido se impone como mundo. Precede a todo lo que se pueda preguntar o saber sobre él”, p. 15. “Ningún individuo ni ninguna instancia grupal podría acesar, de golpe, la totalidad social del sentido”, p. 20. “La comunicación como tal —en el sentido más general— es una selección. El sentido sólo se hace accesible a través del medio de la comunicación: un ruido sin lenguaje produce ya una diferencia: es una nota en el cuaderno pautado del sentido”, p. 21.

Los sistemas sociales constituyen formas de relación comunicacional. Todas las realidades sociales, cualquiera que sea su rango, se hallan preformadas a través de formas específicas de comunicación que distinguen y delimitan frente a otras. A tal efecto, Luhmann pone el siguiente ejemplo: "Hacer una fila para la compra de boletos de cine es una forma de relación distinta a un seminario en la universidad, distinta a un grupo de personas asombradas ante un recién atropellado. . . El poder, la economía, el derecho, la educación, son formas de relación comunicacional que *preestructura* las interacciones sociales".

Estos sistemas sociales son autopoieticos. Dicha expresión "autopoietico" pone de relieve una formidable aportación conceptual del ilustre biólogo chileno Humberto Maturana. Para él, los sistemas vivos son unidades cerradas, por consiguiente autopoieticas:²⁴

En este punto, *para Maturana los seres vivos —organismos— son autopoieticos; para Luhmann lo son también los sistemas sociales.* En esta tesitura, los sistemas biológicos y los sistema sociales, debido a su constitución intrínseca, son autorreferenciales e incluso autopoieticos. En consecuencia, en todas sus funciones hacen referencias a sí mismo y producen sus elementos constitutivos partiendo de los propios elementos de los que están compuestos.

Dicho de otra manera: *Se producen y se reproducen a sí mismos.* Tanto sus operaciones como su modo reproductivo son, *per se*, autónomos. En definitiva, la relación que mantienen con el entorno (medio ambiente) queda establecida según la medida de su forma operativa. Las tradiciones filosóficas y sociológicas reservan la autorreferencia para la conciencia de los sujetos.²⁵

²⁴ MATURANA, Humberto/VARELA, Francisco, *El árbol del conocimiento*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1984, pp. 28, 29, 30 y ss. "Lo que es peculiar en ellos es que su organización es tal que su único producto *es sí mismos*, donde no hay separación entre productor y producto. El ser y el hacer de una unidad autopoética son inseparables y esto constituye un modo específico de organización. La característica más peculiar de un sistema autopoietico es que se levanta por sus propios cordones y se constituye como distinto del medio circundante (*entorno*) por medio de su propia dinámica de tal manera que ambas son inseparables. . . El mecanismo que hace de los seres vivos autónomos, es la autopoiesis que los caracteriza como tales".

²⁵ LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, nota 24, pp. 435, 436 y ss. "Con arreglo a lo anterior: la autorreferencia se presenta exclusivamente en el campo de la conciencia. Sin embargo, lo social nunca se puede reducir por completo a la conciencia individual, ni se puede captar como adición a los contenidos de la conciencia de diversos individuos, mucho menos como reducción de los contenidos de la conciencia a áreas de consenso: la experiencia de la irreductibilidad de lo social se integra en la constitución de lo social: *es la experiencia de la autorreferencia de lo social*".

A Luhmann se le ha criticado que su pensamiento constituye, en parte, una biologización de la sociología, a lo cual el maestro ha respondido, en términos generales, que si se separa el concepto de autopoiesis del contenido bioquímico de las células y se le concibe (como lo hace Maturana) como un sistema cuyos elementos se reproducen partiendo de la red misma de los propios elementos, entonces sólo tiene que introducirse en la palabra “elementos” conceptos químicos, psíquicos o sociales y el resultado será la obtención de diversos sistemas autopoieticos. Y no se trata de una analogía, sino de una operación de alta abstracción a partir de sistemas biológicos y sociales.

El modelo autopoietico es circular y naturalmente no tiene sentido hablar de causas y efectos. Todo lo que ocurra en un sistema está determinado por su propia organización y no por las perturbaciones o modificaciones dimanantes del medio ambiente. El sistema autopoietico no es teleológico (no actúa en función de fines) sino que se encuentra asociado a una historia secuencial mutua de cambios concordantes con el entorno. A este procedimiento se le llama *acoplamiento estructural*.

En consecuencia, la sociedad, para Luhmann, no es un sistema represivo o dominación (Marx, Freud, Adorno, Fromm, Dahrendorf) aunque tampoco constituye un sistema cimentado en el consenso de valores implícitos (Parsons, estructuralismo funcional). En cambio, la sociedad es un sistema comunicativo que hace posible la complejidad contingente, de tal forma que la realidad puede ser de otra manera, pero siempre en el marco de lo que la sociedad ha preestructurado.

En una sociedad de estas características, lo concreto puede convertirse en represivo o amable, en conflictual o armónico, en todo caso depende de la modalidad comunicacional que se haya seleccionado. En sus primeros escritos, Luhmann aclaró esta cuestión en la forma siguiente: “La humanidad realiza su unidad en dos niveles, en el del mundo y en el del sistema social. Al mismo tiempo estas instancias se alejan más que nunca: la idea del mundo se ha ido desconcretizando, sus contenidos se han vaciado y ha quedado sólo como concepto directriz para todo lo posible; *los símbolos culturales de la representación del mundo ya no coinciden punto por punto con los correlatos de los problemas que se generan en la sociedad*. La contingencia ya no puede pensarse como una confrontación de este mundo frente a otro posible, sino únicamente en relación a lo que la sociedad como sistema selecciona.

De aquí nuestra hipótesis de que son precisamente las estructuras comunicativas de los sistemas —la sociedad— las que regulan la medida de la contingencia y la complejidad que se revelan como mundo”.²⁶

La sociedad, en cuanto sistema autopoiético, constituye un sistema integrado de comunicaciones y únicamente por comunicación. Sus elementos fundantes no son ni los individuos, ni las secuencias de acontecimientos biológicos o psicológicos:

“...Estos obstáculos que bloquean el conocimiento están presentes en la idea de la sociedad que hoy es prevalente y se manifiesta en la forma de tres hipótesis que se relacionan y se sostienen recíprocamente:

1. Que una sociedad está constituida por hombres concretos y por relaciones entre los hombres.

2. Que las sociedades son unidades regionales, territorialmente delimitadas por lo cual Brasil es una sociedad distinta de Tailandia.

3. Y que las sociedades, por tanto, pueden ser observadas, desde el exterior como grupos de hombres o como territorios.

Las dos primeras hipótesis impiden una determinación conceptual del objeto social. Está claro que no todo lo que se puede observar en el hombre (admitiendo que sí es posible observar algo) pertenece a la sociedad. La sociedad no pesa lo mismo que el total de los hombres, y no cambia su peso por cada uno que nazca y por cada otro que muera. No se reproduce por el hecho de que en las células del hombre se transformen las macromoléculas, o por el hecho de que haya cambios de células en los organismos de cada hombre. *La sociedad no vive*. Tampoco se podrá considerar en serio que los procesos sociales sean como los neurofisiológicos del cerebro, inaccesibles a la conciencia. Se puede decir lo mismo de todo lo que tiene lugar en el ámbito actual de cada conciencia, ya sean percepciones o sucesiones de pensamiento”.²⁷

La sociedad tiene como función la estructuración o constitución de un horizonte de sentido que funciona como entorno para los demás tipos constructivos de sistemas. Así, Luhmann dice: “Tanto las interacciones como las organizaciones suponen una sociedad que las abastece de posibilidades comunicativas que pueden incorporarse a sus respectivas autorreferencias temáticas o decisionales:

²⁶ LUHMANN, Niklas, *Soziologische Aufklärung 2*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1986, pp. 65, 66 y ss. PARSONS, Talcott, *La estructura de la acción social*, trad. Cballero y Castillo, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1968, pp. 25, 26.

²⁷ LUHMANN, Niklas y DE GIORGI, Raffaele, *Teoría della Società*, Milán, Ed. Franco Angeli, 1992, pp. 13, 14, 15 y ss.

Sólo la sociedad hace posible identificar los nexos de expectativas (personas, roles, programas, valores) que pueden aplicarse a las respectivas interacciones, pero que, en sus referencias de sentido, las exceden. Con mayor razón, la dimensión de la diferenciación de estos distintos entramados de expectativas y las formas de interdependencia que resultan de ahí son socialmente preconstituidas. *La cohesión de la síntesis debe tener un sentido que se exceda a sí misma, precisamente para poder convencer en la interacción. Para ser una persona, hay que pretender estar obligado a ser la misma persona también en otra parte.*²⁸

En consecuencia, el sistema social se encuentra integrado por diversos sistemas parciales, cuyas facultades de estructuración abarcan diversos aspectos del conjunto social, así: lo político, lo económico, lo religioso, lo estrictamente científico, lo jurídico, etcétera. Al propio tiempo, estos sistemas parciales se integran por subsistemas, de este modo en el sistema jurídico aparece, como un subsistema importante, el jurídico-penal. También se interrelacionan unos con otros, de tal manera que el fallo en el funcionamiento de cualquiera de ellos puede afectar a los otros y —consecuentemente— hacer que el sistema total no funciona adecuadamente.²⁹

Por otra parte, Luhmann³⁰ al preguntarse sobre ¿qué comprensión de racionalidad, de decisión, de técnica, de futuro o simplemente de tiem-

²⁸ LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, nota 24, pp. 442 y ss.

²⁹ LUHMANN, Niklas y DE GIORGI, Raffaele, *op. cit.*, nota 28, pp. 313, 314 y ss. “Todo sistema funcional puede desarrollar sólo su función propia. Ningún sistema puede irrumpir en otro, ni siquiera en caso de urgencia o con el pretexto de ayudar en su integración. En caso de una crisis de gobierno, la ciencia no puede prestar ayuda con su verdad. *La economía puede condicionar a la ciencia con dinero, pero a pesar de todo, el dinero no puede producir la verdad.* El coeficiente de irritación que crece de esta manera en la sociedad entera refleja el incremento contemporáneo de las dependencias y las interdependencias recíprocas. Desde el punto de vista formal, la adquisición de complejidad consiste en el hecho de que la sociedad, mediante nuevas diferenciaciones de sistema/entorno en la sociedad, se expande hacia adentro. En virtud de esta diferenciación, en lo que respecta al ámbito operativo de la autopiésis de la comunicación, se vuelve posible un mayor número de comunicación y una mayor diversificación de ésta tanto en la dirección de la simultaneidad como en la de la sucesión”.

³⁰ LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, nota 24, pp. 35, 36, 37 y ss. “Resulta notable que mientras los individuos sólo se ocupan de las probabilidades de frecuencia mediata y dejan fuera lo muy improbable y lo muy probable ya normalizado (por ejemplo, que a cada uno no le alcance el dinero), en el campo de la conciencia del riesgo se encuentran hoy en día, estados de cosas distintos, como una fascinación por la posibilidad de acontecimientos extremadamente improbables que luego, sin embargo, se vuelven catastróficos. Esto no sólo se explica por el hecho de que la técnica lleve aparejadas tales probabilidades catastróficas, pues al fin y al cabo es válido con más fuerza para los siniestros naturales, las epidemias de las sociedades anti-

po se encuentra implícita cuando hablamos del riesgo? O dicho de otra manera: ¿Cómo concebimos nuestra sociedad, si consideramos el riesgo como un problema universal que no puede ser evitado ni eludido, sobre todo cuando en épocas distintas el riesgo se refería sólo a los navegantes, a los recolectores de hongos o a cualquier otro grupo que se expusiera al peligro?

¿Qué resulta necesario para el actual bienestar social y qué es pura casualidad? Por consiguiente: ¿Cómo puede obtenerse un consenso social, o cuando menos un acuerdo comunicativo, si éste tiene que producirse en el horizonte de un futuro respecto del cual, como todos sabemos, únicamente se puede hablar bajo la forma de probabilidades/improbabilidades? Luhmann, para finalizar este apartado, distingue entre el riesgo que procede de las decisiones y las catástrofes que se derivan de las fuerzas de la naturaleza.³¹

III. CONGRUENCIA ENTRE LA TEORÍA SOCIAL DE LUHMANN Y EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE JAKOBS

En función de todo lo anterior, podemos considerar que existe una compatibilidad teórica entre el pensamiento sociológico de Niklas

guas. La explicación podría encontrarse en el hecho de que actualmente los hombres, las organizaciones, es decir, las decisiones, son las causas desencadenantes de riesgo y que pueden ser identificadas. *De aquí que tenga sentido oponerse, o con más precisión comunicar que uno se opone.* Se puede exigir —sin decir desatinos— que por favor se prescinda de tales peligros. Lo que primero se considera obsesión psicología excesiva por tratarse de hechos extremadamente improbables, después puede convertirse en daños excesivamente severos. Esto puede explicarse mediante la comunicación, es decir, *sociológicamente*, sobre el trasfondo de una realidad absolutamente normal y plausible en la medida en que el futuro depende de las decisiones que se toman en el presente y que una vez puestas en marcha, son irreversibles”.

³¹ LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, nota 24, pp. 38, *in fine* y ss. “Mientras la investigación del riesgo sigue esforzándose, aunque sólo a medias en el cálculo racional de los riesgos la realidad muestra rasgos distintos. Por una parte, la comunicación del riesgo se vuelve reflexiva y con ello universal. Negarse a aceptar los riesgos o exigir su rechazo es en sí mismo un factor riesgoso. Surge así una reacción en contra del cálculo, cuando se cree que el comportamiento riesgoso podría terminar en una catástrofe. El umbral de la catástrofe se deja casi al arbitrio del que argumenta. En todo caso, no puede surgir un consenso al respecto”. En este sentido, la comunicación constituye una explicación global, pero que requiere matizaciones más elaboradas, sobre todo, teniendo en cuenta que la selectividad de los medios de comunicación de masas juegan papel importante al jerarquizar, de manera sensacionalista y subliminal la presentación de las improbabilidades.

Luhmann y el criterio jurídico de Günther Jakobs. Tal situación es detectable desde un primer momento, ya que Luhmann empieza por atribuir al sistema jurídico (uno de los integrantes del Sistema Social complejo que constituye una sociedad moderna), y en nuestro caso a su variante jurídico-penal, la función de estabilizar *contrafácticamente* la perturbación de expectativas normativas.³²

Jakobs sigue argumentando en la misma línea, concretizando el núcleo del Derecho penal, mismo que hace consistir en confirmar la identidad normativa de la sociedad.³³ En la actualidad, estos dos pareceres se encuentran lejos de haber conseguido unanimidad doctrinal (suponiendo que esa fuera su intención) ni en el campo sociológico, ni en el ámbito propiamente jurídico.³⁴

A pesar de esta oposición, ambas posturas, la sociológica y la jurídica, fundamentan la veracidad de la prevención general positiva y de la imputación objetiva que sí debe reconocerse, en la actualidad, como integrantes del basamento científico del Derecho penal presente y del futuro, sobre todo en estos tiempos de globalización, por ajustarse a las exigencias de eficacia material y utilidad normativa en relación con lo que algunos autores han denominado ya “la aldea global”.

Sin duda, si Jakobs afirma que “lo subjetivo tiene relevancia secundaria”,³⁵ lo que hace porque estimamos participa de la opinión sistémica de Luhmann, en el sentido de que: “El hombre es considerado como parte del entorno y no como parte del sistema social”,³⁶ lo que en otras palabras viene a significar que el sistema social es menos humano que comunicacional.

De todo lo anterior se deriva, tratándose de sistemas psíquicos por ejemplo, que al hablar de “decisiones”, haya de prescindir por entero de “procesos de conciencia”, para en consecuencia adjudicar a la *comunicación* la selección de alternativas;³⁷ de esta manera “lo social nunca se puede reducir por completo a la conciencia individual”.³⁸

³² LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, nota 19, “...El derecho cumple funciones comprensivas de generalización y estabilización de expectativas de conductas”, p. 45.

³³ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, nota 2, pp. 11 y ss.

³⁴ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Suárez González y Cancio Meliá, Madrid, Ed. Civitas, 1996, pp. 79 y ss. En el Estudio Preliminar, se expresa que la teoría de Jakobs es “sociológica”, persiguiendo oscuros fines políticos.

³⁵ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, nota 2, p. 12.

³⁶ LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, nota 24, p. 18 (Sociología del Riesgo).

³⁷ *Ibidem*, p. 41.

³⁸ *Ibidem*, p. 12.

Más claramente, Jakobs expresa: "El Derecho penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación";³⁹ por su parte Luhmann manifiesta: "La conciencia es una condición previa indispensable de la comunicación, pero no es comunicación en sí misma."⁴⁰ En lo personal, entiendo que hay una relación estrecha entre las dos expresiones (la de Jakobs y la de Luhmann), reflejada en la ponderación de la comunicación como un dato esencial en ambas.

En este sentido, Jakobs construye un sistema penal teniendo una especial consideración, muy amplia por cierto, del concepto de *persona* entendido como sujeto mediatizado por lo social; el concepto de *competencia*, concebido como el ámbito al que se encuentra adscrito toda persona; y el concepto de *norma*, significa en cuanto expectativa social instrumentada.⁴¹

Atendiendo a que el mundo social no está ordenado de manera cognitiva —sobre la base de relaciones de causalidad— sino de modo normativo, sobre la base de competencias, es entonces que el significado de cada comportamiento se rige por su contexto.⁴²

Congruentemente, Jakobs destaca: "Ha de desarrollarse un patrón conforme al cual pueda mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento. Y si se quiere que ese patrón cree orden, éste no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, sino que ha de orientarse sobre base de estándares, roles, estructuras objetivas".⁴³

En esta estructura ideal, el significado social de un comportamiento no debe deducirse, precisamente, tomando en consideración a quien actúa directamente, sino más bien se debe considerar el significado social de un comportamiento que se debe leer con base a la parte externa del actuante,⁴⁴ pues ni siquiera en el ámbito de los delitos dolosos es determinante la interpretación correspondiente que el autor dé a su hecho.

Lo que sí es determinante, en cambio, es la identificación del rol del sujeto actuante,⁴⁵ dado que al decir de Jakobs: "Los seres humanos se encuentran en el mundo social en condición de portadores de un

³⁹ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, nota 2, p. 67.

⁴⁰ LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, nota 24, p. 40.

⁴¹ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, nota 2, p. 50.

⁴² JAKOBS, Günther, *op. cit.*, nota 36, p. 11.

⁴³ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, nota 2, p. 53.

⁴⁴ LESCH, Heiko, *op. cit.*, nota 20, p. 961.

⁴⁵ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, nota 36, p. 98.

rol, esto es, como personas que han de administrar un determinado segmento de carácter social conforme a un determinado estándar".⁴⁶

De esta manera, el objeto de la imputación objetiva consiste en imputar todas aquellas desvinculaciones de los interactuantes, respecto de aquellas expectativas referentes a su propio rol, en otras palabras, la imputación objetiva reside, sustancialmente, en proyectar todas las desviaciones conductuales de los interactuantes, en relación con el incumplimiento de aquellas expectativas conectadas a sus roles respectivos.

Personalmente, entiendo que —esquemáticamente— podrían representarse las convergencias de los autores en comentario,⁴⁷ de la siguiente forma:

GÜNTHER JAKOBS PENSAMIENTO JURÍDICO	NIKLAS LUHMANN TEORÍA SOCIOLÓGICA
1. Respeto a las normas.	A) Sociedad moderna como sociedad compleja
2. Sociedad Comunicacional, como concepto de una sociedad moderna.	B) Sistema cerrado distingue: } Lo que se produce El que lo produce
3. Que dicha sociedad se integra por proposiciones.	C) Sistema autopoietico (autosuficiente)
4. Roles, papeles o funciones que nos son asignados en el proceso social.	D) El sistema social se integra por Subsistemas } Subsistema Económico Subsistema Cultural Subsistema Político Subsistema Jurídico (y Jurídico-Penal) Subsistema Religioso, etcétera
5. Concepto de riesgo permitido dentro del proceso social.	
6. El alcance de la responsabilidad.	

En relación con el esquema anterior, cabría destacar que resulta claro —esa es al menos mi opinión personal— que la teoría jurídica de Jakobs constituye un ejemplo muy adecuado de un concepto de Derecho penal sociológico, es decir, todo el pensamiento jurídico del ilustre profesor alemán se encuentra íntimamente ligado a la sociología, desde luego de manera muy específica a la visión sociológica de Luhmann, tal como hemos venido señalando en este trabajo y como acredita la esquematización referida.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 100.

⁴⁷ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Explicaciones de cátedra. Teoría del delito I y II*, octubre de 1999, Universidad Iberoamericana Plantel León. *Sobrevaloración de la Corte*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1997, p. 39.

IV. POSIBLE FUNDAMENTACIÓN SOCIOLOGICO-JURÍDICO FUNCIONAL COMO RESPUESTA A LOS PROBLEMAS DE LA GLOBALIZACIÓN

En estas condiciones, el ámbito y la proyección de la influencia sociológica, observados en la obra jurídica de Jakobs, es de tal importancia que algunos de sus seguidores más conspicuos no tienen por menos que reconocer que esta posición se aleja —considerablemente— de la parcela estrictamente personal, relegando, en alguna forma, la fase cognoscitiva del hombre.

Lo anterior no debe causar extrañeza, ya que la sociología de Luhmann, por su parte, tampoco sigue un método ontológico, postura que también rehuye el funcionalismo jakobsiano. En este sentido, por ejemplo, alguno de los discípulos de Jakobs, al enfatizar el grado de objetividad necesaria para la postura jurídica que aquí se analiza, manifiesta lo siguiente:

“Las conexiones de expectativas en Derecho penal no se fijan entre personas, sino entre roles. El rol es lo único que podemos considerar suficientemente abstracto, esto es, relativamente constante, y por tanto generalizable”.

Tal vez resulte necesario, una vez constatado el enfoque jurídico penal que Jakobs y sus seguidores persiguen, enunciar que —paralelamente— el funcionalismo teleológico-racional representado por Claus Roxin,⁴⁸ constituye una perspectiva normativizadora moderada, o menos radical, según la cual se pretende equilibrar lo ontológico con lo deontológico.

Bernd Schünemann —fiel discípulo de Claus Roxin— deja claro el propósito anterior, expresando: “. . .muy significativo es que Roxin no oriente su sistema a los fines de la pena, sino a los fines del Derecho penal que, para él, son algo más que lo anterior. En cambio Jakobs, que parte de la necesidad de una renormativización, quizá acoja en forma demasiado categórica —esto es, sin limitaciones o contrapesos— la función de prevención —integración (que atribuye a la pena), es decir, que en el nivel previo a la configuración de las categorías siste-

⁴⁸ A comienzos de los años setenta, Claus Roxin propone una serie de conceptos normativos, a saber: “La creación de un riesgo relevante”; “El incremento o disminución del riesgo permitido” y “El ámbito de protección de la norma”. Este último elemento había sido primeramente aludido por Gimbernat Ordeig; Jakobs, Günther, *op. cit.*, nota 36, p. 30.

máticas, su concepción de la prevención general positiva sea criticable en sí misma”.⁴⁹

Cabría preguntarse cuáles son las razones por las que el funcionalismo normativista de Günther Jakobs relativiza, relegándolo, lo subjetivo del hecho. Dicho de otra forma, por qué en esta doctrina, según manifiesta el propio Jakobs: “...La responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol”.⁵⁰

Para responder a tal interrogante, sería adecuado decir que Jakobs, en palabras de Schünemann: “...considera errada toda delimitación entre dolo e imprudencia realizada en virtud del criterio descriptivo psicológico de la conciencia. Afirma que sólo el defecto cognitivo debe exonerar de la pena más grave del delito doloso, de modo que para esta razón, según él en caso de un defecto volitivo como el de una falta de reflexión por indiferencia, únicamente resulta adecuada la pena del delito doloso... él afirma que no sólo las denominaciones, sino que también las formas dogmáticas para la acción y para la culpabilidad son idénticas en las personas físicas y jurídicas”.⁵¹

De cualquier manera, sea como sea, desde el criterio del propio Jakobs una cosa es cierta: “El lado objetivo del injusto significa la constatación de una “perturbación social”.⁵²

Jakobs, al poner de relieve en la forma tan contundente como lo hace, que la función del rol o del papel, que tenemos todos asignados en el proceso social, constituye el principio rector de la vida comunitaria, está confirmando los criterios de eficacia y utilidad en el desarrollo de las sociedades, tan ligados —por otra parte— a las reglas derivadas del libre mercado, en cuanto barómetro cualificador y excluyente en su caso, del buen desenvolvimiento de la vida comunitaria.

Jakobs ha recibido críticas de algún sector de la ciencia jurídico-penal, por un lado, y de la criminología, por el otro, y todas ellas son discutibles, debatibles, en opinión del profesor argentino Raúl E. Zaffaroni quien —ejemplificando— manifiesta: “Para los sistémicos, la norma puede tener un fin, pero cumple una función que no coincide

⁴⁹ SCHÜNEMANN, Bernd (compilador), *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales. Estudio en honor de Claus Roxin en su 50 aniversario*, trad. Silva Sánchez, Madrid, Ed. Tecnos, 1991, p. 20.

⁵⁰ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, nota 36, p. 145.

⁵¹ SCHÜNEMANN, Bernd, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996, p. 45.

⁵² JAKOBS, Günther. *op. cit.*, nota 36, p. 59.

con el fin y, por ende, lo tutelable es la función, o sea, que el delito es la lesión de esa función, con lo cual reaparece la idea de dañosidad social”.⁵³

En consecuencia, cabría entender que el Derecho penal, independientemente de su finalidad tradicional de tutelar bienes, protege funciones; no obstante, el hecho de que la dogmática jurídico-penal clásica encuentre dificultades para entender adecuadamente los bienes jurídicos supraindividuales, generales, colectivos o comunitarios, no implica que mediante “funciones”, éstos se encuentren desprotegidos, ya que la funcionalidad constituye una forma proteccional y plenamente identificable.

En resumen, la justificación de la posición de Jakobs resulta lógica, sin por ello desdeñar —al propio tiempo— el parecer del profesor Silva-Sánchez, el cual entiende que en los momentos actuales “. . .La globalización dirige al Derecho penal demandas fundamentalmente *prácticas*, en el sentido de un abordaje más eficaz de la criminalidad”.⁵⁴

De este modo, el *funcionalismo normativo*, de conformidad con el reconocimiento ético de las personas hacia el Derecho, y la estabilización de expectativas, promete —y en su caso facilita— la resolución a tales problemas de la globalización. Es decir, también desde esta perspectiva, la funcionalidad jakobsista tiene una adecuada conexión con los elementos conductuales típicos derivados del propio proceso globalizador, y que difícilmente podrán ser resueltos sin tener en cuenta el basamento teórico del ilustre profesor alemán.

Hecha abstracción de las particularidades propias de nuestra época, el profesor Zaffaroni arguye: “Creemos que la dogmática de cuyo sistémico cumple hoy la función de reintroducir los criterios del positivismo peligrorista desde una base teórica más idealista”.⁵⁵

A este respecto, puede señalarse que de la prevención general positiva, el propio Müssig —que participa del mismo combate de los que, en mayor o menor medida, seguimos muy interesados las concepciones de Luhmann y de Jakobs— afirma: que la prevención general positiva “es un modelo formal o positivista en la medida que da por supuesta, es decir, no convierte el tema a tratar, la configuración concreta de la sociedad”.⁵⁶

⁵³ ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *op. cit.*, nota 21, p. 12.

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, Madrid, Ed. Cívitas, Cuadernos Cívitas, 1999, p. 64.

⁵⁵ ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *op. cit.*, nota 21, p. 14.

⁵⁶ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, nota 23, p. 27.

En esta tesitura, no hay más remedio que traer a colación que el Derecho (en nuestro caso, el Derecho penal) no puede contraer la tarea de cómo configurar la sociedad, ya que sencillamente no es de su competencia. Por otra parte, si, en el Derecho penal moderno, la única finalidad racional de la pena sólo puede ser la prevención de la delincuencia, hay que reconocer también que la prevención general positiva viene signada por el ejercicio de la lealtad jurídica, o por la estabilización de la confianza en el orden jurídico.

De ahí que sus resultados son, al decir del maestro Roxin: “El efecto de aprendizaje motivado sociológicamente que debe producir el ejercicio en la lealtad jurídica; el efecto de la confianza que resulta cuando el ciudadano observa que se cumpla el derecho; y finalmente el efecto del apaciguamiento que se presenta cuando el delincuente ha cometido muchas faltas, y con la pena se tranquiliza la conciencia jurídica general sobre las infracciones jurídicas considerándonos como cancelado el conflicto con el actor”.⁵⁷

El profesor Baratta, desde una perspectiva criminológica crítica, se ha dedicado a combatir el funcionalismo de Jakobs, apuntando incluso su posición negativa respecto de la teoría sociológica de Niklas Luhmann. Discrepamos del doctor Baratta pero, utilizando el respeto que nos merecen todas las opiniones, incluyendo las que no coinciden con la nuestra, reproducimos su propia síntesis respecto de las doctrinas en comentario.⁵⁸

1. Que se reemplaza la confianza personal por una confianza institucional.⁵⁹
2. Que las normas jurídico-penales dejan de cumplir su función específica (la tutela de bienes jurídicos).⁶⁰
3. Que la prevención especial no ejerce una función principal, sino que apenas constituye un efecto esperable, producido por la pena.⁶¹

⁵⁷ ROXIN, Claus, “La reparación civil dentro del sistema de los fines penales”, en *Revista trimestral alemana de letras, ciencias y artes*, Universitarias, marzo de 1987, núm. 3, pp. 215-216.

⁵⁸ BARATTA, Alessandro, “Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, en *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, vol. III, núm. 29, 1986, Ediciones Librería del Profesional. Derecho Penal y Criminología, Sección de Criminología, pp. 78, 79 y ss.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 82.

⁶¹ *Ibidem*, p. 82.

4. Que la culpabilidad ha perdido su función de criterio ontológico.⁶²
5. Que la cuestión de la justicia se ha reducido a una mera funcionalidad de criterios, alcanzada por la sola estabilidad de las normas contrafactualmente.⁶³
6. Que adopta una posición puramente difusiva y represiva respecto de la pena.⁶⁴
7. Que la relación establecida entre ciencia social y técnica jurídica, es claramente de tipo tecnocrático.⁶⁵

En fin, decididamente opina Baratta: “Debe tomarse con recelo una teoría que parece dejar sin contenido el núcleo humanístico”.⁶⁶

Sin duda, la fecha del artículo del profesor Baratta, que hemos utilizado, nos sitúa en la perspectiva indicada en los puntos anteriores, lo cual no obsta para respetarla, aunque no compartirla. Parfraseando al poeta Antonio Machado habría que decir, y con esto terminamos este apartado: tu verdad, mi verdad, ven vamos a buscarla.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El propio Jakobs,⁶⁷ resume su pensamiento de la forma que vamos a exponer, y que consideramos que tiene más autoridad que cualquier aseveración, que nosotros pudiéramos hacer, así:

1. En tanto una sociedad cotidianamente sea real para todos, el desconocimiento de la norma puede aparecer, en caso de una persona imputable y socializada en la sociedad, en todo caso con un desconocimiento selectivo, basado en indiferencia.
2. Las suposiciones de legitimación esotérica no anulan el conocimiento de la norma.
3. El esporádico desconocimiento inevitable de la norma en el ámbito del derecho sólo positivo no pone en peligro el principio del carácter determinante del Derecho positivo.
4. Si una persona se mueve en un ámbito normativo ajeno a ella, el conocimiento de la norma que ella puede alcanzar solamente por el conocimiento de la ajenidad es demasiado difuso como

⁶² *Ibidem*, p. 83.

⁶³ *Ibidem*, p. 85.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 91.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 91.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 94.

⁶⁷ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, nota 9, pp. 78-79.

para poder dar sustento a un reproche de culpabilidad por el hecho. Para la punición haría falta un tipo de infidelidad indeterminada a la norma.

5. La evitabilidad de un desconocimiento de la norma no requiere ningún motivo; más bien éste es postulado por la norma.
6. Más preciso que hablar de evitabilidad es hablar de competencia por la evitación del hecho. Los principios de la competencia son correspondientes a los de la imputación objetiva.
7. La medida de la culpabilidad sigue a la medida de la competencia por la evitación del hecho, no a la medida de la realización psíquica del ilícito; conforme a ello, especialmente en caso de desconocimiento selectivo que se basa en indiferencia, existe plena culpabilidad.