

SOCIEDAD, NORMA Y PERSONA: OBSERVACIONES SOBRE LA TEORÍA DE GÜNTHER JAKOBS, DESDE LA TEORÍA DE NIKLAS LUHMANN

Santiago Gabriel Calise

RESUMEN

El trabajo pretende evaluar, desde la teoría de sistemas autopoieticos, autorreferenciales y clausurados en la operación, desarrollada por Niklas Luhmann, que uso hace el jurista Günther Jakobs de ciertos conceptos pretendidamente tomados de la teoría del primero de los autores citados. Conceptos como el de sociedad, comunicación, persona, identidad, sujeto o norma, son utilizados de manera heterodoxa por el jurista alemán, lo cual lo distancia fuertemente del trabajo de Luhmann. Consecuentemente, se hará necesaria una observación del uso de estas categorías desde y en el contexto de la teoría de sistemas autopoieticos, para apreciar hasta qué punto es sostenible la propuesta de Jakobs. La hipótesis que se plantea en el presente trabajo es que estas elecciones conducen a una teoría de la sociedad radicalmente diferente que la expuesta por el sociólogo citado.

PALABRAS CLAVE

Teoría de sistemas, derecho penal, funcionalismo, Luhmann, Jakobs.

SOCIETY, NORM AND PERSON: OBSERVATIONS ON GÜNTHER JAKOBS THEORY, FROM NIKLAS LUHMANN'S THEORY

By Santiago Gabriel Calise

ABSTRACT

This paper tries to assess, from the autopoietic, selfreferential and operationally closed systems theory, developed by Niklas Luhmann, which use gives the jurist Günther Jakobs to some concepts supposedly taken from Luhmann's theory. Categories like society, communication, person, identity, subject or norm, are utilized in a heterodox way by the German jurist. As a result, it is necessary an observation of the concepts in and from the context of the autopoietic systems theory, so as to evaluate if the Jakob's proposal can be supported. The hypothesis of this paper is that Jakob's choices drift into a completely different theory of society.

Key WORDS

Systems theory, penal right, functionalism, Luhmann, Jakobs.

SOCIEDAD, NORMA Y PERSONA: OBSERVACIONES SOBRE LA TEORÍA DE GÜNTHER JAKOBS, DESDE LA TEORÍA DE NIKLAS LUHMANN

Por Santiago Gabriel Calise*

Introducción:

El siguiente trabajo se propone analizar el libro de Günther Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (1996), a partir de la teoría sociológica desarrollada por Niklas Luhmann. En su obra, el jurista alemán se ha inspirado, aunque no siguiéndola literalmente, en la teoría de los sistemas autopoieticos, autorreferenciales y clausurados en la operación. Es por ello que en este espacio se propone evaluar cuál es el nivel de contacto entre las dos formulaciones y ver si entre ambas existen diferencias sustanciales.

La atención se concentrará en los conceptos centrales de identidad social, sociedad, evolución, sujeto, persona, norma y comunicación, algunos de los cuales ocupan una posición principal en los desarrollos teóricos de Luhmann, y que le han valido a este autor grandes polémicas en el campo de la sociología. El trabajo se dividirá en dos partes, en la primera se tratará el concepto de identidad social, que está asociado con los de norma, sociedad y evolución. Mientras que en la segunda, se tematizarán los conceptos de sujeto, persona y de comunicación. Al final, se presentarán las conclusiones.

El problema de la identidad social:

Jakobs comienza sosteniendo que el funcionalismo jurídico-penal se encuentra orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad. Lo que más genera intriga dentro de esta formulación es el concepto de "identidad", que reaparecerá en breve.

En la sección A ("El derecho penal como parte de la sociedad") del capítulo II (Fundamentos), el autor insiste sobre la categoría antes señalada. En principio, comienza por sostener que el delito es entendido como la afirmación que contradice a la norma, mientras que la pena es la respuesta que la afirma. Luego de esto, Jakobs asevera que:

La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social. (1996, 18)

* Lic. en Sociología (UBA), Maestrando en Sociología de la Cultura (IDAES), Becario Conicet Tipo I

El problema aquí es si la sociedad tiene una identidad, y en qué consiste esta misma. Luhmann, en un texto titulado "Identidad – ¿Qué o cómo?" (2002), desde un punto de vista constructivista, intenta dejar atrás la pregunta por el qué de la identidad, para pasar a una pregunta por el cómo, gesto que tiene origen en la gnoseología kantiana. De esta manera, se omite la pregunta por el qué es algo idéntico, para preguntarse cómo es que algo es generado, de manera tal que, en tanto que idéntico, funde la observación. Luhmann recurre al concepto de condensación de la lógica de las formas de Spencer-Brown (1969), por el cual la repetición de una operación dos veces, equivaldría a que se la hubiese realizado una vez. Por ejemplo, repetir dos veces el mismo nombre, sería lo mismo que si se lo hubiese pronunciado una vez (al menos desde el punto de vista lógico). En este sentido, la identidad se forma al ser compatible con diferentes situaciones, designando un cierto campo de posibilidades. Gracias a este proceso es que se pueden distinguir "cosas", que hacen referencia a ciertos referentes que son distinguidos del resto del mundo, generando valores propios (*eigenvalues*) dentro del sistema.

Estas consideraciones no pueden ser entendidas si no se tiene en cuenta que éstas se fundan sobre una de las piezas teóricas fundamentales de la teoría de los sistemas autopoieticos, autorreferenciales y clausurados en la operación, que es la teoría del observador. Observar, para Luhmann, es siempre, al mismo tiempo, distinguir e indicar, lo que significa que para poder observar algo, se debe trazar una distinción, o sea, crear una división dentro del mundo, de manera que algo quede de un lado –el lado que es observado-, y el resto del otro –del lado que permanece inobservado. Para observar, uno puede utilizar un esquema de observación. Uno de los más consagrados dentro de la tradición europea, que dio inicio a la filosofía occidental, es el que distingue entre ser y no-ser. Si uno utiliza este esquema, conjugado con el principio lógico de no-contradicción, puede afirmarse que el ser es igual al ser, y que el no-ser es igual al no-ser. Como resultado se obtiene el concepto tradicional de identidad, del cual parece servirse Jakobs en el pasaje citado.

Intentando aclarar el problema de la identidad, puede volverse sobre el texto del jurista alemán, quien sostiene, en relación con el delito, que:

La sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo. En esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. (1996, 18)

De estas líneas puede deducirse una concepción de la sociedad monolítica, sin fisuras, donde el criminal es visto como aquel que intenta contradecirla, y toda la fuerza de la primera se desencadena contra él. Con lo cual, Jakobs parece acercarse a la visión clásica de Durkheim o Parsons, según la cual el que comete un delito es un desviado que va en contra de la sociedad en su conjunto. Por su parte, Luhmann rompe con esta visión de la sociedad al renunciar a definir a la sociedad como una especie de consenso normativo. Esto significa que las contradicciones y conflictos no ponen en riesgo de disolución a la sociedad, ya que ésta es comunicación, y los conflictos, lo que suelen hacer es reproducir la comunicación, con lo cual no peligraría la reproducción autopoietica del sistema en ningún momento.

En este sentido es como debe interpretarse la afirmación de que el delito es una comunicación defectuosa, imputándosele el defecto al autor, en tanto que su culpa. Desde el punto de vista de la teoría de la comunicación de Luhmann, esta definición no tendría sentido, puesto que si entendemos como defectuoso todo acto comunicativo que no logra ser entendido, o sea, que no logra llegar a ser una unidad comunicativa, entonces todos estaríamos cometiendo delitos todo el tiempo. Pero si se piensa que el delito es una comunicación defectuosa, a saber, una

comunicación que no logró comunicar, entonces el delito nada sería, puesto que lo que logra la comunicación es producir un cambio en el sistema, la introducción de una novedad. Por lo tanto, todo delito que sea comunicación debe ser una comunicación lograda, y no una comunicación defectuosa. Por otra parte, muchos delitos no consisten de comunicaciones sino de actos, con lo cual quedarían afuera de esta definición. Una mala interpretación de la teoría luhmanniana sostiene que este autor no tiene en cuenta el problema de la acción. Sin embargo, esto es absolutamente falso. Lo que Luhmann asevera es que la acción no es la unidad operativa que conforma la sociedad, en otras palabras, la sociedad no está formada de acciones, con lo cual no se puede responder a la pregunta por la unidad de lo social, recurriendo a la respuesta weberiana de la acción social, ya que la acción puede ser social, como puede no serlo. La tesis de Luhmann es que lo único que puede sostenerse como únicamente social es la comunicación y ninguna otra cosa. No obstante, esto no significa deshacerse del concepto de acción. Sigue habiendo acción y sigue siendo de suma importancia para la teoría social, por lo cual una teoría del derecho inspirada en la teoría de los sistemas autopoieticos, autorreferenciales y clausurados en su operación, no puede omitir de su definición de delito al concepto de acción.

En el apartado B, titulado "Protección de las normas", Jakobs insistirá con mayor vehemencia sobre el punto anteriormente analizado, sosteniendo:

¿Por qué la confirmación de la identidad normativa que realiza el Derecho penal resuelve un problema social? Porque la constitución de la sociedad (del mismo modo que la de las personas o incluso de sujetos) tiene lugar a través de normas. (1996, 25)

Esta aseveración confirma el punto antes esbozado, ya que afirma que la constitución de la sociedad es algo del ámbito de lo normativo. De esta manera, la concepción jakobsiana de la sociedad vuelve hacia atrás en la historia la teoría social, al retornar hacia una concepción consensualista y normativa de la sociedad. Pero esta postura conlleva el problema de tener que dar cuenta de este consenso, explicar cómo es que se da y cómo se reproduce, al tiempo que se vuelve un problema la explicación del conflicto, debido a que éste vendría a hacer tambalear el orden social, cosa que, hoy en día, parece una afirmación un tanto anticuada.

Intentando justificar este punto, más adelante, Jakobs sostendrá que una parte de las normas que constituyen a la sociedad vendrá dada por el mundo racional, las cuales son aseguradas por vía cognitiva. Éstas vendrían a conformar la base del comportamiento para todo aquel al que le resulten accesibles. Como justificación de tal proceso, Jakobs afirma que en la era moderna se produce una comunicación que es de común entendimiento y que no necesita de una estabilización especial. El argumento es más que simple y no explica en ningún momento por qué hay normas que pueden llegar a conformar la base del comportamiento de quienes accedan a esta comunicación. Por otra parte, la era moderna no tiene el mérito particular de proveer una comunicación de entendimiento común. Como se especificará más adelante, la comunicación es un proceso que necesita de dos procesadores de sentido, en su caso más simple, de dos sistemas psíquicos. El sistema que en la vieja teoría de la comunicación funcionaría como receptor, es el encargado de "entender", o sea, de poder distinguir entre acto de comunicar (*Mitteilung*) e información. El entendimiento generalizado no es algo siempre altamente improbable, que no puede ser asegurado por ningún medio. Los medios de masas intentan, con el fin de poder llegar a la mayor cantidad de espectadores posible, simplificar el discurso, pero esto tampoco asegura el entendimiento. Por el contrario, serían las sociedades segmentarias (1997; 2007), las conformaciones sociales más simples que Luhmann distingue, aquellas donde la

contradicción y la falta de entendimiento podrían poner en peligro la autopoiesis del sistema, por lo tanto, sería en estas sociedades donde podría hallarse algo parecido a un entendimiento común.

Por otro lado, Jakobs encuentra otro grupo de normas que se caracteriza por carecer de una fuerza genuina para autoestabilizarse, que son aquellas que no pueden representarse como dadas de manera previa, o sea, que no puede simbolizarse como leyes naturales.

Volviendo un instante atrás e insistiendo una vez más en el tema de la identidad social, conviene evaluar la siguiente definición de Jakobs:

La sociedad es la construcción de un contexto de comunicación que en todo caso podría estar configurado de otro modo a como está configurado en el caso concreto (de no ser esto así, no se trataría de una construcción). Puesto que se trata de la configuración, y no de la constatación de un estado, la identidad de la sociedad se determina por medio de las reglas de la configuración, es decir, por medio de normas, y no por determinados estados o bienes (aunque, ciertamente, puede que en determinados ámbitos pueda deducirse de modo correcto a partir del reflejo de la norma, esto es, por ejemplo, a partir de bienes, la norma misma). (1996, 26)

En primer lugar, puede argumentarse en contra de Jakobs, desde el punto de vista de la teoría de Luhmann, que la sociedad no es la construcción de ningún "contexto de comunicación", sino que ella es la comunicación misma. La sociedad es comunicación que se reproduce a partir de comunicaciones previas, con lo cual no hay nada no-comunicativo que forme parte de ella. Por lo tanto, no se trataría de ninguna configuración. En segundo lugar, Jakobs indica que la identidad de la sociedad es determinada por las reglas de configuración, o sea, por normas. De todo lo anteriormente visto, puede deducirse que el jurista alemán pone un énfasis demasiado fuerte en el aspecto normativo de la sociedad, cayendo en una visión estructuralista que simplifica el problema de la definición del concepto de sociedad. Desde el punto de vista de la teoría de Luhmann, la norma sólo debe entenderse como las posibilidades de comportamiento que se abren en el caso de que una expectativa se frustre, a saber, la de mantener la expectativa o la de renunciar a ella. Por consiguiente, la norma no tiene la función de asegurar un tipo de comportamiento, sino, simplemente de proteger a quien tiene esa expectativa. Por otra parte, debe aclararse que gran parte de estas expectativas normativas no tienen cualidad jurídica, y el sistema del derecho selecciona sólo algunas de estas expectativas que, según su entender, merecen la pena. De esta manera, el sistema estabiliza ciertas expectativas, lo cual no quiere decir que pueda funcionar como un regulador del conflicto, ni siquiera con relación a las expectativas que él llega a estabilizar (LUHMANN, 1993). Por el contrario, el sistema más que solucionar, genera conflictos adicionales, lo cual excluye toda hipótesis consensualista de la sociedad.

Deteniéndonos brevemente en el concepto de expectativa, cabe aclarar que todas las estructuras de la sociedad son estructuras de expectativas, y que éstas expectativas pueden estar estilizadas de manera normativa o de manera cognitiva. Las primeras son aquellas que frente a un acontecimiento que las contradice, se prefiere insistir en la expectativa, por lo que el modelo ideal de este tipo de expectativas es el derecho, pese a que este sistema también pueda valerse del otro tipo estructura. Mientras que las segundas tienen, ante sucesos contrarios a lo esperado, la posibilidad de cambiar su forma, por ello es que asumen el nombre de cognitivas, puesto que tienen la posibilidad de aprender de lo sucedido. En este caso, el modelo ideal es la ciencia, la cual, como en el caso anterior, en muchas ocasiones se vale de las expectativas normativas también.

En la teoría de Luhmann el concepto de estructura tiene un papel secundario respecto del concepto de autopoiesis. La estructura tiene un papel muy importante, que es el de seleccionar las relaciones que deben darse al interior de sistemas complejos. Esto se debe a que este último tipo de sistema, debido a la gran cantidad de elementos y relaciones que lo conforman, desencadenaría procesos entrópicos si intentase relacionar todos los elementos. Es por ello que la estructura guiaría la reproducción de las operaciones del sistema, seleccionando ciertas relaciones, lo cual permite la autopoiesis del mismo (1984; 1991). En este sentido, no puede entenderse que las normas sean las encargadas de permitir la reproducción de la sociedad. Las normas son un tipo muy particular de expectativa y no tienen ningún estatuto privilegiado respecto de las demás expectativas, por lo cual, ellas en sí mismas, no posibilitan de manera privilegiada la autopoiesis de la sociedad. Además, las contradicciones o los conflictos no pueden, por sí mismos, llegar a afectar la estructura, o sea, que se rechaza la existencia de "contradicciones estructurales", debido a que las contradicciones son siempre acontecimientos. De todas maneras, aun admitiendo la posibilidad de que existiesen conflictos que pudiesen llegar a poner en duda o a destruir normas, lo importante para el sistema no son las normas o las estructuras, sino asegurar la autopoiesis del mismo sistema, o sea, que se siga comunicando.

Por último, a renglón seguido del párrafo antes citado, se encuentra otro que conlleva problemas relacionados con los anteriores:

El contexto de comunicación debe ser capaz de mantener su configuración frente a modelos divergentes, si se quiere evitar que toda divergencia se tome como comienzo de una evolución, e incluso en este caso han de asegurarse los requisitos de la evolución, pues de lo contrario no podría distinguirse lo que es evolución de lo que es casual. (1996, 26)

Respecto de este punto, en la teoría de Luhmann, no hay una configuración que deba mantenerse frente a modelos divergentes, ni tampoco, una divergencia tiene la capacidad de desencadenar procesos evolutivos por sí misma. Para que se dé evolución, deben cumplirse tres procesos que son sucesivos en el tiempo y que se realizan por separado, que son: la variación, la selección y la reestabilización (1997; 2007). La primera hace referencia a la reproducción desviante de elementos a través de elementos del sistema, lo cual conforma una comunicación inesperada o sorpresiva. La segunda basada en una comunicación desviante, elige las referencias de sentido que prometen tener valor de construcción de una estructura. Este proceso produce un efecto de construcción y condensación de las expectativas, repeliéndose las innovaciones que no resulten idóneas para fungir como estructuras, o sea, que no sirvan para dirigir una comunicación sucesiva. Por último, la reestabilización hace referencia a que estas innovaciones tienen la capacidad de asegurar la duración y la capacidad de resistencia de ciertas formaciones de sistemas.

Sin querer abundar en el tema, no es el sistema el que guía un proceso evolutivo, por lo cual no tiene demasiado sentido distinguir entre evolución y casualidad como dos tipos de procesos diferentes. En este sentido, no hay posibilidad de monitorear los procesos evolutivos a nivel de la sociedad completa, proceso que sería irrealizable debido a la altísima complejidad del sistema, ni tampoco de asegurarse los requisitos evolutivos, como si fuesen objetos aprensibles, susceptibles de ser manipulados.

Sujeto y comunicación:

En el apartado C ("Socialidad versus Subjetividad"), Jakobs comienza argumentando que se le suelen hacer dos objeciones al funcionalismo. Una de ellas consistiría en que esta teoría pretende estabilizar a la sociedad sin aludir a un sujeto libre, y a las normas, sin determinar si éstas son normas que hacen posible la libertad o el terror.

Ante el primer argumento, el autor sostiene que el sujeto libre:

estará presente exactamente en aquella medida en la que sea transmitido por medio de la comunicación, es decir, en la medida en que sea determinante de la autodescripción de la sociedad. Ciertamente, si el sujeto libre de hecho no aparece en la comunicación, efectivamente, carecerá de toda importancia; pero también puede suceder que se convierta en el objeto central de la comunicación, y entonces será el elemento dominante, por encima de todo lo demás. Por lo tanto, el punto de partida funcional no desplaza nada, sino que es neutral. (1996, 29-30)

En este fragmento no queda claro cual es la postura del autor al utilizar el giro "estará presente". En principio, cabe aclarar que en la teoría de sistemas autopoieticos, autorreferenciales y clausurados en la operación, se deja afuera la presencia de cualquier sujeto trascendental o de otro tipo. Esto no es ningún prejuicio antihumanista, sino una decisión meramente teórica. Etimológicamente, *sub-jectum* significa aquello que yace debajo, que funge de fundamento, pese a que, luego, la tradición del pensamiento occidental haya terminado por identificar al sujeto con el hombre, el individuo, etc. Por lo tanto, dejar afuera al sujeto, en esta teoría, implica dejar de considerar que el hombre es el fundamento de la realidad, abandonando la distinción sujeto / objeto, propia de la gnoseología moderna. (1998a) Para esta teoría, el hombre no es ninguna realidad operativa concreta, sino que es la unidad observacional de varios sistemas cerrados, en otras palabras, es la unidad que un observador construye. El hombre, en realidad, estaría constituido por varios sistemas, en principio, su sistema biológico, que se encuentra acoplado estructuralmente a su sistema neurofisiológico, que, a su vez, está acoplado al sistema psíquico. Cada uno de estos sistemas se encuentra clausurado en la operación, o sea, que cada uno realiza una operación distinta y en este operar cerrado, ningún otro sistema puede intervenir, a no ser que sea para destruirlo. Pese a todo, estos varios sistemas comparten estructuras, están acoplados estructuralmente.

Aclarado este punto, el sujeto sólo puede entenderse como un artefacto semántico, susceptible de utilizarse comunicativamente, por el cual la sociedad se autodescribe. La sociedad, que, como se explicó más arriba, es comunicación que se reproduce a partir de comunicaciones previas, tiene la capacidad de comunicar sobre sí misma, o sea, de crear autodescripciones. Esto significa que, por ejemplo, el derecho o la sociología, pueden seguir utilizando la semántica del sujeto para describir el actuar de los sistemas psíquicos en el mundo. De esta manera, puede admitirse la afirmación de Jakobs sólo si se entiende que el sujeto es un mero recurso semántico, y no un sistema con capacidad de operar. Esto significa que, para esta teoría, el sujeto no es un concepto útil para explicar el funcionamiento de la sociedad, pero sí es importante tenerlo en cuenta como esquema de observación manipulado por otros observadores, o sea, que sería válido para observar a otros observadores.

No obstante, no se puede sostener el argumento de Jakobs, cuando pretende que el sujeto libre constituya "el principio y el objetivo, es decir, que debe ser necesariamente el contenido principal en la empresa «Derecho penal»." (1996, 30) Por otro lado, Jakobs asegura que la subjetividad es el presupuesto y la consecuencia de la

socialidad y que sin un mundo objetivo vinculante, no puede haber subjetividad. Por lo visto, resulta evidente que este autor no pretende deshacerse del esquema sujeto / objeto, sino, más bien, todo lo contrario. Por lo tanto, éste es ratificado con nueva fuerza, dentro de un esquema teórico poco claro, donde se mezcla la teoría de sistemas con las viejas teorías sujetológicas clásicas.

Más adelante, en el capítulo III ("Cuestiones Particulares"), Jakobs introducirá el concepto de "persona", entendiendo por éste al sujeto mediado por lo social. En este punto, el autor vuelve a realizar una síntesis teórica un tanto discutible entre el concepto de persona luhmanniano (LUHMANN, 1998b) y la teoría del sujeto, donde parece no haber comprendido del todo el significado de la postura del sociólogo. En la nota a pie de página número 42, Jakobs cita dos fragmentos de Luhmann que dicen así: "«Las personas son... estructuras de la autopoiesis de sistemas sociales...»; adopta una postura más mediadora, *idem.*, *Aufklärung* (nota 1), pp. 142 y ss., 153: «Las personas sirven al acoplamiento estructural de sistemas psíquicos y sociales»" (1996, 50). Entre ambas citas no hay ningún cambio de postura, por parte de Luhmann, puesto que el mismo fenómeno es visto desde puntos de vista diferentes. Las personas son construcciones meramente comunicativas que nada tienen que ver con la "subjetividad", o algo parecido, punto que parece entender Jakobs. En estos fragmentos se debe aclarar que, gracias a que la persona funciona como acoplamiento estructural entre sistemas psíquicos y sociales, es como se puede llegar a realizar la autopoiesis de los sistemas sociales, puesto que este acoplamiento estructural lo que favorece es la rápida resolución del problema de la doble contingencia.

Llegados a este punto, cabe aclarar de manera sintética, cual es el concepto de comunicación que desarrollará Luhmann, con el fin de ver hasta qué punto es compatible con los desarrollos de Jakobs a propósito de este tema. Para llegar a la emergencia de la comunicación, se debe pasar primero por una situación previa, a saber, la doble contingencia (1984; 1991). Esta consiste en el encuentro de *ego* y *alter*, que pueden ser tanto sistemas psíquicos, como sistemas sociales. Tanto ego como alter son entendidos como dos cajas negras, lo que significa que cada una determina su conducta por medio de operaciones autorreferenciales realizadas dentro de sus propios límites. En esta insoportable situación por la cual cada uno de los sistemas se encuentra frente a frente sin todavía llegar a comunicarse, cada uno de ellos experimenta al otro como un *alter-ego*, o sea, que cada uno experimenta que el otro está experimentando lo mismo que él, a saber, el interés por llegar a determinar la situación y romper la circularidad de este escenario. Esto puede darse cuando alter realiza una propuesta comunicativa, o sea, cuando alter realiza un acto de comunicar (*Mitteilung*). Cuando ego es capaz de distinguir entre el acto de comunicar y la información, entonces se puede decir que ego ha entendido, y, por tanto, que hubo comunicación. En este sentido, la comunicación no debe entenderse como una transferencia de comunicación desde el receptor hacia el emisor, ni tampoco se debe pensar que el entendimiento consista en un proceso del espíritu, por el cual éste copia en su interior el sentido transmitido por un mensaje. El entendimiento, en este contexto, es sólo la posibilidad de manejar la distinción entre el acto de comunicar y la información, o sea, que siempre que se pueda diferenciar entre estos dos, puede sostenerse que se ha comunicado, pese a que esa pueda no haber sido la intención de alter.

Esta introducción servirá para discutir el capítulo IV "Tipos de comunicación", en el cual Jakobs presenta su muy discutible postura. Ante todo, cabe aclarar que este autor no da una definición formal de tal concepto, por lo cual debe uno pensar que se encuentra inspirado en la teoría de Luhmann, aunque él se haya encargado de aclarar que no seguirá a este último al pie de la letra. Retomando el argumento, Jakobs distingue dos tipos de comunicación, la comunicación instrumental, la cual persigue alguna finalidad, y la comunicación personal, en la cual el "otro" es tratado como un igual, como una persona en derecho. En el primer caso la psique de un individuo particular traduce

sus necesidades corporales de acuerdo con un código, al mismo tiempo que ordena el mundo externo con otro código, de manera que todo quede ordenado de acuerdo a sus necesidades individuales. En este caso, sostiene el autor, este individuo no tiene la posibilidad de autoobservarse, debido a que sólo se puede llegar a esta situación si existe algún otro que se contraponga a su psique, mientras que en este contexto el individuo no llega a interpretar al otro individuo como un individuo que puede llegar a percibir como él lo hace. En este orden individualista, Jakobs sostiene que pueden emerger normas de carácter vinculante, que etiqueten como "defectuoso" a quien no las cumpla, o también se puede arribar a un sistema de normas en sentido estricto, o sea, que se le atribuyan tareas a cada individuo. Por el contrario, la comunicación personal surge cuando un individuo se relaciona al menos con otro individuo, con lo cual el primero ya no puede basarse exclusivamente en sus propias preferencias, sino que debe aceptarse alguna regla que sea independiente de sus preferencias.

En contra de la posición sostenida por el jurista alemán, la distinción entre comunicación instrumental y personal parece irrelevante, además de llevarnos a la estéril discusión del estado de naturaleza, y confundir continuamente lo que es un sistema psíquico con lo que es el sujeto. En primer lugar, que el sistema psíquico participe en la comunicación con intenciones puramente individualistas, es absolutamente irrelevante desde un punto de vista sociológico. Sin embargo, como se explicó al hablar de la situación de doble contingencia, por más individualista que sea este individuo ideal de Jakobs, él debe reconocer al otro como un alter-ego, como un individuo, puesto que, si no fuese de esa manera, no se podría comunicar con el otro. De hecho, explica Luhmann (1997; 2007), en varias sociedades de tipo segmentario, sólo se reconocían como humanos a los individuos pertenecientes a la propia tribu, mientras que a los extranjeros no se los reconocía como tales, y se les podía dispensar el trato que uno deseara. Por otro lado, en relación con la capacidad de autoobservación, debe distinguirse entre la autoobservación de la comunicación y la autoobservación del sistema psíquico. En cuanto a la segunda, sería imposible determinar en qué momento estos sistemas adquirieron tal capacidad, aunque, muy probablemente, la exposición a la comunicación haya sido un factor determinante. Mientras que para la primera, la capacidad de autoobservación surge con el lenguaje, en tanto que éste permite desarrollar la posibilidad de la metacomunicación, la comunicación acerca de lo previamente comunicado.

Una vez expuestos estos argumentos, la distinción entre comunicación instrumental y personal no guarda más sentido. Por otra parte, las reglas u órdenes normativos desarrollados a partir de cada uno de estos tipos de comunicación, tampoco parecen tener gran diferencia entre ellos. Desde el momento en que se desarrolla un orden social regulado, es imposible pensar -para el primer caso, que las reglas elaboradas en ese contexto respondan siempre a las preferencias de todos los individuos particulares, más si se admite el surgimiento de un orden normativo que estipule la división del trabajo. De esta manera, en cualquiera de los dos tipos de comunicación, las reglas se van a adaptar más o menos a las preferencias individuales, pero no puede sostenerse que en la comunicación instrumental las reglas se adaptarán perfectamente, mientras que en la comunicación personal éstas permanecerán independientes de estas preferencias.

Conclusiones:

A lo largo de este trabajo se discutieron algunos conceptos de relevancia sociológica presentes en el libro *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, de Günther Jakobs. Principalmente, el foco de la atención se concentró en las categorías de norma, identidad, sociedad, evolución, sujeto y comunicación. El punto de partida para tal crítica fue la teoría de los sistemas autorreferenciales, autopoieticos y clausurados en la operación, desarrollada por el sociólogo alemán Niklas Luhmann. Como resultado de ello, puede afirmarse que, pese a que el jurista alemán se haya inspirado en algún punto en la obra de Luhmann, son casi nulos los puntos de contacto teóricos entre ambos.

En primer lugar, se ha observado que la teoría de Jakobs centra su atención sobre la estructura normativa de la sociedad, sosteniendo que son las normas las que conforman la identidad de la sociedad. En contraste con estas afirmaciones, la teoría de Luhmann privilegia la autopoiesis del sistema, por sobre la estructura, pese a que estas últimas cumplan una función destacada, pero no exclusiva, en la reproducción del sistema. De esta manera, la postura de Jakobs se ve más cercana a las viejas teorías estructuralistas de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, donde se concibe a la sociedad como un orden normativo monolítico, por el cual todo aquel que, por alguna razón, fuese en contra de las normas, era considerado un "desviado". Por consiguiente, el análisis de la norma en Jakobs, de forma un tanto velada, parece resucitar nuevamente esta vieja semántica de la desviación.

Otro punto de divergencia entre las dos teorías en juego, fue el problema del sujeto. Jakobs, en sus análisis, continúa pensando en un sujeto que es causa de toda acción y comunicación, retomando la vieja tradición europea que observa al mundo según el esquema sujeto / objeto. Luhmann critica esta postura, debido a que ella es insuficiente para fundar una teoría del conocimiento acorde a la complejidad de la sociedad actual, asegurando que el hombre, el individuo, etc., no pueden funcionar como *sub-jectum*, o sea, como fundamento de todo conocimiento. En este sentido la única que puede conocer es la sociedad. Por otro lado, la crítica a la sujetología se sustenta en la afirmación que el sujeto no es ningún sistema operativo, como son las células, el cerebro, la conciencia o la comunicación. Por lo tanto, esta teoría sustituirá el esquema de observación sujeto / objeto, por el de sistema / entorno, por lo que toda observación deberá partir desde algún tipo de sistema.

Por último, se desarrolló una crítica de la propuesta de Jakobs, por la cual se podría distinguir entre comunicación instrumental y comunicación personal. Reconstruyendo el concepto de doble contingencia y de comunicación elaborados por Luhmann, se ha mostrado que tal distinción no sólo no tiene relevancia, sino que no es sostenible teóricamente. Esto se debe a que con la comunicación instrumental, Jakobs pretende fundar un tipo de sociedad puramente individualista, en la que cada individuo tenga como fundamento del mundo a sus propios intereses egoístas, sin reconocer como otro individuo a sus semejantes. Para sostener tal hipótesis, Jakobs retorna, necesariamente, a Hobbes y a Rousseau, al concepto de estado de naturaleza. Sin embargo, se ha observado que para que pueda emerger la comunicación es indispensable que ego y alter puedan experimentarse mutuamente como alter-ego, o sea, que sean capaces de experimentar que el otro también está experimentando la insoportable situación de circularidad de la doble contingencia, y que ambos desean liberarse de ella. Por último, tampoco se ha visto una diferencia fundamental entre el orden normativo emergente de la comunicación instrumental y de la comunicación personal, debido a que no puede alegarse que, en la primera situación, las normas reflejan los intereses personales de todos los individuos participantes y que no experimentan ninguna como contraria o indiferente respecto de sí mismos.

Bibliografía:

- JAKOBS, G. (1996): *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid, Civitas, 2000.
- LUHMANN, N. (1993): *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt a.M., Suhrkamp Verlag, 1993.
- _____. (1997): *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. 2 Bd. Frankfurt a.M., Suhrkamp Verlag, 1997.
- _____. (2002): "Identity – What or how". En *Theories of distinction. Redescribing the description of modernity*, Stanford, Stanford University Press, 2002.
- _____. (1998a): "La astucia del sujeto y la pregunta por el hombre". En *Contingencia y modernidad: de la unidad a la diferencia*, Madrid, Trotta, 1998, 215-229.
- _____. (1998b): "La forma 'persona'". En *Contingencia y modernidad: de la unidad a la diferencia*, Madrid, Trotta, 1998, 231-244.
- _____. (2007): *La sociedad de la sociedad*. México, Herder, 2007
- _____. (1991): *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*. Barcelona, Anthropos, 1998.
- _____. (1984): *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt a.M., Suhrkamp Verlag, 1984.
- SPENCER-BROWN, G. (1969): *Laws of form*. Nueva York, The Julian Press, 1972.