

El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs. Por Estuardo L. Montero Cruz

Sumario: I. GENERALIDADES; II. BASES DEL FUNCIONALISMO SOCIOLOGICO; 1. El Funcionalismo Sociológico 2. Tipos de Funcionalismo; a. Funcionalismo absoluto (MALINOSWSKI); b. Funcionalismo relativizado (MERTON); c. Funcionalismo estructural (PARSONS); 3. Momentos del Funcionalismo; a. Funcionalismo Clásico; b. Teoría General de Sistemas; b.1. Orígenes de la teoría de sistemas; b.2. Concepto de sistemas; b.3. Características; b.4. Tipos de sistemas; b.5. Elementos o componentes del sistema; b.6. Funciones de los componentes del sistema; b.7. Aproximación a la teoría general de sistemas; c. El Paradigma de la complejidad; III. BASES DEL FUNCIONALISMO PENAL CON REFERENCIA AL ESTRUCTURAL-FUNCIONALISMO; 1. PARSONS y su Funcionalismo Estructural; 2. LUHMANN y su Funcionalismo Sistémico; IV. EL FUNCIONALISMO PENAL DE JAKOBS; V.- REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

I. GENERALIDADES

El análisis de las distintas teorías del pensamiento funcional sociológico ha repercutido en las diferentes ramas de las distintas áreas; hoy en día, se habla de la influencia del funcionalismo como sistema en la Educación, en la Administración, en el Derecho, entre otros. Lo cierto es que sea como se quiera ver, el funcionalismo ha contribuido favorablemente para el desarrollo de estos.

Dentro del Derecho y para ser más específicos aún dentro del Derecho penal, las diferentes direcciones del funcionalismo estructural de PARSONS y del funcionalismo sistémico de LUHMANN han desarrollado sorprendentemente el Derecho penal.

El pensamiento penal en los últimos tiempos supone el inicio de una tendencia – “funcionalista” – muy marcada y contraria a la tendencia “finalista”. El responsable de ello, dentro del campo del Derecho penal se debe en gran medida a la obra del Prof. Günther JAKOBS, discípulo de Hans WELZEL; sin duda JAKOBS representa un cambio de paradigma al establecer que las categorías dogmáticas no pueden hacerse con base a una fundamentación ontológica del Derecho.

En este trabajo, pondremos al alcance del lector de una manera muy entendible, cuales fueron las bases del funcionalismo sociológico y la evolución que tuvo este después de incorporarse la Teoría General de Sistemas, para que posteriormente influyeran en el Derecho penal, dando origen dentro de esta rama del Derecho, al pensamiento penal funcionalista-sistémico. Finalmente esbozaremos brevemente la tesis de JAKOBS.

II. BASES DEL FUNCIONALISMO SOCIOLOGICO

II. 1. El Funcionalismo Sociológico

El funcionalismo es una corriente que surge en Inglaterra en los años 1930 en las ciencias sociales, con particularidad en la sociología y la antropología, posee un enfoque empirista que preconiza las ventajas del trabajo de campo. Esta corriente abrió el camino de la antropología científica para desarrollarse posteriormente con mucho éxito en EE.UU.

Lo que define a esta corriente, “es el cumplimiento de una función social”. El funcionalismo estudia a la sociedad sin tener en cuenta su historia, estudia a la sociedad tal y como la encuentra. Intenta comprender como cada elemento de la sociedad se articula con los demás, formando un todo y ejerciendo una función dentro de esa sociedad.

II. 2. Tipos de Funcionalismo

Dentro de los tipos de funcionalismo señalaremos los más importantes:

II.2. a. Funcionalismo absoluto (MALINOSWSKI)

El funcionalismo absoluto, considera que cada costumbre, cada objeto material, cada idea y cada creencia desempeña una función vital, tiene una tarea de llevar a cabo, constituye una parte indispensable de una totalidad orgánica, además la unidad de la cultura es el fundamento de la integración de la sociedad. Dicho de otra forma, se atribuye a todos y cada uno de los elementos del conjunto una función especializada, que lo distingue y que, en consecuencia, hace necesaria a todas las partes para el logro completo de la función del objeto.

II.2. b. Funcionalismo relativizado (MERTON)

En este funcionalismo se acepta la funcionalidad de la sociedad, pero la armonía total, no todas las estructuras sociales cumplen las funciones que afirma cumplir, sino otras; para lo cual establece conceptos operativos como funciones: manifiestas, latentes y disfunciones. Este funcionalismo fue desarrollado a partir de las observaciones de Merton quien señalaba que no es posible afirmar que todo elemento social o cultural realice necesariamente una función indispensable y que además, puede hablarse de disfunciones cuando una parte del todo en vez de colaborar al proceso general, actúa de manera que se convierte en obstáculo del mismo.

II.2. c. Funcionalismo estructural (PARSONS)

Para poder comprender el estructural-funcionalismo, debemos partir por explicar o definir cada palabra que la compone. Por funcionalismo líneas arriba dimos una noción sobre la definición de este. Lo que nos queda por explicar es sobre “el estructuralismo”.

El Estructuralismo[1], centra su atención en el concepto de estructura social como un objeto de análisis sociológico, considera que no hay propiamente un hecho (humano y social) que

no suponga una estructura. El estructuralismo comienza cuando se admite que es posible conformar conjuntos diferentes, en virtud de sus diferencias.

Para entender lo que queremos decir con estructuralismo, debemos partir de la explicación del concepto de estructura. En su sentido original, la estructura es la representación mental de la disposición de las partes de un todo; este concepto implica una interrelación de diversas partes que se arreglan de cierta manera para constituir el objeto que es materia de análisis.

Los análisis estructurales se realizan, pues abstrayendo conceptualmente la conformación de las partes de un todo a partir de la manera como están relacionados. La estructura de los fenómenos sociales puede ser también identificada y descrita; este proceso resulta útil para explicar su manera de ser.

Entonces diremos que el funcionalismo estructural o estructural-funcionalismo, enfatiza la relación entre las funciones y las partes del todo que las desarrolla. Estudia la sociedad misma, considerada en su globalidad, para buscar las funciones esenciales que deben ser desempeñadas por individuos, grupos o instituciones, para que la sociedad se configure y perdure.

II.3. Momentos del Funcionalismo

II.3.a. Funcionalismo Clásico

El funcionalismo clásico[2], es resultado de una larga evolución teórica desde el evolucionismo de H. SPENCER, hasta la que se señala como figura más relevante de este funcionalismo, Talcott PARSONS.

Suele señalarse que el enfoque funcionalista clásico de la sociedad considera que ésta es – análogamente a lo que sucede con un cuerpo humano– como un organismo vivo que se encuentra, a su vez, dotado de diversos órganos –estructuras– que se complementan entre sí. El buen funcionamiento de la sociedad, y la perdurabilidad de la misma, se determina por la cohesión, sincronización y correcto funcionamiento entre sus estructuras u órganos. En este sentido, en el estudio y análisis de cualquier sociedad y con la vista puesta en la perdurabilidad de la misma, es preciso determinar de qué forma o modo se interrelacionan y combinan sus partes o instituciones. En realidad, desde el nacimiento de la Sociología como ciencia a principios el siglo XIX, y como no, durante la época del funcionalismo clásico, ha sido una constante la consideración de la sociedad como un sistema social, la formulación de una estereotipada comparación de los sistemas naturales con los sistemas sociales –por medio de la analogía-, y la concepción de las categorías funcionales precisas para el mantenimiento y la perdurabilidad de los sistemas sociales. Para SPENCER la sociedad como tal –a diferencia de los grupos primitivos poco cohesionados -, se caracterizaba por tratarse de un sistema que presentaba una cierta estabilidad –al igual que sucedía con los organismos vivos-, de tal suerte que el elemento estabilidad resultaba consustancial a la idea de sociedad misma. SPENCER explica el crecimiento de la sociedad análogamente al crecimiento de un organismo. El crecimiento de amb

as realidades los vuelve realidades más complejas y las partes diferenciadas de una y otro asumen funciones propias interrelacionándose entre sí. Como se verá, el planteamiento de este autor proclamando unas mismas leyes para los sistemas naturales y para los sistemas sociales supondrá la primera piedra del funcionalismo clásico y de la posterior teoría sistémica.

El sociólogo francés Emile DURKHEIM repara en que la sociedad trasciende de la conciencia individual y más que responder a la voluntad consciente de los sujetos se impone a ellos mismos formando un sistema social con caracteres propios. Como señala el propio DURKHEIM debe diferenciarse el todo y sus partes, de tal suerte que el todo no supone con exactitud la mera suma de sus partes sino que el todo y sus partes presentan propiedades diferentes. DURKHEIM, tomando como referencia el funcionamiento de un organismo vivo, diferencia entre fenómenos sociales normales y fenómenos sociales patológicos.

Así, para este autor, en el sistema social, normal será lo que resulta adaptado al medio, considerando patológico el fenómeno social que resulta falto de adaptación al medio y por tanto perjudicial para la estabilidad del sistema. La formulación que realiza DURKHEIM distinguiendo entre lo “normal” y lo “patológico” en función de la adaptación del fenómeno social al medio, viene a coincidir, en lo sustancial, con la posterior formulación de MERTON cuando diferencia entre lo que resulta “funcional” o “disfuncional” y por tanto no se puede negar que el pensamiento de DURKHEIM se alinea, en este punto, con las concepciones funcionalistas que estamos analizando, y que identificarán lo normal con lo útil y funcional.

De Talcott PARSONS puede decirse, sin lugar a dudas, que ha sido el gran teórico del funcionalismo y uno de los que más ha contribuido al desarrollo de las teorías funcionalistas, esbozadas en sus líneas primitivas -ya en su día- por COMTE y DURKHEIM. De este modo -y sin ignorar la gran importancia que para el funcionalismo clásico han supuesto las aportaciones realizadas desde la Antropología-, podemos señalar que el funcionalismo adquirió carta de naturaleza en la Universidad de Harvard, por la obra de PARSONS, sin olvidarnos de las importantes aportaciones y matizaciones que, sobre la obra de éste formuló, como veremos Robert K. MERTON. Para comprender el pensamiento de PARSONS es preciso no perder de vista su formación científica. Inicialmente se forma en Estados Unidos, ampliando estudios en Londres, donde entra en contacto con MALINOWSKI -de quien es alumno-, y posteriormente se traslada a Alemania donde estudia -en Heidelberg (Baden)- la obra de Max WEBER.

PARSONS se mostró muy influido por la obra de WEBER de quien tradujo del alemán al inglés varias de sus obras, pero sin embargo rehusó absolutamente -hasta los años sesenta- toda referencia al conflicto social, y en especial a MARX. En líneas generales podemos decir que el pensamiento sociológico de PARSONS discurre por tres etapas, y así, mientras que las dos primeras se caracterizan por incidir su pensamiento especialmente en la cohesión social y en las normas y valores sociales que la sociedad, en la tercera etapa -por razón de las fuertes críticas sufridas- trata de explicar, de alguna manera, la realidad del conflicto. En una primera etapa, que podríamos calificarla como de “orientación

microsociológica”, PARSONS se centra en el análisis de los sujetos, sus orientaciones y la estructura de la acción social. Así, a esta etapa corresponde la publicación de su obra “La estructura de la acción social” (1937). En esta primera línea de pensamiento, PARSONS se detiene a analizar a los individuos, los cuales, en sus acciones sociales, persiguen unos determinados fines, y para cuyo logro, emplean determinados medios a su alcance. A la hora de valorar el porqué de los concretos medios empleados, PARSONS sostiene que los sujetos optan por unos medios determinados en función de las normas y valores de la sociedad en que se encuentran inmersos, es decir, PARSONS niega que la acción social de los individuos responda a razones puramente mecánicas ni al temor del poder coercitivo o a un puro egoísmo, sino que la misma responde a los valores y normas de la sociedad. La segunda etapa en el pensamiento de PARSONS se caracteriza por el abandono de la orientación microsociológica y la adopción de una “orientación macrosociológica” del pensamiento, trasladando el centro de atención del individuo, sus orientaciones y la estructura de la acción –que había sido el núcleo de su primera etapa- hacia los sistemas y estructuras sociales en que tiene lugar el desarrollo de la acción social. Con esta nueva concepción, PARSONS concibe la existencia de un sistema general de la acción que se encontraría conformado por cuatro subsistemas: el sistema social, el sistema cultural, el sistema de la personalidad y el biológico. De estos cuatro subsistemas, para PARSONS el de mayor importancia es el sistema cultural ya que éste controla el resto de los sistemas, y ello en la medida en que en el mismo se encontrarían inmersas las normas y valores de la sociedad que vienen a determinar, como ya hemos señalado, la acción social. Ahora bien, al margen del subsistema cultural, y también dentro del marco del sistema general de la acción, PARSONS advierte de la existencia del que denomina sistema social. Así, la sociedad como un sistema que es, se compone, a su vez, de subsistemas o partes que interactúan de forma cohesionada conformando un todo estable y perdurable. De esta forma, sostiene que las sociedades, para perdurar en el tiempo, deben satisfacer determinados requisitos, denominados por él prerrequisitos funcionales. Se trataría, según este autor, de la adaptación al entorno, la satisfacción de los objetivos sociales, la integración o cohesión social y el mantenimiento de las pautas de conducta. En este momento evolutivo se definen los conceptos de función e integración, esenciales en el funcionalismo. Por último, ya en los años sesenta –coincidiendo con la crisis del funcionalismo y la consiguiente aparición de los enfoques interaccionistas, las teorías del conflicto social y las teorías del intercambio social- PARSONS insinúa una nueva línea de pensamiento. En realidad, como ya hemos dicho con anterioridad, el hecho de que desde su retorno de Alemania se centrara en WEBER, olvidándose de forma absoluta de las teorías conflictivistas y en especial de MARX, fue objeto de duras críticas que llegaron incluso a achacar a este autor la tardanza –en comparación con Europa- en la importación de las teorías marxistas a Estados Unidos. Así, PARSONS advirtiendo los defectos de su teoría en cuanto que no resolvía la existencia real del conflicto y por tanto que transmitía una visión excesivamente rígida, cohesionada y amovible de la sociedad, formuló, para afrontar tales excesos una teoría sobre el cambio social articulando la misma sobre la base de que los subsistemas eran susceptibles de segmentación en otros nuevos a fin de mejorar la adaptación al entorno y lograr una mayor integración y cohesión. Robert K. MERTON procedió a formular una revisión del primer funcionalismo de PARSONS proponiendo una visión menos compacta e integradora de la sociedad¹⁸. Sin embargo es más que discutible que MERTON haya formulado una teoría propia. Así, MERTON se centró en la crítica a la formulación parsonsniana que conducía a argumentaciones circulares. En efecto,

PARSONS sostenía que para la perdurabilidad de las sociedades, éstas debían satisfacer determinados prerrequisitos funcionales. En este sentido, una determinada estructura o pauta de actividades se justificaría, y por tanto existiría, en atención a la función desempeñada o requisito satisfecho. Por ejemplo una determinada norma social. Sin embargo, la explicación de PARSONS resultaba insuficiente ya que si bien explicaba el porqué de la existencia de una determinada norma social –en el ejemplo citado-, sin embargo no satisfacía el porqué de la existencia de esa concreta norma social y no de cualquier otra que pudiera satisfacer, asimismo las mismas exigencias funcionales. Además, el problema de la justificación de la pauta de actividad en virtud de la función desempeñada conducía a argumentos tautológicos o circulares ya que permitía sostener, a un tiempo que la justificación de la existencia de la pauta de actividad se encontraba en atención la satisfacción lograda, y de no obtenerse tal satisfacción, no existiría. Para MERTON, sin embargo, pueden existir diversas alternativas funcionales que cumplan la misma función, con lo que, por una parte supera los argumentos tautológicos en que incurría la argumentación de PARSONS, y por otra centra su análisis en el motivo de que la función se satisfaga con una determinada pauta de actividades y no con cualquiera de las alternativas, proponiendo una explicación causal. Para MERTON no todas las estructuras o pautas de actividades son funcionales, sino que diferencia entre estructuras o pautas de actividades funcionales –cuando son beneficiosas para el conjunto de la sociedad-, disfuncionales –cuando son perjudiciales-, como sucedería con la propia criminalidad, y eufuncionales –si sus efectos son neutros para el conjunto de la sociedad-, sin embargo tal formulación no explica el porqué del mantenimiento de las estructuras o pautas de actividades que no resultan beneficiosas para el conjunto social.

El funcionalismo sociológico clásico, como hemos dicho, entró en crisis en los años sesenta. La explicación de tal crisis habría que encontrarla, de una parte, en las críticas que se le formularon por su excesiva propensión a recalcar el consenso y el orden social con absoluto olvido del conflicto y del cambio social, y de otra, el surgimiento de nuevos enfoques teóricos que explicaban una laguna evidenciada en el funcionalismo clásico: el mantenimiento de la estructuras o pautas de actividades que no resultaban beneficiosas para el conjunto de la sociedad.

II.3.b. Teoría General de Sistemas

II.3.b.1. Orígenes de la teoría de sistemas

La TGS[3] surgió con los trabajos del alemán Ludwig von BERTALANFFY, publicados entre 1950 y 1968. La TGS no busca solucionar problemas o intentar soluciones prácticas, pero sí producir teorías y formulaciones conceptuales que pueden crear condiciones de aplicación en la realidad empírica.

Los supuestos básicos de la TGS son:

- Existe una nítida tendencia hacia la integración de diversas ciencias naturales y sociales.

- Esa integración parece orientarse rumbo a una teoría de sistemas.
- Dicha teoría de sistemas puede ser una manera más amplia de estudiar los campos no-físicos del conocimiento científico, especialmente en ciencias sociales.
- Con esa teoría de los sistemas, al desarrollar principios unificadores que atraviesan verticalmente los universos particulares de las diversas ciencias involucradas, nos aproximamos al objetivo de la unidad de la ciencia.

Esto puede generar una integración muy necesaria en la educación científica.

La TGS afirma que las propiedades de los sistemas, no pueden ser descritos en términos de sus elementos separados; su comprensión se presenta cuando se estudian globalmente.

La TGS se fundamenta en tres premisas básicas:

- Los sistemas existen dentro de sistemas: cada sistema existe dentro de otro más grande.
- Los sistemas son abiertos: es consecuencia del anterior. Cada sistema que se examine, excepto el menor o mayor, recibe y descarga algo en los otros sistemas, generalmente en los contiguos. Los sistemas abiertos se caracterizan por un proceso de cambio infinito con su entorno, que son los otros sistemas. Cuando el intercambio cesa, el sistema se desintegra, esto es, pierde sus fuentes de energía.
- Las funciones de un sistema dependen de su estructura: para los sistemas biológicos y mecánicos esta afirmación es intuitiva. Los tejidos musculares por ejemplo, se contraen porque están constituidos por una estructura celular que permite contracciones.

El interés de la TGS, son las características y parámetros que establece para todos los sistemas.

El concepto de sistemas no es una tecnología en sí, pero es la resultante de ella. El análisis de las organizaciones vivas revela “lo general en lo particular” y muestra, las propiedades generales de las especies que son capaces de adaptarse y sobrevivir en un ambiente típico. Los sistemas vivos sean individuos u organizaciones, son analizados como “sistemas abiertos”, que mantienen un continuo intercambio de materia/energía/información con el ambiente. La teoría de los sistemas permite reconceptuar los fenómenos dentro de un enfoque global, para integrar asuntos que son, en la mayoría de las veces de naturaleza completamente diferente.

II.3.b.2. Concepto de sistemas

Podemos decir que un sistema es un conjunto de elementos dinámicamente relacionados y autocontenidos, que forma una actividad para alcanzar un objetivo, opera sobre datos/energía/materia, para proveer información/energía/materia.

II.3.b.3. Características

Sistema es un todo organizado y complejo; un conjunto o combinación de cosas o partes que forman un todo complejo o unitario. Es un conjunto de objetos unidos por alguna forma de interacción o interdependencia. Los límites o fronteras entre el sistema y su ambiente admiten cierta arbitrariedad.

Según BERTALANFFY, sistema es un conjunto de unidades recíprocamente relacionadas. De ahí se deducen dos conceptos: propósito (u objetivo) y globalismo (o totalidad).

- Propósito u objetivo: todo sistema tiene uno o algunos propósitos. Los elementos (u objetos), como también las relaciones, definen una distribución que trata siempre de alcanzar un objetivo.
- Globalismo o totalidad: todo sistema tiene naturaleza orgánica; por esta razón, una acción que produzca cambio en una de las unidades del sistema, muy probablemente producirá cambios en todas las demás unidades de este. En otras palabras cualquier estímulo en cualquier unidad del sistema afectará a todas las demás unidades debido a la relación existente entre ellas. El efecto total de esos cambios o modificaciones se presentará como un ajuste a todo el sistema, que siempre reaccionará globalmente a cualquier estímulo producido en cualquier parte o unidad. Entre las diferentes partes del sistema existe una relación de causa/efecto. De este modo, el sistema experimenta cambios y ajuste sistemático del cual derivan dos fenómenos: entropía[4] y homeostasia[5].

El sistema total está representado por todos los componentes y relaciones necesarios para la consecución de un objetivo, dado cierto número de restricciones. El objetivo del sistema total define la finalidad para la cual fueron ordenados todos los componentes y relaciones del sistema, mientras que las restricciones son limitaciones que se introducen en su operación y permiten hacer explícita las condiciones bajo las cuales deben operar. Generalmente, el término sistema se utiliza en el sentido de sistema total.

Los componentes necesarios para la operación de un sistema total se denominan subsistemas, formados por la reunión de nuevos subsistemas más detallados. Así, tanto la jerarquía de los sistemas como el número de subsistemas dependen de la complejidad intrínseca del sistema total. Los sistemas pueden operar simultáneamente en serie o en paralelo. No hay sistemas fuera de un medio específico (ambiente): existen en un medio y son condicionados por el medio (ambiente) es todo lo que existe afuera, alrededor de un sistema, y tiene alguna influencia sobre la operación de este. Los límites (fronteras) definen que es el sistema y cuál es el ambiente que lo envuelve.

II.3.b.4. Tipos de sistemas

Existe una gran diversidad de sistemas y una amplia gama de tipologías para clasificarlos, de acuerdo con ciertas características básicas.

1. En cuanto a su constitución, los sistemas pueden ser físicos o abstractos:

§ Sistemas físicos o concretos: compuestos de equipos, maquinarias y objetos y elementos reales. En resumen, están compuestos de hardware. Pueden describirse en términos cuantitativos de desempeño.

§ Sistemas abstractos: compuestos de conceptos, planes, hipótesis e ideas. Los símbolos representan atributos y objetos que muchas veces sólo existen en el pensamiento de las personas. En resumen, cuando se componen de software.

En realidad, hay complementariedad entre sistemas físicos y sistemas abstractos: los primeros (maquinas, por ejemplo) necesitan un sistema abstracto (programación) para operar y cumplir sus funciones. Lo recíproco también es verdadero: los sistemas abstractos sólo se vuelven realidad cuando se aplican en algún sistema físico. Hardware y software se complementan. En el ejemplo de una escuela que necesita salones de clase, pupitres, tableros, iluminación, etc. (sistema físico), para desarrollar un programa de educación (sistema abstracto) o de un centro de procesamiento de datos, donde el equipo y los circuitos procesan programas de instrucciones para computador.

2. En cuanto a su naturaleza, los sistemas pueden ser cerrados o abiertos:

§ Sistemas abiertos: es un sistema que recibe flujos, tanto de energía como de materia; de su ambiente, cambiando o ajustando su comportamiento o su estado según las entradas que recibe. Los sistemas abiertos, por el hecho de recibir energía, pueden realizar el trabajo de mantener sus propias estructuras e incluso incrementar su contenido de información para mejorar su organización interna, lo que lo vuelve funcional. Dicho de otra manera, los sistemas abiertos presentan relaciones de intercambio con el ambiente a través de “entradas y salidas”[6]. Los sistemas abiertos intercambian materia y energía con el ambiente continuamente. Son eminentemente adaptativos, pues para sobrevivir deben readaptarse constantemente a las condiciones del medio. Mantiene un juego recíproco con las fuerzas del ambiente y la calidad de su estructura se optimiza cuando el conjunto de elementos del sistema se organiza, aproximándose a una operación adaptativa. La adaptación es un proceso continuo de aprendizaje y auto organización.

§ Sistemas cerrados: sólo intercambia energía con su entorno. Algunos autores han denominado al sistema cerrado como aquel sistema cuyo comportamiento es totalmente determinista y programado, y operan con muy pequeño intercambio de materia y energía con el ambiente.

§ Sistemas aislados: son aquellos que no tienen ningún intercambio con el entorno.[7]

II.3.b.5. Elementos o componentes del sistema

Todo sistema posee los siguientes elementos, hasta incluso el sistema jurídico pero con nombres diferentes, estos son:

§ El componente biológico es la especie tipo organizada que realiza la adaptación. Es decir, el ser humano transformado constantemente su realidad lo que se convierte en el sistema económico.

§ El componente cultural es el conjunto de normas, valores, lenguaje y símbolos compartidos, aceptados por la sociedad.

§ El componente social está compuesto por las formas en que los individuos interactúan recíprocamente.

§ El componente de personalidad es el conjunto de motivaciones y orientaciones de la acción de los individuos.

II.3.b.6. Funciones de los componentes del sistema

El sistema general de acción contiene en su estructura cuatro subsistemas: el biológico u orgánico conductual, el cultural, el social y el de personalidad.

- El componente biológico realiza la función adaptación; o sea, transformar la realidad para acomodarse mejor en el entorno.
- El componente cultural tiene como función e mantenimiento de las pautas, para que los individuos se ajusten a las expectativas del rol e internalicen los valores. Las instituciones del sistema educativo son las que cumplen con esta función.
- El componente social cuya función primordial es la integración y supone la aceptación de las metas y las expectativas sociales. Las entidades jurídicas tiene a su cargo esta función.
- El componente de personalidad posee como función el logro de metas o fines. Intenta coordinar las motivaciones para alcanzar objetivos sociales. Las unidades que pueden canalizar las aspiraciones de los individuos son las instituciones políticas.

II.3.b.7. Aproximación a la teoría general de sistemas

La teoría general de sistemas constituye una teoría general con aplicación a cualquier sistema, proyectando su influencia en todas las ciencias, y como no podía ser de otro modo, también en la Sociología. La concepción de que las leyes naturales pueden transponerse sin problemas al mundo social se comienza a formular en la teoría de sistemas, y se verá desarrollada, como veremos, con la teoría de los sistemas complejos o paradigma de la complejidad.

La TGS[8] es un segundo momento del tránsito que instaure un nuevo funcionalismo. Este nuevo funcionalismo considera el sistema como una unidad, unificadora de todas las ciencias, de suerte que se pretende encontrar en las leyes de los sistemas naturales las reglas de funcionamiento de los restantes sistemas, incluidos los sistemas sociales. El origen del

concepto de sistema se encuentra en la Biología de la mano del bioquímico austriaco BERTALANFFY, incorporándose a la Sociología de la mano de PARSONS y la teoría funcionalista. Un sistema puede ser conceptualizado como un conjunto -en equilibrio dinámico- de partes, componentes o subsistemas, interdependientes entre sí, en un todo unitario organizado, y con tal conexión que, una variación en alguna de las partes, repercute en las restantes, tendiendo el mismo sistema a restablecer el equilibrio –homeostasis– tanto interno como externo, en relación con el entorno en el que opera el sistema o suprasistema ambiente. En realidad, y dependiendo de cuáles sean los fines de nuestro análisis, cualquier cosa puede ser considerada como un sistema, no ya cosas reales, sino también concepciones abstractas. El problema esencial de esta teoría clásica de sistemas es la vinculación entre el sistema mismo, el ambiente en el que opera, y sus recíprocas interrelaciones, lo que determinará la necesaria distinción, como veremos, entre sistemas abiertos y sistemas cerrados. El sistema interactúa permanentemente con el ambiente en el que opera y se retroalimenta del mismo, en una suerte de equilibrio dinámico frente a las alteraciones y cambios que se producen, lo que le permite perdurar en el tiempo en búsqueda de una nueva situación de equilibrio. En líneas generales, y apriorística y formalmente, pueden distinguirse dos grandes tipos de sistemas: los sistemas cerrados y los sistemas abiertos. Los sistemas cerrados no reciben inputs del exterior al propio sistema, tendiendo al agotamiento interno, a la entropía, mientras que los sistemas abiertos reciben inputs[9] del exterior, en un proceso de continua interacción con el entorno con la finalidad de una adaptación y renovación permanente.

En oposición tanto a los enfoques analítico-reduccionistas como a sus principios mecánicocausales imperantes hasta el momento, la teoría de sistemas se fundamenta en varios postulados básicos diferentes a los enfoques teóricos vistos hasta el momento de su surgimiento. Así se dice, en primer lugar, que si bien debe partirse del reconocimiento del carácter complejo de la realidad, debe reconocerse, no obstante, que los fenómenos y las cosas que la componen no se pueden separar del ambiente en el que operan, existiendo una estrecha ligazón entre los mismos. Al mismo tiempo, el conocimiento correcto de la realidad no puede pretenderse desde las parcelas concretas de las diferentes disciplinas y de forma separada, sino que tan sólo podrá lograrse un conocimiento correcto de la realidad por medio de un análisis no disciplinar, superando los reduccionismos unidisciplinarios, y por último, y de forma manifiestamente opuesta a los enfoques típicos del reduccionismo analítico, en lugar de sostener la descomposición del objeto del análisis a sus elementos estructurales más básicos – con la finalidad de su estudio y posterior reelevación a la estructura unitaria- se sostiene que los elementos que componen una realidad determinada poseen una sinergia, es decir, que operan para producir algo mayor que la simple suma de sus individualidades, o dicho en otras palabras, el todo es mayor que la suma de sus partes, por ello no resulta correcto –si se quiere alcanzar el conocimiento correcto de la realidad- el desmembramiento de la unidad a sus estructuras atómicas más sencillas en orden a la posterior reelaboración de dicha unidad.

De lo dicho se desprende, pues, que entre el sistema y el medio ambiente en el que opera – que no deja de ser, a su vez, otro sistema, lo que en última instancia explicaría que el universo se componga de una jerarquía de sistemas ordenados- se produce un intercambio permanente de materia e información, lo que permite una evolución de los mismos sistemas

en el marco de una autorregulación permanente que propende a la adaptación del sistema con su medio. De la proyección universal de esta teoría se deduce que para un conocimiento correcto de la realidad habría que descomponer la misma en diferentes niveles, de tal suerte que, dentro de cada nivel se encontrarían diferentes subsistemas en mutua interacción, los que a su vez también interactuarían con los sistemas ubicados en niveles superiores – medio ambiente o suprasistema- e inferiores, todo lo cual, en última instancia, nos permite entender que resulta preferible para el correcto conocimiento de la realidad el tomar en consideración el sistema en conexión o interrelacionado con los restantes, que de forma aislada.

Han sido muchas las contribuciones teóricas que se han formulado desde las trincheras de la teoría general de sistemas. Así, por ejemplo, las aportaciones que sobre los sistemas vivientes formuló James G. MILLER en su obra *Living Systems*, McGraw-Hill, Nueva York (1978); o los modelos cibernéticos de Magoroh MARUYAMA con su obra *The Second Cybernetic: Deviation- Amplifying Causal Processes* (1963), o las aportaciones de Walter BUCKLEY en su obra *La Sociología y la Teoría Moderna de los Sistemas*; o las contribuciones de Karl Deutsch y Amitai Etzioni en el marco de la comunicación y control de las organizaciones, enfoque cibernético y mecanismos de consenso en los sistemas sociales.

Si bien BERTALANFFY manejó una serie de conceptos (función, interacción, sinergia, sistema, etc.) que no eran de nuevo cuño, hay que reconocer, no obstante, que formuló con los mismos una nueva teoría general aplicable a todas las dimensiones del conocimiento.

En la teoría general de sistemas se hallan los mismos elementos que habíamos visto presentes en el funcionalismo clásico –entre otros, el concepto de funcionalidad, sistema, integración, adaptación, analogía con los sistemas orgánicos, etc.-, sin embargo, a diferencia del funcionalismo clásico, la teoría general de sistemas conforma un nuevo funcionalismo, atento no a las funciones concretas o a alguna de las partes del mismo sistema, sino al sistema en su conjunto, a las conexiones entre los sistemas sociales y los naturales y a sus respectivas leyes, y en fin, a las adaptaciones permanentes del mismo, adoptando una epistemología holística frente al reduccionismo analítico y al mecanicismo que se habían hecho presentes en el funcionalismo clásico, pero no con un afán meramente teórico, sino que puede afirmarse, por el contrario, que la epistemología holística persigue la finalidad, en primer lugar, es cierto, de alcanzar una correcta y adecuada comprensión integradora de la realidad pero con la finalidad de, en un segundo momento, y partiendo de tal conocimiento correcto, establecer el correcto tratamiento de la situación en orden a lograr el correcto planteamiento y ulteriormente la correcta solución al problema surgido.

II.3.c.- El Paradigma de la complejidad

El tercer momento evolutivo[10] de las teorías funcionalistas sociológicas lo constituye un nuevo funcionalismo denominado por la doctrina el “paradigma de la complejidad”, y viene a suponer un nuevo estadio dentro del funcionalismo, caracterizado por la proposición de modificaciones en la Teoría General de los Sistemas al albur de los descubrimientos más recientes en los sistemas naturales, como la teoría del caos, la autopoiesis, el tránsito de la

física newtoniana a la física cuántica etc., introduciendo la incerteza, la indeterminación y la complejidad. Mientras que la teoría general de sistemas clásica se centró, esencialmente, en el análisis de las estructuras y relaciones entre los propios elementos del sistema y su entorno, la teoría de sistemas autopoieticos, como veremos, dedicará fundamentalmente su atención a los mecanismos de autoproducción y autoorganización del sistema.

Tratando de realizar una exposición de este nuevo funcionalismo, resulta preciso señalar que el mismo es producto, a su vez, de una evolución en la que podríamos destacar tres hitos o momentos fundamentales. Así, un primer momento en la construcción de la teoría de los sistemas complejos estaría constituido por los estudios, investigaciones y descubrimientos llevados a cabo en el terreno biológico. En este sentido, en la década de los cincuenta, en el Biological Computer Laboratory de la Universidad de Illinois (Estados Unidos), se desarrollan investigaciones por parte del epistemólogo austriaco Heinz Von FOERSTER y su equipo sobre la causalidad circular o la auto referencia en el marco de la Biocibernética. Los avances en materia de genética en los años sesenta, la introducción del concepto de autopoiesis en los sistemas biológicos ya en los años setenta de la mano de los chilenos Maturana y de su discípulo Varela, y por último, los trabajos del premio Nobel de 1965 en fisiología y medicina, Jaques Monod serán los momentos ulteriores de esta primera etapa en la construcción de la teoría de los sistemas complejos.

Una segunda etapa o momento en la construcción del paradigma de la complejidad vendría dado por los trabajos desarrollados en la década de los setenta en los terrenos de la física cuántica, de la química y de la termodinámica, momentos en los que tiene lugar la formulación de teorías nuevas como la de que los movimientos espontáneos de la materia la conducen a la autoorganización, coincidiendo con la formulación de la teoría de las estructuras disipadoras por el premio Nobel de química de 1977 de origen ruso, Ilya Prigogine.

Como se evidencia, los dos momentos reseñados se ciñen, en esencia, a movimientos científicos surgidos en el marco de las ciencias naturales. Sin embargo, en un ulterior momento, en lo que nosotros configuraremos como tercera fase en la construcción de la teoría de sistemas complejos, vamos a presenciar como los postulados obtenidos en el marco de las modernas biología, física y química tendrán su efectiva y real influencia en las ciencias sociales y humanas, en una suerte de transposición de las leyes naturales al mundo social. Así, alguna de las formulaciones, como la que Coats estableció en el marco de la economía evolucionaria influida por la teoría de los sistemas autopoieticos, llega al extremo de señalar que partiendo de que los sistemas de autopoiesis como el de las estructuras disipativas se encuentran tanto en el mundo físico-biológico como en la esfera social, ello generaría que la discusión sobre las diferencias o similitudes entre ciencias naturales y ciencias sociales habrá de entenderse superada y sin sentido, llegando a afirmar que ambos sistemas se rigen por las leyes de la naturaleza. Y así podrían seguir señalándose muchos otros autores contemporáneos que demuestran la efectiva influencia, dentro del marco de la teoría de sistemas complejos, de las teorizaciones naturales sobre las ciencias sociales; en este sentido podría señalarse, por ejemplo, la influencia que la teoría de los sistemas dinámicos produjo en la psicología social de Watters, Ball y Carr; o la influencia del paradigma de la complejidad en la filosofía no lineal de W.H. Provost Jr., o en fin,

entre otros muchos ejemplos, la influencia de la teoría de los sistemas autopoieticos en la teoría de los sistemas sociales de Niklas LUHMANN.

III. BASES DEL FUNCIONALISMO PENAL CON REFERENCIA AL ESTRUCTURAL-FUNCIONALISMO

III. 1. PARSONS y su Funcionalismo Estructural[11]

PARSONS el más grande exponente del estructural funcionalismo en sociología nace en Colorado Springs – EE.UU., el 13 de diciembre 1902 y fallece en München, el 08 de mayo de 1979. Cursó estudios en Amherst Collage, la London School of Economics y la Universidad de Heidelberg en Alemania. Dio clases de sociología en la Universidad de Harvard en 1927 hasta 1974 y fue Director del Departamento de sociología de dicha universidad desde 1944. Más tarde fue nombrado presidente del nuevo Departamento de Relaciones Sociales 1946 y posteriormente presidente de la American Sociological Society en 1949. Entre sus libros destacan: “La estructura de la acción social” (1937) y “El sistema social” (1951).

PARSONS pertenece al paradigma funcionalista, por lo tanto su interés es técnico para predecir y controlar. En contraposición a Marx WEBER y Durkheim él no es considerado fundador de ningún paradigma, pero lo ubicamos junto a DURKHEIM en el paradigma funcionalista, donde elabora una teoría que recicla el funcionalismo, trabaja la tesis de la acción social.

El concepto de acción social es un tema de vital importancia en la teoría de Talcott PARSONS, por que surge del actor que interactúa en el escenario con otros actores. Por lo tanto el titular de la acción social es el actor, el cual cumple un rol, que es el papel que juega en la sociedad en relación a otros. Por tanto cada actor cumple varios roles dependiendo del escenario en el que esté. El escenario va variando por la edad, el sexo, el rol y los caminos que optemos en la vida, por tanto transitamos a los largo de la vida por muchos escenarios. El actor, titular de la acción social, puede ser individual, que no depende de los demás, por ejemplo Juan Pérez; o puede ser colectivo, que depende de los otros actores del escenario, por ejemplo Profesor de filosofía.

El actor es considerado un subsistema, el cual actúa dentro de determinados márgenes impuestos por la sociedad, por lo tanto el actor está socializado a través de diferentes agentes de socialización.

Para PARSONS la acción social debe ser estudiada en sus dos dimensiones: la estructura y el funcionamiento.

La estructura tiene cuatro objetos.

- Sicológicos: acciones imprescindibles o afectivas (llorar, comer, reír)
- Físicos: objetos materiales, no interactúan pero son imprescindibles como medios.

- Culturales: Regulan y le dan significado a la acción como los valores y las normas.
- Sociales: otros individuos con quien se interactúa.

El funcionamiento tiene tres modos de ser:

- Catético: relacionado al amor o al afecto, los actores se relacionan a través de estos valores.
- Cognitivo: relacionado al conocimiento, merced al cual se investiga o se deja conocer.
- Evaluativo: relacionado al valor, que en realidad se presenta como metacognitivo y se relaciona con algo por cuán correcto es.

Ahora bien, no hay duda que PARSONS ha sido considerado como uno de los sociólogos más inminentes del siglo XX, aunque la crítica más severa que ha recibido su teoría, es no prestar suficiente atención al cambio social y a los conflictos asociados a aquél, tal vez porque la realidad europea o americana, con instituciones democráticas más sólidas no permiten demasiado margen a la informalidad, a la corrupción, a la anomía o al desorden. Claro que no sería honesto, científicamente hablando, no reconocer que su teoría resulta acertada en muchos puntos. La obra de PARSONS es uno de los primeros intentos de síntesis dentro del campo de la sociología.

III.2. LUHMANN y su Funcionalismo Sistémico

Niklas LUHMANN nació en Alemania en la ciudad de Lüneburg, Baja Sajonia en 1927. Durante la Segunda Guerra Mundial formó parte de la Luftwaffe y fue detenido por los aliados. Una vez recobrada su libertad comenzó a estudiar Derecho en Friburgo de Brisgovia, terminando en 1949. Ejerció como funcionario civil desde 1954; viajó a Estados Unidos en 1961 y comenzó a estudiar sociología como alumno de Talcott PARSONS en Boston, en la Universidad de Harvard.

PARSONS, quien ejerció una gran influencia en su forma de pensar era en ese momento la más influyente figura del pensamiento sociológico en Occidente. Luego de su estancia en Harvard, LUHMANN publica en 1964 la primera obra dedicada a analizar problemas sociológicos a partir del uso de la teoría de sistemas: “Funktionen und Folgen formaler Organisation” (Duncker & Humblot, Berlín, 1964). En 1965 ingresa en la Universidad de Münster donde termina de estudiar sociología política en 1967. En 1968 se establece en Bielefeld, ciudad donde empieza a ejercer un puesto de catedrático en la universidad durante el resto de su carrera hasta 1993, momento en el que es nombrado emérito. Falleció en 1998

El Profesor de la Universidad de Bielefeld, fundó la teoría de los sistemas sociales autopoieticos pero su pretensión intenta abarcar una teoría social universal. Es decir, “una teoría que abaricara todo lo social y nada más que lo social”. [12]

Desde el inicio de la teoría general de sistemas de v. BERTALANFFY hasta los desarrollos actuales de los sistemas de segundo orden –cibernética de segundo orden–, se ha producido una notable evolución. A lo largo de esa evolución debe destacarse especialmente un punto: el paso de los sistemas abiertos a los sistemas cerrados. Este paso marcó el inicio del estudio de los fenómenos autoorganizativos y, en su culminación, dio lugar y, en su culminación, dio lugar al concepto de autopoiesis.

Ahora bien, debemos entender por “sistemas autopoietico”[13], un sistema que se produce a sí mismo (poiesis-producción). Por ello se dice que si los sistemas sociales son sistemas autopoieticos debía encontrarse una unidad que produjera dicho tipo de sistemas y a partir de la cual se reprodujera. Dicha unidad es la comunicación. Por lo tanto, los sistemas sociales autopoieticos son sistemas comunicativos o de comunicación y en consecuencia, se entiende que la comunicación es la única operación genuinamente social. Entonces, la teoría de los sistemas sociales autopoieticos es fundamentalmente una teoría de la comunicación.

Dicho esto, es por ello que LUHMANN determinó que la sociedad es un sistema que se compone de comunicaciones[14] [15] y no de seres humanos. La sociedad en cuanto sistema sigue sus propias reglas, al igual que los sistemas biológico y psíquico. Así refiere el autor que a través de esas comunicaciones es posible la sociedad y es la sociedad la que así está funcionando por intermedio de los individuos. La sociedad, presupone la existencia de seres humanos en la medida que “es impensable una sociedad sin seres humanos, y está condicionada en su configuración por acciones humanas, pero éstos no son parte de la sociedad, sino que sistemas psíquicos y sistemas sociales son totalmente independientes[16].

LUHMANN entiende que es importante el papel de los seres humanos, pero que ellos no componen el sistema, pero –insiste que– éstos son partícipes y ejecutores de una comunicación que los trasciende, sus actos son expresión de un sentido social, más que plasmación de una psicología o una conciencia individual independiente. Esa conciencia psicológica individual opera como un sistema autónomo, ciertamente, uno más con arreglo a sus claves, pero el sistema social se constituye al margen y no puede ver ninguna conciencia como conciencia individual, sino que sus manifestaciones solo las puede percibir e interpretar como manifestación del sentido social, como comunicación social (comunicación vs. conciencia).

Como puede advertirse, el concepto de comunicación se convierte en factor decisivo de la determinación del concepto de sociedad.[17] Es por ello que afirma que el sistema social o sociedad se compone solo de comunicaciones y de todas las comunicaciones”.[18] Ahora bien, el evento comunicativo –entendida en sentido sistémico o cibernético– tiene tres selecciones[19]: participación (Mitteilung), información y comprensión (Verstehen). El cierre de cada evento comunicativo se da con el último paso.[20]

Según LUHMANN lo social no existe fuera de la comunicación ya que dentro de los sistemas la comunicación es la única operación específica de los sistemas sociales.

Como puede percatarse, LUHMANN separa radicalmente los procesos psíquicos de los sociales (aquellos serían solo entorno para la comunicación).

Así también el autor entiende que el sistema social es un sistema operativamente cerrado, consistente sólo de sus propias operaciones, reproductor de las comunicaciones a partir de las comunicaciones. Como puede verse, la teoría de sistemas abiertos al entorno, en la cual se producían intercambios de información entre sistema y entorno es dejada fuera de lugar y aparece una concepción teórica que propone unos sistemas cerrados al entorno, en los cuales la información no proviene del exterior sino que es generada por los propios sistemas. En este punto, las críticas no se hicieron esperar; talvez por ello, los críticos no pudieron observar la nueva forma de entender la relación entre sistema y entorno. GOMEZ-JARA DIEZ refiere que lo que se propone entender, es que “el cierre del sistema es la condición de su apertura”[21]. Continúa este autor diciendo, que “(p)ara ello hay que fijarse bien y observar a qué nivel se encuentra el cierre del sistema y a qué nivel encuentra su apertura. Bien, se ha indicado que las comunicaciones son las operaciones del sistema social que son utilizadas por dichos sistemas para su autorreproducción. Por tanto, la autopoiesis, el cierre, se da al nivel de las comunicaciones del sistema; es decir al nivel de las operaciones del sistema, se van generando una serie de estructuras que orientan la selección de las operaciones. Pues bien, es a ese nivel, al nivel de las estructuras, que el sistema está abierto”.[22] Para representar esta apertura LUHMANN la denominó “acoplamiento estructural”[23].

El acoplamiento estructural provoca que un sistema aumente la irritabilidad del otro de forma tal que pueda llevarlo a una forma interna capaz de operar.[24] Es por ello que resalta su idea de que “las personas contribuyen al acoplamiento estructural entre sistemas psíquicos y sociales”. El concepto de persona le sirve a LUHMANN para abordar dentro de su teoría de la sociedad al tratamiento de la interpenetrabilidad o del acoplamiento entre el mundo psíquico y el mundo social, o formulado de otra manera, entre sistemas psicofísicos y sistemas sociales o entre conciencia y comunicación.[25]

Ahora bien, LUHMANN –incluye la “teoría de la diferenciación de sistemas”[26] y– refiere que “dicha diferenciación solo es posible a través de la clausura autorreferencial de los sistemas que están diferenciando”[27]. LUHMANN observa “la diferenciación progresiva de las sociedades a lo largo de su evolución temporal en diferentes subsistemas sociales (derecho, política, economía, religión, etc.). Estas especializaciones son modos eficaces de reducir la complejidad[28] y se caracterizan por ser todos ámbitos de comunicación”[29].

Ahora bien, para hablar del Derecho, a todo jurista no le quepa la menor duda de que es un “sistema”; sin embargo, cuando se emplea el concepto de “sistema” jurídico, se suele hacer referencia a un sistema de normas y reglas de imputación. Pero LUHMANN no lo entiende de tal manera, sino como un sistema comunicativo, como un sistema autopiético; por ello, define al Derecho como un –sub–sistema en el que “es comunicación y nada más que comunicación”. El Derecho es un sistema autorreferencial o autorreferente que procesa autónomamente información, crea sus mundos de sentido, se fija objetivos y fines, construye su realidad y define expectativas.[30]

Explica LUHMANN que el Derecho se encuentra desligado de la ética, de la moral y la política, que para el subsistema Derecho solo son ruido que irrita pero no influye directamente en la comunicación jurídica. Como refiere LUHMANN, “el Derecho no es política ni economía, ni religión ni educación. No produce obras de arte, ni cura enfermedades, ni distribuye noticias. Sin embargo, no podía existir si todas estas cosas no se dieran. Así, como todo sistema autopoiético, el Derecho sigue dependiendo en gran medida de su entorno”[31].

Además LUHMANN afirma que, el Derecho reduce el “caos” en la comunicación entre seres humanos estabilizando unos mínimos y excluyendo ciertas posibilidades de comportamiento las que no se debe contra en la interacción social.[32] Con las expectativas “el caos de lo imprevisible, la total “contingencia”, [33] se ve sustituido en la convivencia social por el orden de lo esperable”. Sería difícil orientarse en la vida social si tuviera que contarse en todo momento con cualquier conducta discrecional de otros seres humanos.

La confianza es un mecanismo de reducción de la complejidad social. Para que los contactos sociales sean posibles es necesario que no todo sea inseguridad. Entonces, afirma LUHMANN la comunicación posibilita la existencia de expectativas (el esperar algo). Es decir, lo que interesa es la comunicación [34] que cada sujeto trasmite con su comportamiento un mensaje determinado, con un sentido igualmente definido, los intervinientes en la comunicación social conocerán que expectativas contienen los comportamientos ajenos, y por tanto, que esperan los demás de ellos (expectativas de expectativas).[35]

En este sentido, no solo se espera algo del otro sino que también se valora lo que la propia conducta significa para el esperar ajeno. Por ello refiere además, que la seguridad que hace esperable el comportamiento propio y ajeno bajo pautas comunes, sería imposible sin el derecho.

Ahora bien, como sostiene GARCIA AMADO “desde el momento en que se sostiene que las estructuras de los sistemas sociales consisten en expectativas, se introduce un elemento de inseguridad, pues siempre cabe que las expectativas se vean defraudadas. Tiene que existir, algún mecanismo que pueda permitir a los sistemas mantenerse aun en tales casos”.

A ello LUHMANN refiere que las expectativas pueden configurarse de dos formas y en relación a los mecanismos de que dispone el sistema para responder al problema de la frustración: se puede tratar de expectativas cognitivas o de expectativas normativas. Las primeras son aquellas ante cuya frustración cabe la alternativa de que sean modificadas y adaptadas a la realidad. Son expectativas dispuestas a aprender de la realidad frustrante. Las segundas son las que no se modifican en caso de no coincidir con la realidad.[36] Entonces dice LUHMANN, sólo podemos hablar de sociedades cuando el Derecho garantiza al sujeto un cierto horizonte conforme al que orientarse, esta garantía jurídica se concreta con la “expectativa normativa” (reducen la complejidad). Las expectativas normativas no garantizan el éxito en los contactos sociales pero disminuyen las posibilidades de fracaso. La defraudación no provoca que la sociedad abandone la expectativa.[37]

LUHMANN afirma que, “la norma (la expectativa) no promete una conducta conforme a Derecho, pero protege al que lo espera.”[38] Según LUHMANN para la sociedad, el delito significa que las cosas podrían ser de otra manera (contingencia). Por lo tanto, las posibilidades de contacto están en relación directa con la confianza que los ciudadanos depositen en las normas: cuando la confianza en éstas se ve afectada las posibilidades de contacto se reducen, la vida social se entumece; por el contrario, donde existe confianza en las normas las posibilidades de contacto son mayores. Es entonces que LUHMANN afirma que, la pena es un mecanismo que si no se impone, se destruye la confianza de los ciudadanos en las normas.

IV. EL FUNCIONALISMO PENAL DE JAKOBS

El profesor de la Universidad de Bonn, Günther JAKOBS al verse influenciado por LUHMANN, pone en evidencia su funcionalismo penal-sistémico dándole otro matiz.

JAKOBS parte de su teoría de “la pena” estatal y refiere que, la pena era entendida como un mal, pues a decir de este autor la secuencia externa de hecho –delito– y pena, se produciría según la conocida expresión de Hegel, la irracional secuencia de dos males;[39] Sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del hecho entendido como afirmación que contradice la norma y la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse relación ineludible entre ambas. Pero “la pena es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada”[40].

El acto de comunicación que la pena supone no tiene destinatario prevalente al delincuente, sino al conjunto de ciudadanos que poseen ciertas expectativas, que la norma expresa (norma jurídico penal = expectativa normativa), mostrándoles que están en lo cierto y que el defecto está en el actuar del otro. Por eso tiene sentido que JAKOBS afirme que la pena funciona “a costa” del delincuente, en lugar de decir que opera en su contra o como reproche o desvaloración del mismo.[41]

Pero hasta allí, era en cierta manera incompleto, pues como puede notarse JAKOBS no incluía en su teoría de la pena la retribución por lo que le hacía irreal su concepto de la pena, posteriormente en el año 2004 da la última versión de su teoría de la pena –en la que algunos autores han señalado el regreso de JAKOBS al mundo real– al integrar el “dolor” de modo pleno en su teoría; al asumir el desafío de integrar “el dolor” de modo pleno en su teoría de la pena, este trata de explicarlo de la siguiente manera: “Es palmario que el hecho de infligir dolor penal puede ser comprendido como símbolo de una contradicción (...) Sin embargo, permanece sin resolver la cuestión de por qué se elige el infligir dolor como símbolo, y no otra cosa. Pues Téngase en cuenta que el fallo condenatorio constituye una contradicción del delito. ¿Por qué es necesario, además, un dolor producido por la pena?”. Por lo que JAKOBS mejora su teoría.

La pena se mueve entonces en el plano simbólico o comunicativo y no puramente instrumental de protección de bienes jurídicos.[42]

Para JAKOBS “el delito es –comunicación defectuosa es– defraudación de expectativas – no lesión de bienes– que lesiona la vigencia de la norma (bien jurídico en sí mismo, `lesión de deber`)[43], y la pena tiene el significado de mantener dichas expectativas, es decir, la vigencia de la norma. Por lo que, la imposición de la pena es la forma que tiene el sistema social de tratar las defraudaciones a costa del infractor y cumplir su función de estabilización normativa.[44] La pena expresa que los sujetos pueden seguir confiando en el registro establecido y común y que cuando una de sus expectativas de comportamiento ajeno se frustra no es porque estén en un error o porque las reglas comunes no sean tales, sino porque alguien se sitúa al margen de ellas deliberadamente. Pero no se trata de que con la pena se le reproche al delincuente su modo de ser o actuar, la pena no pretende ni penetrar en su constitución individual ni cambiarla. El acto de comunicación que la pena supone no tiene como destinatario prevalente al delincuente sino al conjunto de ciudadanos que poseen ciertas expectativas, que la norma expresa, mostrándoles que están en lo cierto y que el defecto está en el actuar de otro.[45]

Así JAKOBS determina que el Derecho penal (la pena) confirma, por tanto, la identidad social”[46] y no es tan solo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento[47]. Por lo que al Derecho penal le correspondería la función de velar por la parte más esencial y básica de tales normas y así solventar la subsistencia de las normas que estructuran la base de lo social. Por lo tanto, es imposible desgajar al Derecho penal de la sociedad; el Derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva. Entonces, existe una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho penal: cabe asumir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social. En palabras de JAKOBS “no el sistema social no el sistema jurídico saltan por encima de su propia sombra”[48].

Ahora bien, desde su concepción el Derecho penal no está orientado al servicio del orden de lo materialmente justo; sino precisamente que este derecho se justifica por su prestación para el mantenimiento del todo social[49] y este se ha desarrollado por la comunicación. En conclusión (parcial) –para JAKOBS–, las normas jurídicas serían “expectativas del comportamiento contrafacticamente estabilizadas”; el delito, una comunicación defectuosa que quebranta la vigencia de la norma; la pena, es un instrumento de aseguramiento contrafáctico y cognitivo de la vigencia de la norma.

Ahora bien, JAKOBS entiende que si la sociedad se constituye precisamente a través de normas –pues la sociedad se mantiene por las normas y se niega a concebirse a sí misma de otro modo– y , en consecuencia, a partir de esas normas alcanzan su identidad las personas (derechos, deberes y libertades), –por lo que, sin normas no hay sociedad y perderíamos nuestra identidad de personas quedando es simples seres humanos con un código de satisfacción e insatisfacción– y por lo tanto al Derecho penal le correspondería la función de velar por la parte más esencial y básica de tales normas, y así solventar la subsistencia de las normas que estructuran la base de lo social.

Como refiere JAKOBS “una sociedad existe cuando está vigente al menos una norma. Y que por “norma” debe entenderse como la expectativa de que una persona, en una situación

y circunstancia determinada, se comportará de una manera determinada, solo y exclusivamente debido a su Ser-Persona.[50] Ahora bien, la pregunta que JAKOBS se hace es: ¿cuando una norma está vigente? Él mismo refiere que, una norma está vigente cuando determina el contenido de posibles comunicaciones, esto es, cuando la expectativa dirigida a una persona es estable. El hecho de si la norma, entendida como imperativo, surte efecto o fracasa, resulta totalmente irrelevante para su vigencia. Así explica que el mundo de las normas vigentes se interpreta conforme al esquema de los deberes y derechos de las personas y no conforme al esquema de la satisfacción/insatisfacción de los individuos, ya que resulta evidente que, si se trata de la vigencia, la comunicación está determinada por la norma y no por los beneficios individuales vinculados a su observancia o los perjuicios individuales que amenazan como consecuencia de su infracción.[51]

Hasta aquí he intentado esbozar las bases del pensamiento jurídico penal de JAKOBS, pero debo dejar claro que el desarrollo jurídico de su pensamiento se ocupa también de instituciones importantes como la imputación objetiva, la culpabilidad, etc; pero que por no ser parte de esta investigación no es necesario prolongar una explicación sobre aquello.

V.- REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ARIAS EIBE, Manuel J. “Bases sociológicas del funcionalismo penal contemporáneo” manuscrito disponible en: <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/arias.pdf>
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “¿Lesión de Bien Jurídico o Lesión de Deber? Apuntes sobre el concepto material del delito, Grijley, 2004.
- ARNOLD, Marcelo / OSORIO, Francisco; “Introducción a los conceptos básicos de la teoría general de sistemas”. Departamento de Antropología. Universidad de Chile. 1998. Disponible <http://rehue.csociales.uchile.cl/publicaciones/moebio/03/frames45.htm>
- FEIJOÓ SANCHEZ, Bernardo; “¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?”, en Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación, Ara, Lima, 2007
- GARCIA AMADO, Juan A., “¿Dogmática Penal Sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en Funcionalismo, Teoría de Sistemas y Derecho Penal, trabajo elaborado en el marco del proyecto de investigación DGICYTPB97-0859, Universidad de León. Disponible en: <http://www.geocities.com/jagamado/pdfs/jakobsartDEF.pdf>.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; “Teoría de Sistemas y Derecho Penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal”, en Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación, Ara, Lima, 2007.
- LUGO GONZÁLEZ, Alfredo; “El estructuralismo, el funcionalismo y su método”, en Epistemología, del 17/01/ 2003. Disponible en <http://www.sappiens.com>
- LUHMANN, Niklas; “El Derecho como sistema social”, en Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación, Ara, Lima, 2007.
- JAKOBS, Günther, “Sociedad, norma, persona; en una teoría de un Derecho penal funcional”, traducida por Cancio Meliá y Bernardo Feijoó, en Cuadernos de

conferencias y artículos N° 13, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1996.

- JAKOBS, Günther, “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, en los Desafíos del Derecho penal en el Siglo XXI, Libro homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs, Ara, 2005
- JAKOBS, Günther, “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, en Teoría de Sistemas y Derecho Penal, Fundamentos y Posibilidad de Aplicación, Traducción a cargo de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Carlos Gómez-Jara Díez., Ara, Lima, 2007.
- LUJAN TÚPEZ, Manuel Estuardo, “Razones para la aplicación transfuncional de la norma jurídica en el ordenamiento legal peruano”, trabajo de habilitación para acceso a la docencia ordinaria de la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO), Trujillo, 2007
- MADRIGAL LOYOLA, Sonia Carolina; “Teoría General de los Sistemas”; México, 2000. Disponible en <http://www.tuobra.unam.mx>
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / PERDOMO TORRES, Jorge; “Funcionalismo y Normativismo. Una introducción a la obra de Günther JAKOBS” en Los Desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs, Ara, Lima, 2005.
- SOLANO, Ronald; “Teoría de Sistemas”, 2006. Disponible en <http://www.fing.edu.pe>

Notas:

[*]Estuardo L. Montero Cruzes Egresado en Derecho por la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO). Trujillo-Perú. Apoyo Académico en la cátedra de Derecho Penal IV (2007) de la misma casa de estudios. E-mail: reyleo018@hotmail.com

[1] LUGO GONZALES, Alfredo; “El estructuralismo, el funcionalismo y su método”, artículo publicado el 17/01/2003. El autor explica que “(e)l estructuralismo representa hoy una corriente de pensamiento muy vasta, variada y un poco difusa. No obstante indica cierta unidad y continuidad mínima, más fácil de describir como fenómeno cultural que de definir en términos sistemáticos. Esta corriente se origina en los nuevos conceptos lingüísticos de Ferdinand de SAUSSURE. “La nueva ciencia separa al objeto lingüístico del hombre mismo para estudiarlo rigurosamente a la manera de las ciencias naturales y aún de las ciencias exactas, como un objeto propio dotado de una estructura interna cuyas leyes profundas pertenecen al dominio del inconsciente”.

El segundo principio del estructuralismo sostiene que la lengua es un sistema de relaciones internas entre los signos que tiene un orden propio, cuyos elementos no se definen en sí mismos o en forma aislada, sino sólo por sus relaciones internas recíprocas. El nuevo método ha engendrado novedosos desarrollos en el campo de otras ciencias humanas, como la antropología estructural de LÉVI-STRAUSS, el psicoanálisis estructural de Lacan, la psicología de PIAGET, la epistemología de FOUCAULT y las mitologías DE BARTHES, quien con JAKOBSON han fundado una teoría estructural de la literatura.

El pensamiento estructuralista se inscribe dentro del holismo: el reconocimiento de que un todo no es la suma de sus partes sino una totalidad regida por relaciones internas que constituyen una estructura. Estructura puede ser la disposición de un todo en partes y la solidaridad con que se condicionan; un orden de entidades: totalidad, transformación y autorregulación; un sistema en donde una modificación de un elemento implica la de los demás. El estructuralismo toma lo real, lo descompone y luego vuelve a recomponerlo.

Los principios fundamentales del estructuralismo son: Descubre detrás de las cosas una unidad que no podía revelar la descripción de los hechos. Cambia de nivel de observación y considera más acá de los hechos empíricos las relaciones que los unen. Señala que estas relaciones son más sencillas y mejor inteligibles que las cosas entre las que se establecen.”

[2] ARIAS EIBE, Manuel; “Bases sociológicas del funcionalismo penal contemporáneo”, Apartado II y ss.

[3] SOLANO, Ronald, “Teoría de Sistemas”, 2006.

[4] ARNOLD, Marcelo / OSORIO, Francisco; “Introducción a los conceptos básicos de la Teoría General de Sistemas”, op. cit. apartado V. 9. Entropía: es la tendencia de los sistemas a desgastarse, a desintegrarse, para el relajamiento de los estándares y un aumento de la aleatoriedad. La entropía aumenta con el correr del tiempo. Si aumenta la información, disminuye la entropía, pues la información es la base de la configuración y del orden. De aquí nace la negentropía, o sea, la información como medio o instrumento de ordenación del sistema.

[5] ARNOLD, Marcelo / OSORIO, Francisco; “Introducción a los conceptos básicos de la Teoría General de Sistemas”, op. cit., apartado V. 16. Homeostasia: es el equilibrio dinámico entre las partes del sistema. Los sistemas tienen una tendencia a adaptarse con el fin de alcanzar un equilibrio interno frente a los cambios externos del entorno.

[6] MADRIGAL LOYOLA, Sonia C.; “Teoría General de los Sistemas”, México, 2000.

Debemos entender por “Entradas” los ingresos del sistema que constituyen la fuerza de arranque que suministra al sistema sus necesidades operativas. Estas pueden ser:

- en serie: es el resultado o la salida de un sistema anterior con el cual el sistema en estudio está relacionado en forma directa.
- aleatoria: es decir, al azar, donde el término “azar” se utiliza en el sentido estadístico. Las entradas aleatorias representan entradas potenciales para un sistema.
- retroacción: es la reintroducción de una parte de las salidas del sistema en sí mismo.

Por “Salidas” debe entenderse, los resultados que se obtienen de procesar las entradas. Al igual que las entradas estas pueden adoptar la forma de productos, servicios e información.

Las mismas son el resultado del funcionamiento del sistema o, alternativamente, el propósito para el cual existe el sistema.

Las salidas de un sistema se convierte en entrada de otro, que la procesará para convertirla en otra salida, repitiéndose este ciclo indefinidamente.

[7] LUJAN TÚPEZ, Manuel E. “Razones para la aplicación transfuncional de la norma jurídica en el ordenamiento legal peruano”, UPAO, p. 21. “FOROTAYEV A., MALKOV A., KHALTOURINA D. Introduction to Social Macrodynamics: Compact Macromodels of the World System Growth. Moscow: URSS, ISBN 5-484-00414-4, 2006.”

[8] ARIAS EIBE, Manuel; “Bases sociológicas del funcionalismo penal contemporáneo”, Apartado III y ss.

[9] ARNOLD, Marcelo / OSORIO, Francisco; “Introducción a los conceptos básicos de la Teoría General de Sistemas”, op. cit, apartado V.18.

[10] ARIAS EIBE, Manuel; “Bases sociológicas del funcionalismo penal contemporáneo”, Apartado IV y ss.

[11] LUJÁN TÚPEZ, Manuel E.; “Razones para la aplicación transfuncional de la norma jurídica en el ordenamiento legal peruano”, Trabajo de habilitación para acceso a la docencia ordinaria, op. cit., p. 32 y ss.

[12] GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Teoría de Sistemas y Derecho Penal: Culpabilidad y Pena una teoría constructivista del Derecho Penal”, En Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación. Ara, Lima, 2007, p. 472.

[13] Según la Wikipedia, la autopoiesis (del griego αυτο-, auto, “sí mismo”, y ποιησις, poiesis, “creación” o “producción”), es un neologismo propuesto en 1971 por los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela, para designar la organización de los sistemas vivos. Una descripción breve sería decir que la Autopoiesis es la condición de existencia de los seres vivos en la continua producción de si mismos.

[14] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La Normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?”, en Teoría de Sistemas y Derecho Penal, Fundamentos y posibilidad de aplicación, Ara, Lima, 2007, p.241. “Esto no quiere decir que el hombre sea valorado como algo menos importante en comparación con los aportes tradicionales. Quien piense esto no ha comprendido el cambio de paradigma en la teoría de sistemas.”

[15] Pero a la vez admite la dependencia de estos para que exista la misma. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo; “La Normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?”, op. cit. p. 542. “La sociedad, por tanto, presupone la existencia de seres humanos en la medida que “es impensable una sociedad sin seres humanos” y está condicionada en su configuración por

acciones humanas, pero éstos no son parte de la sociedad, sino que sistemas psíquicos y sistemas sociales son radicalmente independientes.”

[16] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La Normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?”, op. cit., p.542.

[17] FEIJOO SANCHEZ, Bernardo; “La Normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?, op. cit. p. 538.

[18] GARCIA AMADO, Juan A., “¿Dogmática Penal Sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en Funcionalismo, Teoría de Sistemas y Derecho Penal, trabajo elaborado en el marco del proyecto de investigación DGICYTPB97-0859, universidad de León, p. 237 y ss.

[19] GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos; “Teoría de Sistemas y Derecho Penal: Culpabilidad y Pena en una teoría constructivista del Derecho Penal”, op. cit., p. 475. el autor refiere que “son “selecciones” porque ahí radica su diferencia con los otros planteamientos que dividen en “actos“. La “selección”, además, da pie a introducir la segunda aportación fundamental: la teoría matemática de la comunicación de SHANNON/WEAVER, donde a diferencia de las teorías tradicionales de emisor / receptor / canal, se aprecia con claridad la introducción del observador en el proceso de la comunicación. Así, partiendo de que la información es la selección de una noticia de entre una cantidad de noticias igualmente seleccionables, se puede afirmar que la información es una selección actualizada de otras posibilidades de selección actualizables.”

[20] LUJAN TÚPEZ, Manuel, “Razones para la aplicación transfuncional de la norma jurídica en el ordenamiento legal peruano”, op.cit., p. 35.

[21] GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos; “Teoría de Sistemas y Derecho Penal: Culpabilidad y Pena en una teoría constructivista del Derecho Penal”, op. cit., p. 477.

[22] GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos; “Teoría de Sistemas y Derecho Penal: Culpabilidad y Pena en una teoría constructivista del Derecho Penal”, op. cit., p. 477 y ss.

[23] Los acoplamientos estructurales proporcionan interpenetraciones e irritaciones. Por “interpenetración” debe entenderse que un sistema autopoietico presupone las realizaciones complejas de la autopoiesis de otro sistema y puede tratarlas como una parte del propio sistema. Y el último, “irritación”, debe entenderse que un sistema autopoietico percibe en su propia pantalla perturbaciones, ambigüedades, decepciones e inconsistencias y lo hace en formas tales que puede continuar operando.

[24] LUJAN TÚPEZ, Manuel, “Razones para la aplicación transfuncional de la norma jurídica en el ordenamiento legal peruano”, op.cit., p. 35.

[25] FEIJOO SANCHEZ, Bernardo; “La Normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?, op. cit. p. 545.

[26] LUHMANN, Niklas, “El Derecho como sistema social”, en Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y Posibilidad de Aplicación, Ara, Lima, 2007, p. 103 y ss.

[27] LUHMANN, Niklas, “El Derecho como sistema social”, op.cit., p. 104.

[28] Entiéndase por complejidad, al conjunto de todos los sucesos posibles, y abarca el campo ilimitado de mundos posibles. Ese campo de posibilidades que se denomina complejidad se presenta como un caos.

[29] LUJAN TÚPEZ, Manuel, “Razones para la aplicación transfuncional de la norma jurídica en el ordenamiento legal peruano”, op.cit., p. 35.

[30] FEIJOO SANCHEZ, Bernardo; “La Normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?”, op. cit. p. 550.

[31] LUHMANN, Niklas, “El Derecho como sistema social”, op.cit., p. 104 y ss.

[32] FEIJOO SANCHEZ, Bernardo; “La Normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?”, op. cit. p. 554.

[33] Debe entenderse por contingencia, algo que “podía ser de otra manera”.

[34] Las comunicaciones son definidas por García Amado interpretando a Luhmann como eventos que en cuanto dotados de sentido poseen un valor comunicativo y serán los componentes de la sociedad

[35] MONTEALEGRE LYNETT y PERDOMO TORRES, “Funcionalismo y Normativismo Penal”, en los Desafíos del Derecho penal en el Siglo XXI, Libro homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs, Ara, 2005, p. 30.

[36] MONTEALEGRE LYNETT y PERDOMO TORRES, “Funcionalismo y Normativismo Penal”, op. cit., p. 31.

[37] FEIJOO SANCHEZ, Bernardo; “La Normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?”, op. cit. p. 558.

[38] FEIJOO SANCHEZ, Bernardo; “La Normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?”, op. cit. p. 559.

[39] JAKOBS, Günther, “Sociedad, norma, persona; en una teoría de un Derecho penal funcional”, traducida por Cancio Meliá y Bernardo Feijoó, en Cuadernos de conferencias y artículos N° 13, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1996. p. 10 y ss.

[40] JAKOBS, Günther, “Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1997, p.9.

[41] GARCIA AMADO, Juan A., “¿Dogmática Penal Sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal” op.cit., p. 245.

[42] En contra de esta postura ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “¿Lesión de Bien Jurídico o Lesión de Deber? Apuntes sobre el concepto material del delito, Grijley, 2004, p. 18.

[43] JAKOBS, Günther, “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, en los Desafíos del Derecho penal en el Siglo XXI, Libro homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs, Ara, 2005, p. 147 y ss.

[44] FEIJOO SANCHEZ, Bernardo; “La Normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?, op. cit. p. 553.

[45] GARCIA AMADO, Juan A., “¿Dogmática Penal Sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”. op. cit., p. 245.

[46] JAKOBS, Günther, “Sociedad, norma, persona”, op. cit. p.11.

[47] JAKOBS, Günther, “Sociedad, norma, persona”, op. cit. p.11.

[48] JAKOBS, Günther, “Sociedad, norma, persona”, op. cit. p.15.

[49] GARCIA AMADO, Juan A., “¿Dogmática Penal Sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, op. cit., p. 234.

[50] JAKOBS, Günther, “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, en Teoría de Sistemas y Derecho Penal, Fundamentos y Posibilidad de Aplicación, Traducción a cargo de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Carlos Gómez-Jara Díez., Ara, Lima, 2007, p.227.

[51] JAKOBS, Günther, “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, op. cit., p.228.