

DERECHO PENAL Y AUTOPOIESIS

Reflexiones acerca de los Sistemas Penales Sociológicos Cerrados

por Esiquio Manuel Sánchez Herrera¹

1. PRESENTACIÓN

En este trabajo abordo una cuestión sumamente problemática en el ámbito de la relación Derecho Penal y Sociología, la concerniente a la legitimación Sociológica del Derecho Penal a partir del pensamiento del sociólogo alemán Niklas Luhmann, y por supuesto, del penalista Gunther Jakobs, quien a la postre fundamenta en esencia su propuesta del sistema penal a partir de la sociología de Luhmann y la filosofía de Hegel.

En esa tarea, por lo complejo y extenso que puede ser la expedición, me limitaré exclusivamente al punto central de la fundamentación tanto de la concepción de la sociedad en Luhmann, como del sistema penal de Jakobs, en el concepto de autopoiesis.

Bien es sabido que Luhmann, toma el concepto de autopoiesis de las ideas de los científicos chilenos Humberto Maturana y F.J. Varela, quienes lo introducen en su explicación de la funcionalidad de los organismos vivos, en especial del hombre.

Luhmann, sostiene entonces que es posible extender tal concepto a la conciencia, y en especial, a la sociedad. Utiliza, precisamente, este término de autopoiesis para asentar sobre él la posibilidad de explicar de forma acertada la unidad del objeto de la sociedad.

La autopoiesis, será entonces, *prima facie*, el mecanismo por el cual la sociología puede explicar la unidad de su objeto mediante un concepto de origen científico.

Para Luhmann la sociedad es un objeto que se autodescribe, que debe

1 Profesor de Teoría del Delito de las Universidades Libre, Católica de Colombia, Caldas, Pontificia de Montería, Universidad del Sinú, y de las Especializaciones de Derecho Procesal Penal y Disciplinario de la Universidad Externado de Colombia. Ex Procurador Delegado ante la Corte Suprema de Justicia. Conjuez de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Actual Director Nacional de Defensoría Pública de Colombia.

ser construido bajo la égida de una configuración autológicamente que permite su autocontención. Por lo tanto su concepción de la sociedad es eminentemente cerrada, esto es, ella se auto-legítima a partir de sus elementos configuradores.

El sistema penal propuesto por Jakobs, también participa de esa idea, es decir, como sistema normativo social, el Derecho Penal tiene la facultad de a través de los fines de la pena garantizar la autoprotección social, mediante la garantía de prevención de defraudación de expectativas normativas se legitima el derecho a punir.

Luhmann y Jokobs, participan de la explicación unitaria de la sociedad, es decir piensan en una sociedad general, con unos elementos comunes que pueden ser predicados para todo el mundo globalizado. La sociedad, es conforme con sus pensamientos, uniforme.

Este trabajo de conceptualización teórica, pretende analizar si un sistema penal puede ser fundamentado desde adentro a partir de sus elementos configuradores internos, sin recurrir a principios y categorías externas al propio sistema penal, tal como lo propone Jakobs, asentado en la sociología de Luhmann y teniendo como base fundamental el concepto de autopoiesis.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El eje central de la investigación conceptual teórica que constituye nuestra misión, es resolver el siguiente interrogante:

¿Puede fundamentarse el Derecho Penal sociológicamente a partir de una concepción cerrada del sistema dogmático teniendo como soporte el concepto de autopoiesis?.

Para resolver tal cuestionamiento importa verificar si desde la percepción de los autores que introdujeron el concepto de autopoiesis al campo de la explicación de la vida, resultaba posible, viable y correcto extender dicho término a la sociología y al derecho penal.

Luego de verificada esa situación, importa establecer el Estado de la cuestión, en torno a la forma cómo Luhmann, entiende la autopoiesis y el concepto de sociedad, para posteriormente describir a grandes rasgos el sistema penal funcionalista sistémico normativista de Gunther Jakobs.

Se expondrán de forma sucinta las posturas a favor de Jakobs y aquellas que la critican, para luego identificar nuestra posición, y posteriormente concluir respondiendo el interrogante nuclear de este ensayo.

3. EL ESTADO DE LA DISCUSIÓN

3.1. El origen científico del concepto de autopoiesis

La autopoiesis es conocido como el proceso de la unidad celular, para Varela la célula bacteriana constituye el sistema viviente más simple porque posee la capacidad de producir, a través de una red de procesos químicos, todos los componentes químicos que conducen a la constitución de una unidad diferenciada y limitada.

La autopoiesis permite la constitución del sistema viviente, lo que se logra mediante un proceso de regeneración continuo y permanente de las células. Este proceso permite capturar el mecanismo que genera la identidad de lo vivo, de manera tal que, permite la diferenciación trascendental entre aquello que pertenece al mundo viviente y aquello que no.

El mismo Varela ha manifestado que “La biología celular contemporánea hace posible enunciar la caracterización de esta organización viva básica – una bio—lógica—como la de un sistema autopoietico (del griego: auto- producido) (Maturana y Varela, 1973, 1980). Un sistema autopoietico--- la organización viva mínima – es aquel produce continuamente los componentes que lo especifican, los cuales al mismo tiempo hacen efectivo (al sistema) como una unidad concreta en el espacio y tiempo, que a su vez hace posible la red de producción de componentes. Definido de una manera más precisa: un sistema autopoietico se organiza (se define como unidad) como una red de procesos de producción (síntesis y destrucción), de componentes, de manera que estos componentes: (i) se regeneran continuamente y hacen efectiva la red que los produce, y (ii) constituyen el sistema como la unidad distinguible en el dominio en el cual existen”².

La identidad de ese proceso permite su concepción universal la que debe ser lo suficientemente explícita, por lo tanto, esa identidad debe implicar una coherencia autogenerada, que facilite su concatenación básica de procesos que tenga la contundencia de superar o evitar las manifestaciones de cualquier tipo de perturbaciones.

2 Cfr. Varela, Francisco. “El fenómeno de la Vida”, Dolmen Ensayo, Santiago de Chile, 2000, página 54.

A partir de su especial modo de identidad, el sistema autopoiético enfrenta constantemente los encuentros como golpes, perturbaciones y acoplamientos, con su medio ambiente y los trata desde una perspectiva que no es intrínseca a los encuentros mismos.

Lo que Maturana y Varela han querido denotar con el proceso autopoiético es que aquello que es significativo para un organismo, está dado precisamente por su constitución como proceso distributivo, con una indisoluble unión entre los procesos locales en los que concurren interacciones (por ejemplo, las fuerzas físico-químicas actuantes en una célula) y la entidad coordinada que equivale a la unidad autopoiética, generando el adecuado manejo del medio ambiente sin necesidad de acudir a un agente central que mueva los controles desde afuera o un orden preexistente en una localización particular, como un programa genético que espera ser expresado.

Tal definición nos muestra que el sentido funcionalista de este proceso es eminentemente cerrado, no requiere de elementos ajenos percibidos del exterior, sino que tiene la virtualidad de la autoregeneración de sus propios elementos configuradores.

La especificidad de la autopoiesis en Varela participa de seis ideas fundamentales, las que unidas, permiten la caracterización del concepto en estudio, y que aquí nos permitimos describir, así:

a) En toda unidad viviente la idea de la autonomía es fundamental, por lo tanto hay que identificar la caracterización de esa unidad.

b) La caracterización de la unidad viva mínima no puede llevarse a cabo exclusivamente sobre la base de componentes materiales. De ahí que, también interese de manera especial, la descripción de la organización de lo vivo como proceso configurado.

c) La organización de lo vivo es esencialmente un proceso de configuración de su identidad.

d) “El proceso de constitución de identidad es circular: una red de producciones metabólicas que, entre otras cosas, producen una membrana que hace posible la existencia misma de la red. Esta circularidad fundamental es por lo tanto una autoproducción única de la unidad viviente a nivel celular. El término autopoiesis designa esta organización mínima de lo vivo”³.

3 Cfr. Varela, *ibídem*, página 434.

e) La interacción de la identidad de ese sistema autopoietico se presenta a partir de su estructura físico – química, sino también en referencia a su identidad autoproducida.

f) La identidad del sistema hace predicable la evolución a través de series reproductivas con variación estructural con mantenimiento de esa identidad. De esta manera, la constitución identitaria de una persona precede, empírica y lógicamente ese proceso de evolución.

En fin, según el propio lenguaje de los modernos creadores del término, éste reposa sobre una conceptualización circular y autorreferencial de los procesos biológicos, con una dimensión autónoma.

Pero qué piensa Varela acerca de la propensión por parte de varios autores de extender el concepto más allá del área en el que surgió y evolucionó, esto es, la caracterización de organización de los sistemas vivos en su expresión mínima. La verdad este autor se muestra bastante escéptico, sobre todo en relación con posturas que lo extienden al ámbito de las ciencias humanas, en especial la sociología, así se ha expresado este científico:

“Pienso que en estos casos la *autopoiesis* aparece jugando un rol metafórico, o más precisamente, *metonímico*. Esta tendencia ya se planteaba en el prefacio que Stafford Beer escribiera en 1972, donde afirma que es “evidente” que la idea puede extenderse para caracterizar un sistema social. Ya en esa época tenía yo una posición escéptica al respecto, como lo señala el mismo Beer.

En los años que siguieron, este uso metonímico tomó fuerza en dominios tan diversos como la sociología, en los escritos del famoso sociólogo alemán Niklas Luhmann, la teoría jurídica, la teoría literaria, así como una extensa literatura en el campo de la terapia familiar sistémica. Toda esta profusión de interés ha sido para mí fuente de sorpresa. Después de años de escuchar los argumentos y los usos de la idea en varios de estos campos, he llegado a algunas conclusiones generales de las que quiero dejar constancia brevemente.

Quiero distinguir en esta literatura secundaria dos modos de transposición de la idea original: (1) una utilización literal o estricta de la idea (2) una utilización por continuidad. Con el primer modo me refiero al hecho que ha habido intentos repetidos de caracterizar, por ejemplo, una familia como un sistema autopoietico, de manera que la noción se aplique en este caso estrictamente. Estos intentos se fundan,

en mi opinión, en un abuso del lenguaje. En la idea de autopoiesis las nociones de red de producciones y de frontera tiene un sentido más o menos preciso. Cuando la idea de una red de procesos se transforma en “interacciones entre personas”, y la membrana celular se transforma en el “borde” de un grupo humano, se incurre en un uso abusivo..... Después de todos estos años mi conclusión es que una extensión a niveles “superiores” no es fructífera y que debe ser dejada de lado, aun para caracterizar un organismo multicelular”⁴.

Como conclusión previa, podemos asentar que el concepto de autopoiesis surgió en la biología y la anatomía, gracias a los importantes aportes de los científicos chilenos Maturana y Varela, quienes lo definen como el proceso de la unidad celular, en virtud del cual una red de procesos de producción y de componentes se regeneran de manera continua y permanente, haciendo efectivo la red que precisamente los genera. Este proceso caracteriza los patrones básicos de los seres vivos.

En especial, Varela, ve con mucha preocupación y escepticismo la extensión del concepto, a los ámbitos sociológicos a los que lo llevó Luhmann, asentando que tal forma de pensar, no es más que un uso abusivo del lenguaje.

3.2. Autopoiesis y Sociedad en Niklas Luhmann

La vida, la conciencia y la sociología tienen en común, en que cada uno de sus sistemas presupone al otro como parte integrante de su entorno. Los sistemas de esta índole pueden manifestarse mediante la forma de un sistema dinámico o hasta uno autopoietico, lo que los diferencia son los diversos elementos configuradores, lo que imposibilita, según lo expresa el mismo Luhmann, que hagan parte de un sistema autopoietico englobante.

El llevar la autopoiesis al campo sociológico implica, de suyo, concebir la sociedad como una unidad recursiva, es decir, ser ella misma capaz de reproducir los elementos de los que consiste por medio de los elementos de los que consiste.

La forma autopoietica de los sistemas parte de la idea de sistemas autorreferencialmente cerrados, con la capacidad de autogenerarse desde adentro, en esto se identifican plenamente tanto Maturana y Varela como Luhmann. El sistema social se establece mediante la producción de sus propios elementos como la especie de una realidad operativamente cerrada.

4 Cfr. Varela, *ibídem*, páginas 441 y 442.

La sociedad se autocontiene y se autodescribe, en la forma de sistema autopoietico.

En palabras de Luhmann “la sociedad es el sistema que engloba todas las comunicaciones, aquel que se reproduce autopoieticamente mediante el entrelazamiento recursivo de las comunicaciones y produce comunicaciones siempre nuevas y distintas. La emergencia de un sistema tal incluye comunicaciones – ya que éstas sólo son susceptibles de continuarse internamente – y excluye todo lo demás. La reproducción de un sistema así exige, pues, la capacidad de discriminar entre sistema y entorno. Las comunicaciones pueden reconocer comunicaciones y distinguirlas de otros estados de cosas que pertenecen al entorno, en el sentido de que es posible comunicarse acerca de ellos pero no con ellos”⁵.

Es el lenguaje el elemento fundamental que sirve al acoplamiento entre comunicación y conciencia, mediante éste se mantiene en estado de separación al sistema psíquico de la conciencia con la comunicación y de esa misma forma, a la sociedad con el individuo.

En esta forma compleja de entender la sociedad, ocupa un papel significativo el concepto de persona.

En efecto, persona en Luhmann, no es un concepto equivalente a sistema psíquico, pues en ambos términos existen unas diferencias sustanciales que vienen dadas por la misma forma en que operan en la sociedad. La forma de los sistemas psíquicos es la distinción entre autorreferencia y heterorreferencia, en cualquier caso este concepto luhmasiano no pretende expresar ni identificarse con la singularidad individual de la naturaleza concreta del individuo de carne y hueso, del ser humano, sino que su sentido es el de status, en forma colectiva.

La forma de la persona sirve exclusivamente para la autoorganización del sistema social, para resolver el problema de la doble contingencia limitando el repertorio de conducta de los participantes. Pero esto no quiere decir que ella sólo actúe como una ficción comunicativa y carezca de significado psíquico. Sistemas psíquicos y sociales operan, ciertamente, como sistemas separados y operativamente cerrados⁶.

5 Cfr. Luhmann, Niklas. “Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia”. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco, Editorial Trotta, Madrid, 1998, página 59.

6 Cfr. Luhmann, complejidad y modernidad, ibídem, página 242.

En Luhmann la sociedad no está integrada ni compuesta por individuos, sino de comunicaciones. Todo individuo es un sistema psíquico y biológico de naturaleza autopoietica que es diferente al sistema social.

Luhmann plantea la autolegitimación del sistema social, pues la legitimación de las actuaciones de un sistema habrá ser producto del mismo sistema y no venir dada desde afuera. Con razón señala García Amado que “ la teoría de Luhmann implica uno de los más radicales cuestionamientos del paradigma kantiano: la creencia en una conciencia subjetiva cognoscente como sede ultima del conocimiento... El sentido delimitador de cada sistema es exclusivo de él, pues un sentido común a varios sistemas significaría eliminar la diferencia entre ellos, fundirlos en uno sólo”⁷.

3.3. El Derecho y la Autopoiesis

Teubner analiza el concepto de Derecho en el pensamiento de Luhmann, bajo los siguientes parámetros “el Derecho se define como un sistema social autopoietico, esto es, como una red de operaciones elementales que recursivamente reproduce operaciones elementales... El carácter autorreproductivo del Derecho como un proceso social sólo se vuelve inteligible si se escogen las comunicaciones como los elementos básicos del Derecho. El Derecho como sistema social autopoietico no está compuesto ni por normas ni por legisladores, sino por comunicaciones jurídicas, definidas como la síntesis de tres selecciones de sentido: participación, información y comprensión”⁸.

El concepto del Derecho es entendido por Luhmann como un proceso autopoietico, en virtud del cual el mismo sistema genera una especie de red comunicativa que a su vez produce comunicaciones de índole jurídicas. Esas comunicaciones jurídicas son elementos cognitivos a través de los cuales el Derecho como sistema social percibe el mundo.

Esto no quiere decir que mediante el Derecho se pueda acceder al mundo real externo, pues ello no le compete al Derecho, a éste sólo le incumbe comunicar algo referido a la naturaleza o a la sociedad. El Derecho construye desde adentro a partir de su sistema autorreferencial su propio mundo externo.

7 Cfr. García Amado, Juan Antonio. *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 5, Bogotá, 1997, pagina 148.

8 Cfr. Teubner, Gunther. “El Derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructiva del Derecho”. Trad, a cargo de Carlos Gómez –Jara Díez.

En Luhmann, siempre ha habido una distinción entre sistema psíquico y sistema social, para no integrarse en un proceso autopoiético con la capacidad de comprenderlo a los dos de forma integral, por tanto el Derecho como sistema comunicativo no es accesible a los procesos psíquicos de los operadores jurídicos. Empero, tampoco el Derecho tiene acceso a los procesos psíquicos.

Repitiendo lo ya dicho: si hablamos de actores humanos en el Derecho, tenemos que distinguir cuidadosamente entre la producción autopoiética de la conciencia humana, esto es, la realidad operativa de los procesos psíquicos, y la reproducción autopoiética de la vida social del Derecho, en la cual los actores humanos no son elementos sino realidades sociales construidas⁹.

3.4. Educación y Socialización en un sistema autopoiético

En Luhmann, la educación es comprendida como un dispositivo de sistemas sociales especializados en la transformación de personas. La socialización implica autosocialización con ocasión de la red de comunicación social de que se vale el proceso autorreferencial, por su parte la educación se manifiesta como la preparación comunicativa misma, cuya singularidad viene caracterizada por dos puntos de vista:

a) La educación siempre responde al cumplimiento de una finalidad en su producción. Ella tiene un sentido pedagógico, apoyada en especiales contextos sociales como la familia o las escuelas, entre otros. Por tal motivo, la consecución de logros en el proceso educativo, depende del apoyo de dispositivos sociales que tengan la capacidad de desvirtuar el fracaso del proceso, por lo que la familia y la misma institución educativa cumplen una importante labor en la realización de metas formativas, muy superiores a los que cumplen, por ejemplo los educadores.

b) La educación se vale del sistema psíquico como simple instrumento de realización de la meta. “Aunque se deseara una educación para la libertad, la educación no puede hacer depender la elección de la conducta de la autorreferencia del sistema psíquico; ella no puede conceder que las formas de conducirse vayan aconteciendo diversamente, según las circunstancias en la que el sistema se encuentre como resultado de sus reacciones anteriores”¹⁰. Ello significa sin más, que el proceso de educación no está condicionado por la actitud personal del educador.

⁹ Cfr. Teubner, Gunther. “El Derecho como sujeto... ibídem.

¹⁰ Cfr. Luhmann, Niklas. Complejidad y Modernidad, ibídem, página, 253.

3.5. El Sistema Penal Sistémico Normativista Funcionalista de Gunther Jakobs

La idea central de la dogmática sistémico normativista que propone el Profesor de la Universidad de Bonn, Gunther Jakobs, es que el mundo conceptual jurídico- penal ha de organizarse con arreglo a la misión social del Derecho penal y no conforme a datos previos naturales, u ontológicos, o de cualquier otra índole extraños al concepto de sociedad, entendido comunicativamente.

El Derecho penal tiene ligada su misión a la función que incumbe a la pena estatal, el contenido y la función de ésta no se pueden configurar con independencia de la existencia del orden en el que ella se impone, ni de la comprensión de su sentido comunicativo. La pena surge como la reacción necesaria ante una comunicación defectuosa que infringe las expectativas normativas. Mediante la imposición de la pena se pone de manifiesto que ha de cumplirse y acatarse el mandato normativo.

La pena se justifica como reacción demostrativa de que el agente ha incumplido la norma. Derecho, delito y pena, son circunstancias que manifiestan un problema eminentemente normativo: de la asignación de un suceso perturbador a quien ha de soportar aquellas consecuencias que resultan pertinentes para eliminar la perturbación, restableciendo la vigencia de la norma.

El Derecho Penal mediante la función preventivo general positiva de la pena restablece la confianza que la sociedad tiene en sus normas. El Derecho Penal sanciona los contactos sociales defectuosos, pues ellos son demostrativos de la defraudación de una expectativa normativa, que mediante la imposición de la pena recobra su mantenimiento y vigencia.

Habida cuenta de que los individuos viven en mundo ya configurado, una decepción específica en sede de los contactos sociales afecta a aquellas expectativas que devienen de la pretensión frente a la otra parte de que respetará las normas vigentes, pudiendo, de esa manera, la pretensión contradecir al juicio cognitivo.

El fundamento de la punición puede estar soportado en el hecho de que los individuos pertenecen a una organización o porque las personas desatienden los especiales deberes que las instituciones imponen para que la sociedad funcione debidamente. Jakobs, lo explica de la siguiente manera “ Por una parte es necesaria

una expectativa de que todos mantengan en orden su círculo de organización, para que no se produzcan efectos exteriores mediante los que podrían resultar dañados otros. La estabilidad de esta expectativa no es imprescindible sólo porque nadie puede dominar todos los círculos de organización en conjunto, sino también porque, debido al derecho a la propia organización respectiva, a nadie le está permitido jurídicamente dominar de una manera tan amplia. Esta expectativa tiene un contenido exclusivamente negativo: los círculos de organización deben permanecer separados. La decepción de la expectativa conduce a delitos que se denominan delitos de dominio o delitos en virtud de la responsabilidad por organización. Por otra parte, es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir, que las instituciones están en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares. La decepción de esta expectativa conduce a delitos de infracción de un deber o delitos en virtud de la responsabilidad institucional”¹¹.

El sistema que propone Jakobs, es contrario a la teoría del bien jurídico, pues en su sentir al derecho penal no le interesa toda vulneración perjudicial para un bien en tanto que situación valorada positivamente, sino que su tarea esencial es la protección y aseguramiento del respeto de las expectativas normativas. El contenido expresivo de un comportamiento humano de no respetar la valoración positiva que expresa la norma es el objeto de interés para el derecho penal. Lo que constituye el objeto de interés en el homicidio, por ejemplo, no es la producción de la muerte de una persona, sino la oposición subyacente de esa conducta a la norma que valora la vida y que lo estima como evitable.

La norma obliga a elegir la organización a la que no siguen daños, pero el autor se organiza de modo que causa daño imputablemente: su proyecto de conformación del mundo se opone al de la norma. Sólo este punto de vista eleva el bien jurídico penal a la esfera en que se desarrolla la interacción social que interesa al Derecho Penal: la esfera de la significación del comportamiento delictivo en tanto que negación del significado de normas y el reforzamiento de perseverar en el significado

¹¹ Cfr. Jakobs, Gunther. “Derecho Penal- Parte General- Fundamentos y teoría de la imputación”. Traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A, Madrid, 1995, página 11. Sigue diciendo Jakobs, que “El significado de la pena. La infracción de la norma no representa un conflicto penalmente relevante por sus consecuencias externas, ya que el Derecho Penal no puede sanar tales consecuencias. La pena no determina la reparación del daño; además muchas infracciones de la norma se completan antes de que se produzca un daño exterior, como sucede con los delitos que tienen carácter material de tentativa y, por lo demás, siempre en la tentativa y la preparación”, página 12.

de la norma por medio de la reacción punitiva¹².

El delito niega la vigencia normativa y la pena niega la negación de la norma, restableciendo la vigencia normativa. El sistema es circular y autorreferencial, en tanto lo que se pretende con la finalidad de prevención general positiva que se le asigna a la pena, es recobrar la vigencia y permanencia de aquella expectativa normativa que resultó defraudada con el reato. En este sentido el sistema propuesto por Jakobs, se asienta en un modelo de proceso autopoiético.

El concepto de persona en el pensamiento del autor en estudio, está referido exclusivamente a capacidad jurídica, esto es, sólo es persona quien puede disfrutar de unos derechos y prerrogativas, y además quien tiene la obligación de soportar unos deberes.

La persona como concepto alude al conjunto de restricciones de posibilidades de comportamiento atribuida individualmente. Persona es una construcción comunicativa referida a expectativas sociales.

Este es un concepto funcional limitado al de persona en derecho. La sociedad es comprendida normativamente con fundamento en la comunicación social orientada estructuralmente. En este contexto la persona se define a través de sus derechos y deberes, sin atender a su mundo psíquico. El individuo no es persona, la persona es un individuo con capacidad de disfrute de derechos y cumplir deberes jurídicos.

En las sociedades modernas, diferenciadas funcionalmente, cualquiera puede en principio elegir sus inclinaciones (formación, economía, religión, etc.) lo cual, por razón de las mezclas – nadie puede estar siempre incluido en todas partes-, conduce a perfiles de personalidad no asegurados, faltos de esclarecimiento. Un mínimo de inclusión es indispensable para poder seguir incluyéndose (al que teniendo escasa formación carezca de vivienda y dinero le resultará difícil imponer su derecho); los que están fuertemente excluidos pierden su rol de personas y son devueltos a su corporalidad¹³.

En su concepción del delito Jakobs, parte de las siguientes ideas: la acción es un acto comunicativamente relevante, por lo tanto la acción es un elemento que se

12 Cfr. Jakobs, Gunther. *Derecho Penal*, ibídem, página 46.

13 Cfr. Jakobs, Gunther. “Personalidad y exclusión en Derecho Penal”. Traducción de Teresa Manso Porto. Conferencia leída el 31 de agosto en la Corte Suprema de Justicia de Perú.

predetermina socialmente y de modo ajena a la concepción personal del individuo. La imputación determina a qué personas ha de castigarse para el logro de la estabilización de la norma. De ahí que la imputación desarrolla los conceptos de comportamiento del sujeto, entendido comunicativamente, infracción de la norma y culpabilidad.

La relevancia de la acción, depende de los presupuestos jurídicos de la imputación, de esta manera esa acción se convierte en un concepto que está relacionado a la imputación relevante en cada caso. De ahí que Jakobs, sostenga que sólo es acción al hecho enteramente imputable, esto es, culpable. Es acción aquello que es no culpable. La acción no se configura a partir de aspectos externos como en los causalistas, sino desde el punto de vista social, es decir, a partir de su relación de sentido con la norma. La ejecución del hecho por parte del autor muestra su actitud frente a la norma.

La acción es cuestión de imputación, pues un acto no llega a ser expresión de sentido individual, teniendo como fundamento a la percepción psíquica y personal de ese individuo, sino mediante el entendimiento por parte de éste que él es un sujeto social y como tal responsable de las consecuencias de su organización.

En Jakobs, existe una comunidad entre acción y omisión. “A partir del concepto... de acción como causación evitable del resultado y del concepto de omisión correlativo como no evitación evitable de un resultado, se puede formar un supraconcepto de comportamiento que en la respectiva diferencia de resultado, evitable, abarque la comunidad entre actuar y omisión. Ejemplo: el que alguien cause evitablemente la muerte de otro, o no impida, de modo evitable (dolosa o imprudentemente), las condiciones suficientes, por otro origen ya existentes, de la muerte, a pesar de la diferencia entre acción y omisión, coinciden en la diferencia evitable entre las respectivas alternativas; se trata precisamente de la diferencia entre la vida y la muerte. Por expresarlo en una fórmula: Conducta es la evitabilidad de una diferencia de resultado”¹⁴.

El tipo como elemento configurador del delito, alude a lo no tolerable socialmente. Hay tantos tipos penales como formulaciones de diversas acciones en el derecho positivo. Para que exista un tipo penal debe darse primero los elementos de una acción injusta y la ausencia de elementos de justificación. Por lo tanto, el tipo de injusto es el conjunto de los elementos con los cuales se define un comportamiento

14 Cfr. Jakobs, Gunther. *Derecho Penal*, ibídem, página 177.

como tolerable en un concepto de justificación.

El tipo total de injusto estaría integrado por el tipo de injusto, esto es, conjunto de elementos que determinan que un comportamiento es no tolerable socialmente, y por el tipo de justificación, es decir, conjunto de elementos que permiten descartar la justificante.

También existe un tipo de culpabilidad, que se encuentra constituido por los elementos positivos de la culpabilidad, esto es, por aquellos que permiten su predicación, y por aquellos presupuestos que descartan las causales de exculpación. Hay culpabilidad cuando no hay inculpabilidad.

La tipicidad comprende al tipo objetivo y subjetivo. El tipo objetivo corresponde a la parte externa del reato y con él surge el delito como expresión social y por lo tanto también penalmente relevante. El tipo objetivo constituye el objeto respecto del cual el tipo subjetivo se manifiesta. En la configuración del delito, se debe verificar en primer lugar si están presentes algunos efectos externos de alguna acción, lo que constituye el tipo objetivo, posteriormente, se verificará si esos efectos constituyen la realización de una acción determinadas por los mismos, este es el campo del tipo subjetivo.

La posición de garante es fundamento de atribución de responsabilidad tanto para los delitos de acción como para los omisivos. De esa manera, sostiene Jakobs, que es indiferente para el derecho penal que un conductor atropelle conscientemente a un peatón con un vehículo acelerando (acción) o no frenando (omisión). Por tanto, el criterio rector para soportar el juicio de responsabilidad en los delitos de comisión es que el autor, por ser causante, amplía su ámbito de organización sin consideración a otras personas y a costa de éstas. “En definitiva, no sólo el autor de la omisión, sino también el de la comisión debe ser garante si es que ha de responder de un delito de resultado mediante comisión”¹⁵.

Jakobs, respecto de la teoría de la imputación objetiva ha propuesto prestarle mayor atención a la primera parte de la misma, para no concebirla principal y generalmente como imputación del resultado, sino como imputación a la conducta típica, con lo cual tal teoría desde su perspectiva tiene como misión la revisión de la teoría del tipo objetivo.

15 Cfr. Jakobs, Gunther. *Derecho Penal*, ibídem, página 259.

De ahí que la conducta típica sea delimitada, con ajenidad de aspectos fáctico- naturales o psíquicos y de accidentes particulares de la infracción, poniendo el acento eso sí en el sentido normativo de la conducta, es decir, en su significado objetivo típico. La imputación al resultado sólo sería de interés en el ámbito de los delitos de resultado.

En el contexto del primer componente de la imputación objetiva, la imputación de la conducta, se analizan tres criterios rectores, los cuales en sentido progresivo de lo genérico a lo específico, terminan por establecer, de no darse su constatación, la afirmación de la imputación del tipo objetivo de un delito a un autor. Esos criterios o instituciones jurídicas son: el riesgo permitido, la prohibición de regreso y la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima.

El riesgo permitido determina que el comportamiento adecuado socialmente no se puede atribuir como delictivo, ni aun cuando ese acto genere efectos dañosos por alguna circunstancia. El aspecto valorativo del riesgo permitido no tiene en cuenta únicamente su magnitud, sino especialmente la utilidad y el perjuicio, con atención a presupuestos jurídicos. Mantenerse dentro del riesgo permitido, excluye la imputación de la conducta al autor. Ello es así, por cuanto en el riesgo permitido, las acciones que se analizan no suponen la defraudación de expectativas, la permisibilidad de ellas, es razón indispensable para el mantenimiento de la comunicación social.

El principio de confianza también opera como excluyente de la imputación. Es un criterio de exclusión de la imputación que funciona como supuesto particular tanto del riesgo permitido como de la prohibición de regreso. Se parte de la idea de que se puede confiar en que los demás ciudadanos se van a comportar respetando las normas, toda vez que ello está garantizado por el Derecho, como ordenamiento jurídico vinculante en las relaciones sociales.

La confianza permitida parte de la idea de que a pesar que se tenga la experiencia de que otros individuos cometen errores en su vida, el derecho autoriza a confiar en que sus comportamientos van a ser correctos. Por tal motivo el principio de confianza genera una organización más razonable y propicia de los contactos interpersonales.

Está íntimamente, este principio, vinculado con la idea de una sociedad configurada con frecuentes contactos anónimos en la que es normal tanto el reparto de funciones como el de roles y trabajos. El fundamento normativo está en el principio

de autorresponsabilidad.

El principio de confianza como límite de la imputación jurídico-penal, ocupa un papel fundamental en aquellos fenómenos de división vertical y horizontal de trabajos, como presupuestos facticos, por lo tanto su carácter normativo proporciona parámetros de medición y autorización de comportamientos ajenos. Es necesario para la efectividad de las labores en organizaciones en las que hay trabajo conjunto, de forma horizontal o vertical, que impere el principio de confianza para tornar esa laborar más segura, efectiva y de mayor calidad.

El principio de confianza, entendido como criterio que sirve para determinar el alcance del deber de cuidado con respecto a terceras personas, no tiene un alcance ilimitado o contrafáctico. No siempre y en toda situación es posible confiar. Por ello en la práctica resulta decisivo determinar hasta dónde resulta permitido confiar en el comportamiento correcto de terceras personas¹⁶. Por tal motivo la doctrina señala como límites a este principio los siguientes: (i) Sólo le está permitido confiar al que se comporta de forma cuidadosa (ii), no se puede confiar cuando se evidencia un comportamiento antijurídico de un tercero y (iii), el principio de confianza carece de validez con respecto a terceros incapaces o inimputables¹⁷.

La prohibición de regreso, es concebida por Jakobs, aduciendo que el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, existe una prohibición de regreso cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida.

Por su parte, la actuación a riesgo propio de la víctima como criterio de imputación del comportamiento, determina normativamente hasta qué punto la conducta de la víctima incidió en la producción del actuar típico.

En la segunda fase de la imputación objetiva, realización del riesgo en el resultado, Jakobs, en relación con los delitos de resultado es del criterio de que el riesgo se realiza en el resultado cuando la producción del mismo surge de modo

16 Cfr. Feijoo Sánchez, Bernardo José. "Imputación Objetiva en Derecho Penal". Grijley, Lima 2002, página 308 y s.s.

17 Feijoo, *Ibidem*, página 309 y s.s.

planificable. Por tanto, señala el profesor de Bonn, sólo cabe determinar la conexión entre un comportamiento no permitido y un resultado si previamente se ha averiguado cómo puede producirse la orientación en la sociedad. Y lo explica de la siguiente manera:

“Por ejemplo, si el mundo se entiende como un orden, como un cosmos, forma parte de la orientación el que al producirse una perturbación de ese cosmos se deba contar con que prácticamente pueda producirse cualquier consecuencia, del mismo modo que es posible que sobrevenga una consecuencia cuando se modifica la situación en un organismo complejo. Los daños que de modo planificable son evitables y que aparecen como consecuencia de un comportamiento no permitido son debidos a ese comportamiento no permitido y pueden, por tanto ser explicados a través de éste. Los daños que no son evitables de modo planificable y que aparecen como consecuencia de un comportamiento no permitido se deben a una variación socialmente irrelevante del riesgo que entraña la vida y no pueden ser explicados a través de ese comportamiento no permitido; pueden deberse a otro comportamiento no permitido, o a una infracción de los deberes de autoprotección de la víctima o, en fin, simplemente a una situación desafortunada¹⁸”.

Como se acotó anteriormente, el injusto, es concebido por Jakobs no como expresión material de daño a bienes jurídicos, sino como negación y puesta en duda de la vigencia de las normas, esto es, en un sentido inmaterial y abstracto, de carácter comunicativo, demostrativo y simbólico.

Por su parte la culpabilidad en el pensamiento de Jakobs, viene fundamentada y limitada a partir del fin preventivo general de la pena; esa prevención es de carácter positivo y preferencial en la medida en que se materializa en el ejercicio de la fidelidad al derecho. La culpabilidad tiene como misión seleccionar, entre todas las verificadas, aquella condición jurídico- penalmente relevante del acto del agente causante de la defraudación de las expectativas normativas. Esa condición seleccionada se produce por un defecto en la motivación del autor, y es ello lo que precisamente permite imputarle la conducta defraudadora de las expectativas normativas.

4. CONCLUSIONES

Varios efectos se extraen de la contemplación de un sistema penal

¹⁸ Cfr. Jakobs, Gunther. “La imputación objetiva en Derecho Penal”, Trad, Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1996, página 180 y 185.

fundamentado sociológicamente mediante la forma autopoiética, en especial, en lo que a la dogmática de Jakobs, se refiere, puede sostenerse lo siguiente:

- Una concepción del injusto fundada en el no reconocimiento de la vigencia de la norma impone una justificación de la sanción de la tentativa bajo los mismos términos que los que sustentan un delito consumado, pues ambos representan simbólicamente un quebrantamiento de la vigencia normativa. La prevalencia y distinción entre desvalor de acción y desvalor de resultado no representa ninguna consecuencia importante en la medida en que la trascendencia la asume por completo el concepto de defraudación de expectativa normativa o quebrantamiento de la vigencia de la norma.
- La sociedad impone al hombre, para que sea sujeto con capacidad de imputación, un conjunto de exigencias decisivas para garantizar el mantenimiento del sistema. Por lo tanto la imputación de la conducta no se hace depender de un dato psicológico del autor sino de la desatención o el incumplimiento de alguna de las exigencias decisivas normativas que la sociedad le ha atribuido.
- Las mayores controversias que suscita el planteamiento funcionalista sistémico -normativista viene dado por su falta de penetración político criminal, la renuncia a la consideración de circunstancias empíricas y sobre todo, lo concerniente a la fundamentación y legitimación del sistema. En torno al primer punto es dable mencionar que Jakobs no vincula en su propuesta contenidos ni orientaciones político criminales, y no lo hace porque parte de la base de que la función del Derecho penal es exclusivamente la estabilización del sistema que se alcanza a través del cumplimiento de las exigencias preventivo generales. Lo que importa en Jakobs, es la autoconservación del sistema.
- Los partidarios de esta sistemática, no construyen su propuesta desde planteamientos críticos externos al sistema social, la misión del Derecho es para ellos exclusivamente descriptivo de las realidades sociales. El mismo Jakobs, pone de presente que su perspectiva ha optado por intentar comprender lo que hay en el sistema social antes de pasar a su crítica. En su sentir, es una descripción neutra la que él hace, y que por ello resulta de tan difícil asimilación. Ese sistema social así concebido se dota y se nutre

de su propia racionalidad, alejado de todo componente extraño, externo y ajeno al propio sistema.

- Precisamente un penalista, al que también se le califica como funcionalista, pero moderado, Claus Roxin, se ha apartado de aquella falta de penetración político-criminal que caracteriza al sistema de Jakobs, asentando lo siguiente:

“Jakobs comparte conmigo el rechazo del punto de partida ontológico del finalismo y sostiene al igual que yo una elaboración normativa de las categorías dogmáticas como “tarea del Derecho Penal”. Pero dado que él sólo limita esa tarea a la estabilización del sistema, por tanto, a la imputación según exigencias preventivas generales, en su construcción están ausentes elementos esenciales de la política criminal que son centrales en mi concepción: la prevención especial y la garantía de los derechos del acusado no se contemplan en su punto de partida teórico- sistémico”¹⁹.

- En conclusión, en el planteamiento del profesor de Bonn Gunther Jakobs, las normas e instituciones que justifican y estabilizan el sistema representan el sistema mismo, no necesitan para ello fundamento externo alguno, en la medida en que tienen la capacidad autónoma para demarcar su funcionalidad, por lo tanto es claro que ese es un sistema penal cerrado y autopoietico.
- El ejercicio de la defensa pública en estos sistemas cerrados es difícil y complejo, por cuanto principios básicos del derecho penal son negados, al punto que el fundamento de la imposición de la sanción es la finalidad de prevención general positiva asentada simplemente en la vulneración de una expectativa normativa. De esa manera, de nada valdría la postura defensiva que demostrara, por ejemplo, que el bien jurídico protegido penalmente no resultó lo suficientemente vulnerado al punto de configurar un delito, pues de todos modos en esos eventos la vigencia de la norma que es el objeto de tutela en esa propuesta, resultaría infringida.

¹⁹ Cfr. Roxin, Claus. *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Trad. Carmen Gómez Rivera y María del Carmen García Cantizano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 52.

BIBLIOGRAFÍA

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Imputación Objetiva en Derecho Penal**. Grijley, Lima, 2002.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal - Parte General - Fundamentos y Teoría de la Imputación**. Traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons, Madrid, 1995.

Personalidad y Exclusión en Derecho Penal. Traducción de Teresa Manso Porto.

La imputación Objetiva en Derecho Penal. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1996.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y Modernidad: De la unidad a la diferencia**. Edición y Traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

ROXIN, Claus. **La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal**. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. **La Dogmática de la Teoría del Delito.- Evolución científica del Sistema del Delito**. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

TEUBNER, Gunther. **El Derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructiva del Derecho**. Traducción a cargo de Carlos Gómez –Jara Diez.

VARELA, Francisco. **El fenómeno de la Vida**. Dolmen Ensayo, Santiago de Chile, 2000.