



VNiVERSiDAD D SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO - ÁREA DE DERECHO PENAL
MÁSTER EN DERECHO PENAL

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

EL SIGNIFICADO SOCIOLOGICO DE LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

AUTOR: ANDRÉ PEDROLI SERRETTI

TUTORA: PROFA. DRA. LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ

SALAMANCA, 2012.

SUMARIO

Nota preliminar.....	5
1. Exposición introductoria del tema.....	9
1.1 Aclaraciones metodológicas.....	12
1.1.2 La razón de la elección de método.	16
1.2 Delimitación del tema.	18
2. Consideraciones previas de índole política pre-sociológica.....	19
2.1. La comprensión del Estado moderno y del contrato social.....	20
2.2 Hobbes y el nacimiento de la doctrina del Derecho Penal del enemigo en la política.	21
2.2.1 Indagaciones acerca de la real posibilidad de fundamentar políticamente el derecho penal del enemigo a través de los postulados de Thomas Hobbes.....	27
3. Algunas características de la sociedad (post?)moderna.	34
3.1 Un dilema de la sociedad actual: de la renuncia al instinto, a la vuelta al instinto.	41
3.2. Riesgo y contemporaneidad.	43
3.2.1 El concepto de riesgo.....	45
3.2.2 El riesgo y la sociología clásica.....	47
3.2.3 Las nuevas clases de riesgos y su percepción.....	49
3.2.4 La aceptabilidad del riesgo.	52
4. Comprendiendo los presupuestos de la teoría de sistemas estructuralista funcional Niklas Luhmann.....	53
4.1 Los puntos de partida de Luhmann.	57
5. La sociedad como sistema social – la teoría de sistemas como esquema de observación de la realidad.....	65
5.1 Algunas características de la teoría de sistemas estructuralista funcional.....	68
5.1.1 Distinción entre sistema y entorno.	70
5.1.2 Apertura cognitiva y clausura operativa: un sentido para la <i>autopoiesis</i>	73
5.1.3 La comunicación en el sistema.	76
5.1.4 Acoplamiento estructural.....	78
5.2 Un ejemplo de subsistema social y su funcionamiento: el sistema del Derecho.	80
5.3 La sociedad posmoderna desde la óptica sistémica-funcional: complejidad, contingencia y el papel del sistema del Derecho.	82
6. La confianza como mecanismo de estabilización de expectativas e reducción de complejidad.....	86
6.2 La confianza en el acoplamiento estructural de los sistemas psíquicos y sociales.	93

7. El funcionalismo jurídico-penal sistémico sistémico – la centralidad de la protección de la vigencia de las normas.	98
7.1 Creación y vigencia de la norma penal – de la institucionalización a la vigencia y sus consecuencias.	103
7.2 Socialidad <i>versus</i> Subjetividad.	109
7.3 El riesgo en la sociedad compleja como elementos central del análisis funcionalista penal.	112
8. El Derecho Penal del enemigo: concepto y funciones.	115
9. La formas de criminalidad contemporánea y su relación con el Derecho Penal.	123
10. Algunas consideraciones críticas acerca del Derecho Penal del enemigo.	131
10.1 Algunas observaciones acerca de las críticas expuestas.	134
11. Análisis de la viabilidad del modelo de funcionalismo sociológico de Jakobs, con relación al modelo epistemológico adoptado (Luhmann).	140
12. Ni con Dios, ni con el diablo: El Derecho Penal del enemigo simplemente como un fenómeno social.	142
13. Conclusiones.	145
Bibliografía.	148

Nota preliminar.

Modelos de política criminal típicos de la teoría del Derecho Penal del Enemigo, en los últimos años, vienen siendo adoptados por las legislaciones occidentales, siendo respaldados por la jurisprudencia de sus propios países incluso por parte de los más altos tribunales, y justificados por la doctrina en diversos sitios del mundo. Dicha teoría establece que debe haber dos Derechos Penales, para diferentes clases de personas en la sociedad, de acuerdo con lo que se explicará.

En la legislación Española destácase las penas manifiestamente desproporcionadas, justo a las que ya desde hace tiempo pueden aplicarse en caso de tráfico de drogas y terrorismo, como establecen los artículos 368, 369 y 370, con relación al tráfico de drogas, y los artículos 571 y siguientes del Código Penal Español¹. Otro ejemplo es el nuevo régimen de prolongación de la pena de prisión hasta cuarenta años, sin la posibilidad de reducción o libertad condicional, de acuerdo con los artículos 78 y 90 del Código Penal². Donini informa que:

“Un sector donde es más marcada la función del Derecho penal en vista de la lucha contra un «enemigo» es seguramente el de la *criminalidad organizada, profesional, o bien de tipo mafioso y terrorista*. A nivel internacional, y no sólo nacional, éste es un campo que ve la convergencia del esfuerzo de los Estados y organizaciones políticas en una verdadera y propia «lucha» *contra* este tipo de fenómenos. Las formas más reconocidas y puras de Derecho penal de la emergencia, en Italia, desde los años setenta a hoy, se colocan exactamente en esta área de intervención. Se trata, para ser precisos, de un tipo de desviación y de peligrosidad social, donde a la capacidad criminal de los particulares (sometibles o no también a posibles medidas administrativas de prevención y a medidas de seguridad en sentido estricto) se une el espesor criminal de las organizaciones que integran. El aspecto macrojurídico, por lo tanto, prevalece sobre el individual.”³

En la jurisprudencia, la marca emblemática del Derecho Penal del enemigo se encuentra en la llamada doctrina Parot, que obliga a descontar los beneficios penitenciarios del total de las penas y no del máximo de cumplimiento efectivo. Véase:

“Se conoce como doctrina Parot a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que endurece el cumplimiento de penas de militantes de ETA condenados a más de 30 años por delitos cometidos antes de 1995. Antes de la doctrina, esos presos, de acuerdo con el Código de 1973 por el que fueron juzgados, redimían penas que se restaban del máximo total de cumplimiento, 30 años, aunque hubieran sido condenados a cientos de años. Con ella, el tiempo redimido se resta en la práctica

¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 39.

² MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*, *op. cit.*, p. 40.

³ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Estudios de derecho penal, Lima, Ara Editores, 2010, p. 147.

de la condena total. Con la fórmula antigua, salían en libertad a los 20 años. Con la doctrina Parot, los que tengan condenas más altas deben estar 30 años.”⁴

Una interesante observación acerca de dicha doctrina, en la jurisprudencia brasileña, es que sus postulados – la necesidad de calcular los beneficios de la ejecución penal sobre la penal total del condenado – es aplicable a todos los ciudadanos de forma indistinta, en virtud del acuerdo n. 715 del Supremo Tribunal Federal, la más alta corte en el país, con jurisdicción incluso constitucional. Véase:

“STF – Acuerdo n° 715 – Pena Unificada – Límite de treinta años de Cumplimiento – Consideración para la concesión de otros beneficios: La pena unificada para atender al límite de treinta años de cumplimiento, determinado por el art. 75 del Código Penal, no es considerada para la concesión de otros beneficios, como la libertad condicional o progresión de régimen de cumplimiento de pena.”⁵

En la doctrina todavía no son – y creo que nunca lo serán – dominantes las ideas justificadoras del Derecho Penal del enemigo. Los trabajos que critican, rechazan y exorcizan la teoría del Derecho Penal del enemigo son abundantes, tales como los trabajos de Zaffaroni⁶, Muñoz Conde⁷ y Gracia Martín⁸. Una pequeña, pero relevante, parte de los argumentos de estos autores será explicada al final del trabajo.

Sin embargo, se puede indicar que penalistas como Miguel Polaino-Orts⁹ y Carlos Pérez del Valle¹⁰ adoptan abiertamente la doctrina del Derecho Penal del enemigo como forma lícita, legítima, eficaz y teóricamente bien basada del Estado de reaccionar a lo que se puede llamar criminalidad de núcleo duro, es decir, en contra los individuos calificados como enemigos.

La persona que por primera vez identificó institutos típicos del Derecho Penal Del enemigo fue Günther Jakobs¹¹, que lo hizo en el marco de su teoría funcional del Derecho Penal. Jakobs sostiene que fundamenta su forma sociológica de observar el derecho penal en la Teoría funcional de Sistemas Sociales de Niklas Luhmann, lo que puede ser observado en el siguiente trecho inicial de uno de sus libros:

⁴Equipo de Redacción. *El Tribunal Europeo de DDHH dictamina la ilegalidad de la Doctrina Parot*. 10 de julio de 2012. Disponible en : <http://www.insurgente.org/index.php/template/tribunales/item/910-el-tribunal-europeo-de-ddhh-dictamina-la-ilegalidad-de-la-doctrina-parot>. Acceso en 19 de Julio de 2012.

⁵ STF Súmula n° 715 - 24/09/2003 - *DJ de 9/10/2003, p. 6; DJ de 10/10/2003, p. 6; DJ de 13/10/2003, p. 6*. Texto Original: “STF Súmula n° 715 - Pena Unificada - Limite de Trinta anos de Cumprimento - Consideração para a Concessão de Outros Benefícios: A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.”

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Trad. S. Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*, *op. cit.*

⁸ GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Trad. L. R. Prado e É. M. de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁹ POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Barcelona, Bosch, 2009.

¹⁰ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal de enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-03, p. 03:1-03:14. Disponible en Internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc10-03.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 10-03 (2008), 28 ene]

¹¹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003.

“Desde la perspectiva de la que aquí se parte, el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad. Partiendo de esta concepción, no se concibe la sociedad, a diferencia de lo que creyó la filosofía — entroncada con DESCARTES— desde HOBBS a KANT, adoptando el punto de vista de la conciencia individual, como un sistema que puede componerse de sujetos que concluyen contratos, producen imperativos categóricos o se expanden de modo similar.(Sobre esto, LUHMANN, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, tomo 2, 1993 (primera edición, 1981), pp. 195 y ss., 235 y ss.; respecto de la intersubjetividad, cfr. *idem.*, *Soziologische Aufklärung* tomo 6, 1995, pp. 169 y ss., 174 y s., 181 y s.)”¹²

Siempre es necesario investigar los fundamentos filosóficos y sociológicos de los institutos y teorías del Derecho Penal, para que se pueda entender sus orígenes y funciones, lo que permite una mejor comprensión acerca del tema.

Por eso, es importante investigar si realmente la teoría funcional propuesta por Jakobs – y especialmente su producto más radical, el Derecho Penal del Enemigo – se encuentra debidamente basada en los rasgos de la Teoría funcional de Sistemas Sociales de Niklas Luhmann, teoría sociológica muy trabajada por su creador, que posee innumerables adeptos por todo el mundo, y concepciones muy peculiares que serán debidamente estudiadas en el trabajo.

La finalidad de este trabajo es identificar el significado sociológico de la teoría del derecho penal del enemigo. Para ello, serán investigadas las construcciones teóricas que más se puede acercar de la teoría objeto de estudio. Es decir: si el derecho penal del enemigo puede ser considerado como un producto del funcionalismo penal – lo que no pretendemos responder – la teoría a ser utilizada para su explicación tiene que tener el mismo matiz epistemológico.

Así pues, el marco teórico elegido fue la teoría funcionalista de los sistemas sociales de Niklas Luhmann, lo que demanda una explicación profundizada de sus fundamentos, para que tenga sentido las explicaciones la utilizan como premisa teórica. Al que parece, Jakobs también eligió esta teoría para describir su concepción de Derecho Penal, razón por la cual ella debe ser investigada y comprendida.

Desde ya se debe aclarar que el punto de vista de la presente investigación estrictamente descriptivo con relación a la teoría de Derecho Penal del enemigo, es decir, no se adoptará un punto de vista propositivo de dicha teoría. Lo mismo no se puede decir con relación a la teoría de los sistemas sociales, que en nuestro punto de vista, como en el punto de vista de diversos investigadores de sociología por el mundo,

¹² JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas Ediciones, 1996, p. 15.

representa más un referencial teórico válido para descripción de la realidad, sino que el más adecuado al momento.

El objetivo principal de este trabajo, como debe ser de cualquier investigación de carácter científico, es describir una realidad, es describir, desde la teoría sociológica adoptada como referencial teórico, lo que se constituye en el objeto de la investigación, la teoría del Derecho Penal del Enemigo.

Así pues, el carácter de este trabajo es eminentemente sociológico. Sin embargo, en virtud de describir una realidad del sistema penal, y de la interdisciplinariedad en la época actual ser calificada como un valor central y esencial la calidad de una investigación en ciencias humanas, está clara su utilidad para la comprensión de la realidad de las ciencias penales.

Empezaremos con una breve introducción al tema. En segundo lugar, será hecha una aclaración metodológica acerca del método de investigación, lo que es necesario, en virtud de referencial teórico elegido ser eminentemente sociológico e innovador. Después se investigará los fundamentos políticos remotos del objeto de la investigación.

Después de estas reflexiones iniciales, serán expuestas algunas características de la sociedad actual, que en general, sirven de justificación auxiliar para la implementación de medidas típicas de un derecho Penal del enemigo, siempre con el fin de describir, no de hacer juicios de valor acerca de las características de la sociedad actual.

En la siguiente etapa del trabajo se investigará a fondo la teoría funcional de sistemas sociales, para identificar cuáles son las razones en virtud de las cuales fue creada la teoría elegida como marco teórico, y con el objetivo subsecuente de comprender la función del sistema del Derecho y sus características en el marco de dicha teoría y de la sociedad actual.

El próximo paso será la comprensión de lo que es realmente la teoría del Derecho Penal del enemigo y lo que ella representa para el sistema social, es decir, cuáles son sus características y funciones en el marco de la teoría elegida, y cuales puede ser sus posibles vías justificadoras.

El penúltimo paso será caracterizado por un giro epistemológico. En esta etapa serán brevemente estudiadas algunas críticas al Derecho Penal del enemigo desde el punto de vista del propio Derecho. Sin embargo, en este momento no será traicionada la neutralidad descriptiva que se tendrá en el resto del trabajo. Serán descriptas algunas críticas a medidas típicas del Derecho Penal del enemigo.

El giro epistemológico será identificado en el hecho de que no será utilizada ninguna teoría sociológica para describir esta breve crítica al objeto de la investigación, como se ha hecho en todo el trabajo, sino se mirará dicho objeto a través del prisma del propio Derecho. No sería recomendable que ni siquiera se expusiese, aunque brevemente, algunas críticas a dicha teoría, especialmente porque el tema se constituye en ámbito extremadamente polémico en el Derecho actual.

Al final será hecha una breve conclusión, con el fin de exponer algunos puntos que se han demostrado relevantes a lo largo de la investigación, no con el fin de agotar el asunto, sino de proponer nuevas reflexiones a partir de los puntos investigados.

1. Exposición introductoria del tema.

En las sociedades actuales, marcadas por índices muy elevados de complejidad y contingencia¹³, pequeñas acciones pueden generar daños sociales de grandes proporciones. La hipercomplejidad¹⁴ genera la superproducción de riesgos, muchas veces, socialmente dañosos, lo que hace sociólogos como Ulrich Beck cualificaren la sociedad de los tiempos actuales como “sociedad del riesgo”¹⁵.

En la contemporaneidad, los riesgos no son sólo datos periféricos en cualquier análisis socialmente relevante, pasaron a ser el centro de las atenciones¹⁶, pues se convirtieron en una de las principales fuerzas de movilización política¹⁷. “Cuanto mayor el nivel de complejidad en la sociedad, mayor la posibilidad de defraudación de expectativas normativas institucionalizadas, y más difícil es la respuesta eficiente del sistema social a tales frustraciones.”¹⁸.

Así pues, nace la necesidad de creación, por el sistema social, de mecanismos de control de los riesgos y mejoría del funcionamiento del sistema social más eficientes, socialmente adecuados a la sociedad de nuestro tiempo, pues: “desde un punto de vista secular, el cálculo del riesgo trata de un programa de minimización del arrepentimiento”¹⁹, arrepentimiento relacionado a la falta de precaución tomada en el procedimiento de gestión de riesgos y daños futuros.

¹³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983, p. 45.

¹⁴ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, Mexico D.F., Anthropos, Universidad Iberoamericana, ITESO, 1996, p. 44.

¹⁵ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo Veintiuno, 2002.

¹⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, São Paulo, RT, 2007, p. 35.

¹⁷ BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, op. cit., p. 7.

¹⁸ SERRETTI, André Pedrolli. “La sociología del derecho penal del enemigo”, en *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, n.º 14, Madrid, 2010, p. 22.

¹⁹ GIDDENS, Anthony.; BAUMAN, Zygmunt.; LUHMANN, Niklas.; BECK, Ulrich. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*, Barcelona, Anthropos, 1996, p. 133.

En ese contexto, el estudio del desarrollo de la aplicación de la Teoría de los Sistemas Sociales al Derecho Penal (Funcionalismo Penal Sistémico), no es ajena a estos problemas sociales, por el contrario, se implica en la solución socialmente adecuada a estos nuevos delineamientos de la sociedad, teniendo en cuenta la necesidad de protección del funcionamiento del Sistema Social de la forma más efectiva posible, con el objetivo de garantizar las mínimas tasas de violación de expectativas normativas positivadas, lo que a todos beneficia.

Así pues, como producto de los nuevos retos de la política criminal contemporánea de matiz funcionalista, nace, por lo menos teóricamente, la Teoría del Derecho Penal del Enemigo, de los estudios de Günther Jakobs²⁰, que busca dar respuesta normativa a estos nuevos retos de forma proporcional y eficiente a las amenazas al funcionamiento del Sistema Social. Esta teoría establece que el ser humano que:

“no presenta garantía cognitiva alguna para la sociedad, que no ofrece la menor condición de atender a las mínimas expectativas normativas necesarias y esenciales para la vida en sociedad, debe ser tratado por el sistema social de forma diferente de la forma utilizada para el ciudadano regular, aquel que se presenta hábil para cumplir con sus deberes de diligencia y respeto a los derechos ajenos, consustanciados en las expectativas normativas institucionalizadas por el sistema social.”²¹

De acuerdo con tal teoría, el subsistema del Derecho debe matizar su tratamiento penal a dos nortes: uno primero, más leve, destinado a los ciudadanos, y uno segundo, más riguroso, destinado a los enemigos, como forma de reducir los riesgos y la complejidad, y así, garantizar el funcionamiento del Sistema Social.

El objeto de la normativización del Derecho Penal del enemigo no dice respecto a cualquier fenómeno criminal de reducida importancia y magnitud sociales, como, por ejemplo, de delincuentes ocasionales que practican pequeños delitos patrimoniales. Se hace referencia a la delincuencia organizada²², bandas armadas y organizaciones terroristas²³, entre otros fenómenos criminales, que ocurren en la sociedad y ponen en peligro su funcionamiento.

²⁰ JAKOBS, Günther. *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados*, México D. F., Porrúa, 2002, p.732, y más precisamente: JAKOBS, Günther. “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, en: *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, publicado originariamente en: Hsu; Yu-Hsiu (eds), *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure*, Taipei, 2003, pp. 41 y ss.

²¹ SERRETTI, André Pedrolli, “La sociología del derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 25.

²² GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da Convenção de Palermo*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 1.

²³ “Madrid ha sufrido hoy uno de los atentados terroristas más sangriento en la historia de Europa. Cuatro explosiones en otros tantos trenes de cercanías causaron más de 170 muertos y más de 500 heridos, según la información facilitada a las 12.30 de hoy por la Comunidad de Madrid, cuyos servicios de emergencia sanitaria coordinaban todos los trabajos de atención a los heridos. (...) Los terroristas sembraron las bombas, ocultas en bolsas de plástico y mochilas, activadas con temporizadores, cuatro trenes de cercanías que ocupaban el corredor ferroviario que une Atocha (en el centro de la capital) con Guadalajara. Esa línea es utilizada a diario por decenas de miles de trabajadores. En cada convoy pueden viajar hasta 700 personas (200 más de su capacidad máxima teórica). En cada vagón se hacinan a esas horas hasta 100 personas. Los trenes pasan por cada estación de la línea Madrid-Guadalajara con una frecuencia inferior a los tres minutos en hora punta. La acción se sucedió entre las 7.35 y 7.40, cuando la ocupación de los trenes de cercanías por parte de trabajadores, muchos de ellos inmigrantes, supera en muchos

En el contexto de esta teoría, el enemigo es calificado como la clara materialización de uno de los muchos riesgos socialmente dañosos y no permitidos. Lo que Jakobs²⁴ no propone es la eliminación por completo del enemigo, no propone que sea el enemigo muerto o exiliado, aunque tenga un constante comportamiento antisocial.

Para Jakobs, lo que se busca es lo contrario, la utilización de un Derecho Penal diferenciado, proporcional, en el cual algunas de sus garantías son flexibilizadas para que neutralice mejor su conducta destructiva de la confianza, y reestructure lo más rápido posible la confianza en la configuración normativa de la sociedad²⁵.

La necesidad de investigar los fundamentos sociológicos de esta teoría, bien como su funcionalidad, puede ser percibida cuando se estudia los movimientos de política criminal legislativa contemporánea.

Los ordenamientos jurídicos de los países occidentales de cultura judeo-cristiana han presentado, en los últimos treinta años un creciente expansión con relación a la tutela penal²⁶, sea creando tipos penales o aumentando sus penas, que dicen respecto a necesidades sociales.

La sociedad y el Derecho cambian, y por supuesto, el Derecho Penal, cambia con ellos, con el fin de que no se quede anticuado, ineficaz o ilegítimo. Las exigencias sociales han cambiado de forma profunda el Derecho Penal clásico. Se dice que tenemos que vivir el Derecho de nuestro tiempo, siempre respetando las exigencias sociales reales de nuestras comunidades.

Una de las formas de manifestación de tal movimiento expansionista es justamente la positivación, por el legislador de aquellos países, de institutos típicos del Derecho Penal del Enemigo, sea en el Derecho Penal, Derecho Procesal Penal o Derecho Penitenciario, lo que hace necesario el estudio y la investigación de su significado social.

Así pues, se cree que la investigación de las bases sociológicas de la Teoría del Derecho Penal del Enemigo contribuye en el desarrollo de las ciencias criminales contemporáneas y para el desenvolvimiento de las actividades estatales de promoción de la paz social.

casos el 100%. Las primeras investigaciones policiales apuntan que dos terroristas actuaron desde la estación de Alcalá de Henares." En: ROMERO, José Manuel. "Cuatro atentados simultáneos causan una matanza en trenes de Madrid", en: *El País*, Madrid, n.º 9.779, 11 de marzo de 2004, p. 14.

²⁴ JAKOBS, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft - Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1999.

²⁵ JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004.

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2001.

1.1 Aclaraciones metodológicas.

Si se sostiene que el Derecho Penal es una ciencia, es necesario identificar su método, de acuerdo con lo que es definido como su objeto. Si tomamos por objeto del Derecho Penal las leyes penales, el método es el positivista²⁷ aunque se sostenga que él debe obedecer la Constitución. Si se considera que el Derecho Penal tiene como objeto la tutela de cosas exteriores a la ley, como derechos fundamentales trascendentales, inherentes al hombre, no hay ningún método a elegir, porque no se trata de verlo ciencia, sino como filosofía²⁸.

En efecto, al proponerse que tiene por fin el Derecho Penal, las garantías ajenas a él, como la garantía de derechos fundamentales o la limitación del poder de punir del Estado, por ejemplo, se toma un deber ético como imperativo categórico del Derecho Penal²⁹, algo ajeno a su propio sistema, claramente iusnaturalista³⁰, por reconocer que algunos valores son inherentes al hombre y deben ser buscados, y no que dichos valores son socialmente construidos. Sin embargo, a la ciencia no cabe decir lo que debe o no debe ser hecho, pero sino describir una realidad empírica a través de un método.

Una teoría del Derecho Penal que intente ser científica no puede tener como objeto la salvaguarda de garantía ninguna o la limitación del poder estatal³¹, sino que debe realizar un análisis, a través de un método científico de carácter sociológico – porque es una ciencia social – de su objeto, el fenómeno social llamado delito, y a través de sus reglas propias, establecer las condiciones para identificar dichos fenómenos. En este sentido:

“Con las teorías científicas sólo se busca explicar, y no es su propósito salvar nada. Por esto, y en función de su manera de constitución, las teorías científicas son intrínsecamente liberadoras, y la ciencia como metodología reflexiva es un dominio en el que se aprende el desapego en el respeto al otro aunque no siempre lo vivamos así. Las teorías filosóficas, en cambio, se proponen o surgen desde la intención de conservar algún principio, de salvar algún valor, de proteger alguna creencia o de justificar alguna acción. Por eso, las teorías filosóficas no son liberadoras, sino que por contrario, constituyen dominios de acciones imperativas que exigen al otro y eventualmente justifican su negación condena cuando esas exigencias no se cumplen.”³²

²⁷ BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed., Leipzig, Felix Meiner, 1922. Véase también: IHERING, Rudolf von. *La dogmática jurídica*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1946.

²⁸ MATURANA, Humberto, en: EISLER, Riane. *El cáliz y la espada*, Santiago, Cuatro Vientos, 1991, p. xiv.

²⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa Calpe, 1983.

³⁰ ORDOÑEZ NORIEGA, Francisco. *La fundamentación del derecho natural*, Bogotá, Kelly Editorial, 1967.

³¹ MATURANA, Humberto, en: EISLER, Riane. *El cáliz y la espada*, op. cit., p. xiv.

³² MATURANA, Humberto, en: EISLER, Riane. *El cáliz y la espada*, op. cit., p. xiv.

En este trabajo no se tendrá en cuenta que al grupo de las ciencias valorativas (del espíritu o del deber-ser) pertenece el Derecho Penal. La razón es clara. Bajo la premisa de que a partir de las observaciones de la realidad, a través de conocimientos de la sociología, se buscará identificar la función del Derecho Penal, no se le puede atribuir, a priori, la misión de salvaguardar valor ninguno ni la protección de derechos fundamentales o bienes jurídicos ajenos al propio Derecho Penal.

Sin embargo, la política criminal, que no es el objeto de esta investigación, puede si proponer cambios en la legislación penal, a partir de observaciones de la realidad, para que el Derecho Penal consiga perseguir mejor sus fines, justamente por ser una política (y no, una ciencia) o ciencia del deber-ser. La delimitación de estos dos ámbitos debe estar muy clara para que pueda ser realizado los estudios con un mínimo de rigor metodológico.

Si definimos el Derecho Penal como ciencia, se debe admitir que es una ciencia humana, creada para observar la conducta humana en sociedad. Por tanto se tiene que ver el Derecho Penal como una ciencia social, por lo que, las investigaciones hechas en su ámbito – para que sean metodológicamente válidas – deben utilizar un método típico de las ciencias sociales. Donini observa que:

“El anclaje de la ciencia en los "principios" (y no sólo en las categorías sistemáticas o en las normas ordinarias), exalta su vocación crítica, y no meramente «sistematizadora», amplía el horizonte de su objeto a la política criminal e, incluso, a la realidad que la política pretende gobernar. Ya no basta la autoridad del consenso de estudiosos o jueces que sean "expertos en normas" o "expertos en valores": su experiencia deberá medirse con conocimientos que puedan verificarse y ser controlados por laicos, ya que el derecho penal - sin renunciar a los valores - es un instrumento político, no de pura reafirmación de los propios valores, sino de un programa que mira a la propia realidad social y humana que se regula, al output extrasistémico de su intervención. El derecho penal tiene ciertamente una función simbólica (de reafirmación de valores en la conciencia colectiva).”³³

El método es una forma por la cual uno observa la realidad, a través de un procedimiento para tratar un conjunto de problemas³⁴. El método sociológico adoptado para la observación de la realidad social es el método sistémico-funcional.

Encontramos los orígenes de este método en la obra de Émile Durkheim, precursor del funcionalismo, de acuerdo con él: “un hecho social queda explicado cuando se comprende la función que cumple de cara a la cohesión del grupo”³⁵. En su libro *Las reglas del método sociológico*, establece que los hechos sociales

³³ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Estudios de derecho penal, *op. cit.*, p. 296.

³⁴ BUNGE, Mario. *La investigación científica*. Su estrategia y su filosofía, Barcelona, Ariel, 1986, p. 24.

³⁵ CASTRO NOGUEIRA, Luis; CASTRO NOGUEIRA, Miguel Ángel; MORALES NAVARRO, Julian. *Metodología de las Ciencias Sociales*. Una introducción crítica, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 2008, p.79.

deben ser científicamente considerados como cosas³⁶, que sus causas deben ser buscadas en los hechos sociales precedentes³⁷, y que su función debe ser buscada siempre en la relación que mantiene con algún fin social³⁸, como una forma de racionalidad y teleología sociales. Gómez informa que:

“En cualquier caso, para Durkheim, la explicación de los hechos sociológicos debía formularse con términos causales de antecedentes sociológicos. Pero no toda explicación se reduce a esta fórmula. Ya que no basta comprobar causalmente el origen del hecho. Es necesario para su total explicación dar cuenta de la razón por la cual los hechos permanecen. Tal razón debe buscarse en la función social que desempeñan en relación con algún fin social. Admitió, pues, la existencia de una teleología social desde la cual se hacen inteligibles y explicables funcionalmente los hechos sociales.”³⁹

La evolución de esta forma de ver la sociedad – hacia las formas estructurales complejas – puede ser observada en el resultado de las críticas hechas a ella. Identificamos que la razón analítica durkheimiana (basada en datos estadísticos) se equivoca por tratar de construir lo complejo desde elementos simples. El empirismo durkheimiano – como base del conocimiento científico – se decanta a favor de la abstracción y la formalización de las relaciones internas a las estructuras⁴⁰.

La razón estructural, en cambio, acierta al centrarse en los modelos y las estructuras, porque no pasa del simple a lo complejo ni de este al simple, sino que establece modelos teóricos más coherentes en el ámbito puramente complejo de superestructura, sustituyendo una complejidad menos inteligible (con respecto al intercambio de informaciones directamente entre sujeto y estructura) por una complejidad más inteligible⁴¹ (es decir, de intercambio de informaciones desde la forma establecida por la estructura, entre sus componentes).

Bajo tales presupuestos nace el estructural funcionalismo, modelo teórico que da origen al método elegido en esta investigación, y tiene como postulados generales las ideas de que todo significado depende de las relaciones estructurales internas a los sistemas y las condiciones formales que las determinan. Estas estructuras tienen autonomía semántica y para ellas el sujeto se pone en lugar anónimo (secundariamente remitido) en el juego de significados objetivos de la semiótica social. Su inteligibilidad es identificada en la aprehensión de la estructura como unidad compleja⁴². Sobre dicho modelo de observación de la realidad se debe tener en cuenta que:

³⁶ DURKHEIM, Émile. *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales* Madrid, Alianza, 2000, p.69

³⁷ DURKHEIM, Émile. *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales*, op. cit., p. 170.

³⁸ DURKHEIM, Émile. *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales*, op. cit., *ibidem*.

³⁹ GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo. *Filosofía y Metodología de las Ciencias Sociales*, Madrid: Alianza, 2003, p. 43.

⁴⁰ GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo. *Filosofía y Metodología de las Ciencias Sociales*, op. cit., p. 43.

⁴¹ GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo. *Filosofía y Metodología de las Ciencias Sociales*, op. cit., p. 73.

⁴² GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo. *Filosofía y Metodología de las Ciencias Sociales*, op. cit., p. 73.

“Al centrarse sobre los caracteres positivos de la idea de estructura, se encuentran al menos dos aspectos comunes a todos los estructuralismos. De una parte, un ideal o esperanza de inteligibilidad intrínseca, fundada sobre el postulado de que una estructura se basta a sí misma y no requiere, para ser captada, el recurso a elementos extraños a su naturaleza; de otra parte, realizaciones en la medida en que se han llegado a alcanzar efectivamente ciertos caracteres generales y aparentemente necesarios que ellas presentan pese a su variedad.”⁴³

En la compatible suma de estos presupuestos epistemológicos de las ciencias sociales, fue elaborada la teoría de los sistemas sociales, de origen claramente estructural-funcionalista. El punto de partida metodológico de esta teoría es el concepto de comunicación, la única operación capaz de basar lo social de manera autónoma⁴⁴, en contraposición al concepto de acción social de Webber, seguido por Habermas.

La comunicación se produce en el ámbito del sistema social, de acuerdo con un código binario específico e identificable a cada tipo de subsistema social. Tales sistemas son cognitivamente abiertos, porque están sujetos a cambios originados por informaciones exteriores a él, pero operativamente cerrados, porque establecen su propia forma de funcionar y captar las informaciones del ambiente/entorno, reglando los mecanismos de *input* (entrada) y *output* (salida) de informaciones.

La forma sistémica de observación de la realidad implica observar las informaciones del mundo como comunicaciones insertadas en un sistema o no. Las informaciones insertadas se encuentran identificadas con el código binario correspondiente, y determinan la forma de funcionar del respectivo sistema. Sin embargo, las informaciones no insertadas en él, aunque no determinantes de su funcionalidad, pueden influenciar su funcionamiento desde que se ponga en marcha el procedimiento propio de apertura cognitiva.

En este procedimiento, el sistema se abre, recibe una determinada información no identificada con su código binario y la transforma en algo inteligible para él, de acuerdo con sus propios mecanismos de atribución de sentido.

Observar la realidad social como un ente complejo, sometido a incontables variables y susceptible a innumerables variaciones, ubicando los datos en un sistema o en su torno, de acuerdo con sus propias reglas, sistema este que posee sus propios mecanismos de producción y reproducción de conceptos y sentidos, es en suma, el método funcional-sistémico, elegido en esta investigación. Acerca del tema elegido para este trabajo, informa Luhmann:

⁴³ PIAGET, Jean. *El Estructuralismo*, Buenos Aires, Proteo, 1968, p. 6.

⁴⁴ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*, México D. F., Anthropos, 1996, p.17.

“Como en toda elección de método, en toda epistemología, existen claras afinidades con determinadas disposiciones conceptuales de la teoría. El análisis funcional utiliza relaciones con la finalidad de abarcar lo existente como contingente y lo diverso como comparable. (...) La fecundidad del método funcional y el valor explicativo de sus resultados dependen de cómo pueda especificarse la relación entre problema y posible solución del problema. La específica prestación teórica, que prepara la utilización del análisis funcional, consiste en la construcción del problema.”⁴⁵

1.1.2 La razón de la elección de método.

Aquí es necesario aclarar las razones por las cuales se eligió dicha metodología. Centraremos el análisis en dos metodologías adaptables al objeto en cuestión. La posible primera elección epistemológica es la metodología funcionalista elegida, y la segunda es la teoría de la acción social, formulada por Max Weber, que tiene como herederos intelectuales importantes pesadores de la sociedad y del Derecho, tales como Jürgen Habermas.

La teoría de la acción social, de origen webberiana, identifica en las acciones de los individuos una carga psicológica, ligada a una concepción tradicional de sujeto, con sus componentes de intencionalidad, axiología, finalidad, *et caetera*, que impiden o dificultan, en nuestra opinión, observar los hechos sociales como tales, razón por la cual no fue elegida como premisa, ni su método de observación de la realidad será adoptado.⁴⁶

Otro inconveniente de dicha teoría es la utilización de una dicotomía ya superada en las epistemologías contemporáneas, que se basa en la distinción cartesiana entre sujeto y objeto. El sujeto también es objeto de análisis, desde diversos puntos de vista, y sus características también influyen la forma por la cual él observa el objeto, y por eso, la investigación nunca puede alcanzar la neutralidad pretendida a través de dicha dicotomía. Es lo que informa Boaventura de Sousa Santos:

“La lógica binaria inherente al modo científico de reflexionar presenta una construcción de mundo que estructura profundamente las representaciones del conocimiento en los contextos donde es producido. Esta forma de concebir el saber es producto del modelo Cartesiano que divide el mundo entre sujeto que sabe y el objeto que va ser estudiado. En este contexto, todos los conocimientos son socialmente construidos – es decir, ellos son el resultado de prácticas socialmente organizadas que implica la utilización de recursos materiales e intelectuales de diferentes tipos, vinculadas a contextos e situaciones específicos. Como consecuencia, el enfoque del análisis debe estar centrado en los procesos que

⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1984, pp. 82 y ss.

⁴⁶ Véase: IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, Barcelona, Anthropos, 1990, p. 146.

legitimam la jerarquización del conocimiento y del poder entre el conocimiento local-tradicional y el conocimiento mundial-científico.”⁴⁷

Sin embargo, la propuesta epistemológica de Luhmann, es otra. Se busca tener en cuenta el todo, la red compleja de relaciones entre los elementos analizados desde un punto de vista dinámico, no estático. Moeller informa que:

“Al revés de lo que hace Descartes, Luhmann considera le mente y el cuerpo no cómo sustancias, sino sistemas. El uso del término “sistema” informa un cambio de una perspectiva ontológica para una perspectiva funcional. Sistemas son procesos, no cosas estáticas. La tríade sistémica de Luhmann se preocupa con operaciones, no con lo que es la esencia de las cosas. Un sistema es una entidad funcional que es operacionalmente diferente de, y diferenciable de, otros sistemas. Es decir, eso es una secuencia de eventos que conectan uno a otro, que se acompañan diaconalmente, sincrónicamente, o de las dos formas.”⁴⁸

Las nuevas epistemologías de carácter complejo, como la cibernética y la teoría de los sistemas comprenden la realidad de otra forma, como relación compleja (con varios elementos y relaciones de varias características), y no como relación simple entre sujeto y objeto, lo que permite una mejor comprensión de la realidad, sin implicar en desconsideración de importantes elementos de las epistemologías clásicas, y no se creen imparciales o detentoras de un saber total no interdisciplinario.

La neutralidad de las ciencias – su antiguo instrumento de validación más precioso, justamente por supuestamente garantizar neutralidad de las observaciones – ya no más se sostiene desde el final del siglo pasado, y se fundaba básicamente en la posibilidad de asilamiento del objeto, en relación al sujeto. La siguiente cita informa lo mismo:

“El mundo científico nada tiene de ideal, no es una tierra de inocencia, libre de todo conflicto e sometida sólo a la ley de la verdad universal, es decir, de una verdad experimentable y verificable en toda parte, a través del respeto a los procedimientos de rigor y a los protocolos de la experimentación. Como si fuera posible que el científico pudiera detener de una verdad que, una vez coherente con

⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula G.; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone da ciência: diversidade epistemológica do mundo. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2005. (Reinventar a emancipação social para novos manifestos; vol. 4). p. 21-121, p. 35. Texto original: “A lógica binária subjacente ao modo científico de reflectir apresenta uma construção do mundo que estrutura profundamente as representações do conhecimento nos contextos onde este é produzido. Esta forma de conceber o saber é fruto do modelo Cartesiano que divide o mundo entre o sujeito que sabe e o objecto que vai ser estudado. Nesta perspectiva, todos os conhecimentos são socialmente construídos – isto é, eles são o resultado de práticas socialmente organizadas envolvendo a mobilização de recursos materiais e intelectuais de diferentes tipos, vinculadas a contextos e situações específicos. Como consequência, o enfoque da análise deve estar centrado nos processos que legitimam a hierarquização do saber e do poder entre o conhecimento local-tradicional e o conhecimento global-científico.”

⁴⁸ MOELLER, Hans Georg. *The Radical Luhmann*, New York, Columbia University Press, 2012, p. 56. Texto original: “Unlike Descartes, Luhmann considers the mind and body not substances but systems. The use of the term “system” already denotes a shift from an ontological to a functional perspective. Systems are processes, not static things. Luhmann’s systemic triadism is concerned with operations, and not with the what essentiality is. A system is a functional entity that is operationally distinct from and so distinguishable from other systems. It is, so to speak, a sequence of events that connect with one another, that is, that go along with one another diachronically, synchronically, or both.”

el método, estaría exenta de discusión, y como si fuera posible que dicha verdad pudiera guardar para siempre el imagen de un individuo siempre íntegro y riguroso, jamás sujeto a las incoherencias de las pasiones.”⁴⁹

Así pues, se ha elegido la teoría de los sistemas sociales para explicación de la realidad, objeto de la investigación, porque se cree que ella nos permite observar de forma más completa y detallada dicha realidad en la cual se encuentra el objeto y las relaciones que él mantiene con su entorno.

Dicho método permite tener una comprensión mejor del objeto desde varias perspectivas, como las propuestas por Luhmann, de investigación desde la posición de observador de primera orden (observar el objeto directamente), y desde la posición de observador de segunda orden (observador que observa la observación del objeto), y en algunos casos, de observador de tercera orden.

1.2 Delimitación del tema.

Esta investigación se delimitará a abordar los fundamentos sociológicos del Derecho Penal del Enemigo y su significado para la Teoría de los Sistemas Sociales.

No se estudiarán los trabajos que realizan críticas al Derecho Penal del Enemigo, basadas en otras teorías, científicas o no, populares en el ámbito del Derecho Penal⁵⁰. Dejaremos esto para un momento posterior, es decir, para la tesis doctoral, donde, de acuerdo en el proyecto, estas críticas serán estudiadas y explicadas.

Sin embargo, conforme se ha informado, se ha optado por hacer una breve exposición de algunos de los principales puntos de conflicto de la teoría objeto de investigación desde el punto de vista del Derecho y de sus investigadores.

Eso refleja un compromiso metodológico y epistemológico serio, que debe ser respetado. Sin embargo, las críticas al paradigma funcionalista sociológico, a la teoría de sistemas sociales, y a las teorías del consenso

⁴⁹ JAPIASSU, Hilton. *O mito da neutralidade científica*. Rio de Janeiro, Imago Editora, 1975, p. 116. Texto original: “O mundo científico nada tem de ideal, não é uma terra de inocência, livre de todo conflito e submetida apenas à lei da verdade universal, isto é, de uma verdade testável e verificável em toda parte, através do respeito aos procedimentos de rigor e aos protocolos da experimentação. Como se o cientista pudesse ser o detentor de uma verdade que, uma vez formulada em sua coerência, estaria isenta da discussão; e como se ela pudesse guardar para sempre a imagem de um indivíduo sempre íntegro e riguroso, jamais sujeito à incoerência das paixões.”

⁵⁰ Por ejemplo, véase: FERRAJOLI, Luigi. “Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale.” *Panóptica*, Vitória, año 2, n. 10, nov. 2007 – fev. 2008.

social serán investigadas⁵¹, en la medida en que se estudiará los temas a ellas relativos, aunque no sean el objeto principal de esta investigación.

En este trabajo tampoco se investigará las normas nacionales o internacionales, con el objetivo de identificar si se basan o no en valores típicos del Derecho Penal del Enemigo, o cualquier otro, porque el método elegido no es el método dogmático⁵². Dichas normas sólo serán utilizadas puntualmente, con el fin de ejemplificar alguna característica específica del objeto de la investigación.

No se investigará tampoco la jurisprudencia de los tribunales, porque ésta no tiene carácter científico, siendo cierto que se constituye sólo resultado de la técnica del Derecho, de la opinión de los jueces, que no pueden ser tratadas con el rigor que el método científico elegido requiere.

2. Consideraciones previas de índole política pre-sociológica.

La teoría del Estado contemporánea debe ser revisada, especialmente los fundamentos teóricos del Estado y los principios que conducen sus actividades, como será demostrado.

En la sociedad actual, en la que los valores colectivos son muy diferentes de los que existían hace un siglo⁵³, la noción de pacto social, origen de la sociedad organizada, del Estado, y del mundo civilizado, necesita una relectura. Debemos salir del enfoque de la formalidad de las obligaciones de los contratantes de tal pacto, para el enfoque de la necesidad de efectividad de ambas prestaciones.

No es suficiente que el Estado exista, que tenga diversas funciones relacionadas a la manutención de la vida en sociedad y las intente cumplir, sino que debe conseguir efectivamente que se cumplan. Cuando la actividad estatal no es eficiente, los miembros de la sociedad tienden a repensar si les ha merecido la pena ceder parte de sus derechos para la formación de una entidad superior (Estado), y así se inclinan al estado de naturaleza, inherente al caos preexistente a la sociedad.

Por otro lado, la existencia del individuo no es bastante en sí misma. No se concibe una vida en sociedad sin la abstención de algunas conductas socialmente dañosas. Es justamente cuando ambas prestaciones referentes al pacto social – del Estado y del individuo – se realizan, que observamos el equilibrado

⁵¹ Como en los siguientes trabajos científicos: GIDDENS, Anthony. “Funcionalismo, après la lutte.” En: GIDDENS, Anthony, *En defensa de la sociología*, Madrid, Alianza, 2000, y REX, John. *Problemas fundamentales de la teoría sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1985.

⁵² Como ocurrió en estas investigaciones: BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed., Leipzig, Felix Meiner, 1922, y IHERING, Rudolf von. *La dogmática jurídica*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1946. “Cuando se critica el derecho vigente, o cuando se habla de criminología se dice que ésta (y las ciencias sociales) son necesarias, pero no se hace lo mismo cuando se entra *in medias res* en el derecho penal para comentarlo o sistematizarlo.” En: DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Estudios de derecho penal, *op. cit.*, 2010, p. 263.

⁵³ LIPOVETSKY, Gilles. *A era do Vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Barueri: Manole, 2005.

funcionamiento del sistema social.

Sin embargo, si mecanismos específicos institucionales no son eficaces en la lucha contra la violación a las legítimas expectativas existentes en el sistema social, deben ser sustituidos. Algunas conductas crean situaciones de graves daños sociales, que claman por respuestas aptas a neutralizar tales efectos, como más adelante demostraré. El papel del Estado es implementar tales respuestas para la protección de la estabilidad de las relaciones sociales, y así proteger su elemento humano.

2.1. La comprensión del Estado moderno y del contrato social.

Seguidamente se analizarán los pensamientos de autores contractualistas, que representan las ideas que orientaron la formación de los Estados modernos⁵⁴. El pensamiento político de aquella época, marcado por la Ilustración, fue el origen más remoto del actual Estado Democrático de Derecho, modelo de legitimación en el que se encuentran casi todos los Estado de cultura occidental.

El contrato social representa la metanarrativa de la legitimación de los Estados contemporáneos, la ideología de supremacía de la democracia, del fundamento de la vida en sociedad y de la continuidad de la existencia de las instituciones democráticas. Acerca del contenido de tal paradigma, observa Boaventura de Sousa Santos que:

“La idea de contrato social y sus principios reguladores son el fundamento ideológico y político de la contractualidad real que organiza la sociabilidad y la política en las sociedades modernas. (...) El contrato social objetiva crear un paradigma sociopolítico que produce de manera normal, constante y consciente cuatro bienes públicos: la legitimidad del gobierno, el bienestar económico y social, seguridad e identidad cultural nacional. Estos bienes públicos sólo son realizables en conjunto: ellos son, en el fondo, formas diferentes, pero convergentes, de realizar el bien común y la voluntad general.”⁵⁵

Jean Bodin, con la máxima *majestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potesta*⁵⁶, informó que el Estado Nacional debería tener el *Summa Potestas* (poder supremo) sobre los ciudadanos, que podría ser visto como un poder perpetuo, inalienable e imprescriptible, limitado solamente por el Derecho natural. Solamente así se podría impedir una posible barbarie oriunda de las guerras civiles. Bodin llega a tal

⁵⁴ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. O substrato clássico e os novos paradigmas. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

⁵⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo, Cortez, 2006, p. 321. Texto original: “A idéia do contrato social e os seus princípios reguladores são o fundamento ideológico e político da contratualidade real que organiza a sociabilidade e a política nas sociedades modernas. (...) O contrato social visa criar um paradigma sócio-político que produz de maneira normal, constante e consistente quatro bens públicos: legitimidade da governação, bem-estar econômico e social, segurança e identidade cultural nacional. Estes bens públicos só são realizáveis em conjunto: são, no fundo, modos diferentes mas convergentes de realizar o bem comum e a vontade geral.”

⁵⁶ En español: “Soberanía es el poder supremo, jurídicamente ilimitado, sobre los ciudadanos y los súbditos.”

conclusión después de analizar las condiciones sociales de la Francia de su tiempo, dividida por diversas guerras civiles.

Jean-Jacques Rousseau ve el estado como el fruto de un pacto social, una forma de superar los obstáculos de la vida en sociedad creados por la esencia humana, cuando se encuentra estado de naturaleza. Así, los hombres pactaron común y libremente, cediendo parte de sus derechos a la creación de una entidad que, por ser superior, resolvería sus problemas. En esta situación, la voluntad general es consecuentemente la voluntad del Estado, lo que así lo legitima. Para Rousseau, el orden social es un derecho de todos, que se origina de las convenciones entre los hombres y el Estado⁵⁷.

Podemos entender el contrato social como la materialización de una constante ecualización entre la limitación de la libertad individual y las mayores posibilidades de desarrollo del hombre en sociedad, en contraposición al estado de naturaleza, anterior y caótico. Boaventura de Sousa Santos define ese pacto:

“El contrato social es así la expresión dialéctica entre regulación y emancipación social que se reproduce por la polarización constante entre voluntad individual y voluntad general, colectiva, entre el interés particular y el bien común. (...) Cuanto más violento y anárquico es el estado de naturaleza, más grandes son los poderes transferidos al Estado, a través del contrato social.”⁵⁸

2.2 Hobbes y el nacimiento de la doctrina del Derecho Penal del enemigo en la política.

Con Hobbes nació la primera idea en la política de Derecho Penal del enemigo, y por eso, es importante que se estudie en que condiciones dicha teoría fue elaborada de forma un poco más desarrollada por primera vez en la cultura Occidental.

Thomas Hobbes defendía la idea de unidad del poder contra la anarquía, a través del temible *Leviathan*⁵⁹, monstruo de origen bíblico y nombre por él dado al Estado, este, impropio y horrendo, pero necesario. Así, cada súbdito (ciudadano) renunciaría a una parcela de su voluntad para la formación de este monstruo abyecto, pero indispensable.

No es prudente renunciar a nuestra voluntad en provecho de alguien, pero no hay otra elección: o renunciamos, o la vida en sociedad se torna imposible, a consecuencia de la competición, naturalmente

⁵⁷ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado. O substrato clássico e os novos paradigmas*, op. cit.

⁵⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*, op. cit., p. 317. Texto original: “O contrato social é assim a expressão dialéctica entre regulação social e emancipação social que se reproduz pela polarização constante entre vontade individual e vontade geral, colectiva, entre o interesse particular e o bem comum. (...) Quanto mais violento e anárquico é o estado de natureza, maiores são os poderes investidos no Estado saído do contrato social.”

⁵⁹ MALMESBURY, Thomas Hobbes of. *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*. London, printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard, 1651.

violenta, entre los hombres, con el objetivo de convertirse en señores de las cosas de otros y hasta incluso de sus semejantes.

Dicha situación, llamada por él de estado de naturaleza, generaría una completa desconfianza en la sociedad, e incentivaría las personas a luchar por su propia protección, en algo similar a un estado de guerra de todos en contra todos.

Así pues, la transferencia del poder a un ente soberano es algo malo, sin embargo, en un malo mucho menor que la no existencia del Estado, y la vuelta al estado de naturaleza:

“Considérese que la condición del hombre nunca puede verse libre de una u otra incomodidad, y que lo más grande que en cualquiera forma de gobierno puede suceder, posiblemente, al pueblo en general, apenas es sensible si se compara con las miserias y horribles calamidades que acompañan a una guerra civil, o a esa disoluta condición de los hombres desenfrenados, sin sujeción a leyes y a un poder coercitivo que trabe sus manos, apartándoles de la rapiña y de la venganza.”⁶⁰

La fórmula del poder común, entre los hombres, se expresa por la forma: “Autorizo y cedo mi derecho de gobernarme a mí mismo a este hombre (*Leviathan*), con la condición: que él ceda también su derecho y sus acciones del mismo modo”⁶¹. Así, vemos que la noción de pacto social presupone la concesión del poder de autogobierno por todos los ciudadanos al Estado, y viceversa, para la manutención de la paz y defensa de todos. Zippelius comenta que para Hobbes:

“Es necesario un poder general que sea superior a los individuos para prestar protección a estos en contra los enemigos internos y externos, y para permitirles el goce de los resultados de su trabajo y los frutos de la tierra. Pero la única forma de establecer un poder general como este es la transferencia de toda fuerza y poder de cada individuo, a uno o muchos individuos. Por esta forma se llega a la fusión de voluntades de todos en una sólo voluntad. Semejante multitud unificada en una sólo persona colectiva se llama Estado.”⁶²

Para Hobbes, la acción humana debe orientarse por la ley natural y la ley civil. La primera fue establecida por Dios, la segunda, por los que detienen legítimamente el poder de legislar, de la siguiente forma:

⁶⁰ Texto original: “Not considering that the estate of man can never be without some incommodity or other; and that the greatest that in any form of government can possibly happen to the people in general is scarce sensible, in respect of the miserias and horrible calamities that accompany a civil war, or that dissolute condition of masterless men without subjection to laws and a coercive power to tie their hands from rapine and revenge” MALMESBURY, Thomas Hobbes of. *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill. op. cit.*, p. 113.

⁶¹ SOARES, Mário Lúcio Quintão, *Teoria do Estado, op. cit.*, p. 84.

⁶² ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de António Cabral de Moncada, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1974, p. 269.

“La división de las leyes se hace primero, en razón de su autor, en ley divina y ley humana.⁶³ (...) Toda Ley humana es una ley civil. En efecto, la condición de los hombres fuera de los Estados es el estado de guerra, en el que, puesto que nadie está sometido a otro, no hay otras leyes que los dictámenes de la razón natural, que constituyen la ley divina.”⁶⁴

La infracción de una ley civil da lugar a una punición, por la propia ley civil. Sin embargo, la negación de la ley civil, o infracción de su fundamento, que es lo mismo, debe ser punida a través de la ley natural como traición, porque remite al estado de naturaleza previo al pacto social y al establecimiento del Estado, cuando era lícito matar y robar. Hobbes informa que:

“Estos actos o palabras y otros semejantes son crímenes de lesa majestad (traición) no en virtud de la ley civil, sino de la ley natural. Por otro lado, puede ser que un acto que no era crimen de lesa majestad (traición) antes de estar establecida la ley civil lo sea después de establecida. Ejemplo: si una ley declara que considera como signo de negativa de obediencia civil, es decir, como crimen de lesa majestad (traición) el que alguien acuñe moneda o adultere a los sellos de Estado, quien lo haga después de esa declaración no es menos culpable de lesa majestad (traición) que otro. Pero su pecado es menor, porque no viola a todas las leyes a la vez, sino a una sola. La ley, al llamar crimen de lesa majestad (traición) a lo que por naturaleza no lo es, ha dado legítimamente el nombre más odioso y quizás un castigo más severo al culpable, pero no ha hecho más grave el pecado mismo.”⁶⁵

Hobbes observa que una cosa es transgredir un precepto de una ley civil por debilidad de la voluntad, la otra es violar una o muchas leyes intencionalmente, lo que debe ser reprochado. Sin embargo, la traición no es ninguna de dichas situaciones, sino que la violación de toda ley civil manifestada en la negación del pacto social. Él define como traición dicha conducta de negar el ordenamiento jurídico, a través de actos o palabras:

“Puesto que, en virtud del pacto mediante el cual cada ciudadano se obliga con cada uno de los demás a prestar al Estado, es decir, al soberano, sea un hombre o una asamblea, una obediencia absoluta y universal (como la definimos en el art. 13, cap. 6), existe la obligación de observar cada una de las leyes civiles que este pacto comprende en conjunto; es evidente que el ciudadano que renuncie al pacto general de obediencia, renuncia al mismo tiempo a todas las leyes. Este delito es

⁶³ HOBBS, Thomas. *Del ciudadano*. Traducción de Andrée Catrysse. Caracas, Instituto de Estudios Políticos, 1966, p. 220.

⁶⁴ HOBBS, Thomas. *Del ciudadano*, *op. cit.*, p. 221. Texto original: “All Law may be divided, first according to the diversity of its Authors into Divine and humane. (...) All humane law is civill. For the state of men considered out of civill society, is hostile, in which, because one is not subject to another, there are no other Lawes, beside the dictates of naturall reason, which is the divine Law.” HOBBS, Thomas. *De Cive*. Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society. Or, A Dissertation Concerning Man in his severall habitudes and respects, as the Member of a Society, first Secular, and than Sacred. London, Printed by J.C. for R. Royston, at the Angel in Ivie-Lane. 1651. p. 70.

⁶⁵ HOBBS, Thomas. *Del ciudadano*, *op. cit.*, p. 230. Texto original: “And these and the like words and deeds are Treason by the naturall, not the civill Law. But it may so happen, that some action which before the civill Law was made, was not Treason, yet will become such, if it be done afterwards. As if it be declared by the Law, that it shall be accounted for a sign of renouncing publique obedience (that is to say for Treason) if any man shall coyn monies, or forge the Privie Seale, he that after that Declaration shall doe this, will be no lesse guilty of Treason than the other. Yet he sinnes lesse, because he breakes not all the Laws at once, but one Law only; for the Law by calling that Treason which by nature is not so, doth indeed by Right set a more odious name, and perhaps a more grievous punishment on the guilty persons, but it makes not the sinne it selfe more grievous.” HOBBS, Thomas. *De Cive*, *op. cit.*, p. 74.

tanto más grave que cualquier otro aislado, cuanto es más grave pecar continuamente que una sola vez. Y este pecado se llama crimen de lesa majestad (traición). Lo comete el ciudadano o súbdito que declara por su actitud o sus palabras que ya no tiene voluntad de obedecer al individuo o asamblea a quien se ha confiado el poder soberano.”⁶⁶

Así pues, la traición, o la rebeldía con, o negación del fundamento de las leyes civiles, del ordenamiento jurídico, es violación de la ley natural, no de la ley civil, porque la necesidad de obedecer al pacto social es una obligación anterior a él, y por eso de índole natural:

“Pero el pecado que es crimen de lesa majestad (traición) en virtud de la ley natural es una violación de la ley natural, pero no de la ley civil. Puesto que la obligación de la obediencia civil, en virtud de la cual las leyes civiles son válidas, es anterior a toda ley civil, y puesto que el crimen de lesa majestad (traición) no puede ser sino la violación de esta obligación, resulta que tal crimen viola la ley que precede la ley civil, es decir, la ley natural, que nos prohíbe quebrantar los pactos y las promesas. Y si algún soberano concibiera una ley civil en la forma de “no te rebelarás” haría algo inútil, porque si los ciudadanos no se han obligado primero a obedecer, es decir, a no rebelarse, toda ley es inválida. Por otro lado, la obligación que los obliga a lo que ya se había obligado antes, es superflua.”⁶⁷

Por fin, concluye Hobbes que quienes se rebelan contra el ordenamiento jurídico o contra su fundamento, el pacto social (lo que se constituye en traición), violan el derecho natural, lo que es demostrable a través de su conducta de negación del orden constituido, y por eso deben ser punidos de acuerdo con la ley natural, y así, ser tratados como enemigos del Estado, castigados de acuerdo con el derecho de guerra:

“De ahí resulta que los rebeldes, los traidores, y los otros convictos de lesa majestad (traición) no reciben castigo en virtud del derecho civil, sino del derecho natural, es decir, no como ciudadanos malos, sino como enemigos del Estado; no en virtud del derecho de gobierno o soberanía, sino en virtud del derecho de guerra.”⁶⁸

⁶⁶ HOBBS, Thomas. *Del ciudadano*, *op. cit.*, p. 230. “Seeing that from the vertue of the Covenant whereby each Subject is tyed to the other to perform absolute and universall obedience (such as is defined above Chap. 6. art. 13.) to the City, that is to say, to the Sovereign power, whether that be one man or Councel, there is an obligation derived to observe each one of the civill Lawes, so that Covenant contains in it self all the Lawes at once; it is manifest that the subject who shall renounce the generall oventant of obedience, doth at once renounce all the Lawes. Which trespasse is so much worse than any other one sinne, by how much to sinne alwayes, is worse than to sinne once. And this is that sin which is called TREASON; and it is a word or deed whereby the Citizen, or Subject, declares that he will no longer obey that man or Court to whom the supreme power of the City is entrusted.” HOBBS, Thomas. *De Cive*, *op. cit.*, p. 74.

⁶⁷ HOBBS, Thomas. *Del ciudadano*, *op. cit.*, p. 231. Texto original: “But that sinne which by the Law of nature is Treason, is a Transgression of the naturall, not the civill Law. For since our obligation to civill obedience, by vertue whereof the civill Lawes are valid, is before all civill Law, and the sin of Treason is naturally nothing else but the breach of that obligation; it followes that by the sin of Treason, that Law is broken which preceded the civill Law, to wit, the naturall, which forbids us to violate Covenants, and betrothed faith. But if some Sovereign Prince should set forth a Law on this manner, Thou shalt not rebell, he would effect just nothing: For except Subjects were before obliged to obedience, that is to say, not to rebell, all Law is of no force; now the obligation which obligeth to what we were before obliged to, is superfluous.” HOBBS, Thomas. *De Cive*, *op. cit.*, p. 75.

⁶⁸ HOBBS, Thomas. *Del ciudadano*, *op. cit.*, p. 231. Texto original: “Hence it followes, that Rebels, Traytors, and all others convicted of Treason, are punisht not by civill, but naturall Right; that is to say, not as civill Subjects, but as Enemies to the Government, not by the Right of Sovereignty, and Dominion, but by the Right of Warre.” HOBBS, Thomas. *De Cive*, *op. cit.*, p. 75.

Hobbes equipara el violador del pacto social a la persona que en la guerra traiciona su Estado y se incorpora el ejército enemigo. Él identifica que la más grave violación que alguien puede realizar es la violación del pacto social, lo que es la renuncia a todas las leyes por ruptura de su fundamento.

En este contexto nace la figura del enemigo: quien viola el pacto social se pone en estado de naturaleza por renunciar a dicho pacto, a través de la violación de una obligación de derecho natural referente a su cumplimiento, y por eso, dicha persona no debe ser punida a través del derecho del Estado (civil), sino que, a través de las reglas típicas de la ausencia del Estado, referentes al estado de naturaleza previo a él, inherentes a la guerra:

“En último lugar, el daño infligido a quien se considera enemigo no queda comprendido bajo la denominación de pena, ya que si se tiene en cuenta que no está ni sujeto a la ley, y, por consiguiente, no pudo violarla, o que habiendo estado sujeto a ella y declarando que ya no quiere estarlo, niega, como consecuencia, que pueda transgredirla, todos los daños que puedan inferirse deben ser considerados como actos de hostilidad. Ahora bien, en casos de hostilidad declarada toda la inflicción de un mal es legal. De lo cual se sigue que si un súbdito, de hecho o de palabra, con conocimiento y deliberadamente, niega la autoridad del representante del Estado (cualquiera que sea la penalidad que antes ha sido establecida para la traición), puede legalmente hacérsele sufrir cualquier daño que el representante quiera, ya que al rechazar la condición de súbdito, rechaza la pena que ha sido establecida por la ley, y, por consiguiente, padece ese daño como enemigo del Estado, es decir, según sea la voluntad del representante. En cuanto a los castigos establecidos en la ley, son para los súbditos, no para los enemigos, y han de considerarse como tales quienes, habiendo sido súbditos por sus propios actos, al rebelarse deliberadamente niegan el poder soberano.”⁶⁹

Hobbes distingue de modo claro entre malos ciudadanos y quienes ni siquiera lo son⁷⁰. En estos términos, es legítimo establecer una guerra en contra de alguna persona que no esté sometida al pacto social o a ninguno otro pacto, si dicha guerra es beneficiosa al Estado de alguna forma:

“Al infligirse un daño cualquiera a un inocente que no sea súbdito, si se hace para el beneficio del Estado y sin violación de ningún pacto anterior, ello no constituye un quebrantamiento de la ley de naturaleza. En efecto, todos los hombres que no son súbditos, o bien son enemigos, o bien han dejado de serlo por algún pacto precedente. Ahora bien, contra los enemigos a quienes el Estado juzga capaces de

⁶⁹ Texto original: “Lastly, harm inflicted upon one that is a declared enemy falls not under the name of punishment: because seeing they were either never subject to the law, and therefore cannot transgress it; or having been subject to it, and professing to be no longer so, by consequence deny they can transgress it, all the harms that can be done them must be taken as acts of hostility. But in declared hostility all infliction of evil is lawful. From whence it followeth that if a subject shall by fact or word wittingly and deliberately deny the authority of the representative of the Commonwealth (whatsoever penalty hath been formerly ordained for treason), he may lawfully be made to suffer whatsoever the representative will: for in denying subjection, he denies such punishment as by the law hath been ordained, and therefore suffers as an enemy of the Commonwealth; that is, according to the will of the representative. For the punishments set down in the law are to subjects, not to enemies; such as are they that, having been by their own act subjects, deliberately revolting, deny the sovereign power.” MALMESBURY, Thomas Hobbes of. *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*, op. cit., p. 192.

⁷⁰ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Estudios de Filosofía Política y del derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 62.

dañar, es legítimo hacer guerra según el derecho original de naturaleza; en esa situación, la espada no discrimina, ni el vencedor distingue entre el elementoperjudicial y el inocente, como ocurría en los tiempos pasados, ni tiene otra consideración de gracia sino la que conduce al bien del propio pueblo. Por esta razón, y respecto de los súbditos que deliberadamente niegan la autoridad del Estado establecido, se extiende también legítimamente la venganza no sólo a los padres, sino también a la tercera y aun la cuarta generación que todavía no existen, y que, por consiguiente, son inocentes del hecho en virtud del cual recae sobre ellos un daño. La naturaleza de esta ofensa consiste en la renuncia a la subordinación, lo cual constituye una recaída en la condición de guerra, comúnmente llamada rebelión; y quienes así ofenden no sufren como súbditos, sino como enemigos, ya que la rebelión no es sino guerra renovada.”⁷¹

En resumen, la fundamentación de la posibilidad de que Estado y la sociedad reaccionen con mucho más rigor (a través del derecho de guerra, no del derecho civil) contra las personas que se han puesto en estado de naturaleza es justamente dicha puesta en el estado de naturaleza, a través de la negación del pacto social.

En este contexto el enemigo se desvincula políticamente del Estado y del derecho civil, y por eso, la reacción del Estado, con el fin de proteger sus ciudadanos, sin los límites aplicables a la reacción en contra de un ciudadano es legítima, porque es inherente al estado de naturaleza, donde no hay derechos civiles.

Carlos Pérez informa que:

“La visión de Hobbes respecto del contrato social es sustancialmente individualista, y es precisamente esta concepción la que permite pensar que cabe tratar como enemigo a quien, por su rechazo al contrato social, se manifiesta como tal. La vulneración de los presupuestos de derecho natural del contrato social implica que el individuo realiza un comportamiento propio del estado natural; por eso, los individuos que se encuentran en el estado civil pueden tratar como enemigo a quien no asume ese nuevo estado. En otras palabras: el “derecho penal de enemigo” de Hobbes no implica, en principio, una reacción de un poder estatal frente a los discrepantes – frente a los enemigos del poder estatal totalitario – sino tan sólo quienes no asumen el estado civil han de ser tratados con las reglas del estado de naturaleza, en la que la enemistad de uno contra otro es consustancial. Precisamente este estado de naturaleza se caracteriza por el miedo de los individuos a otros individuos que se encuentran en estado natural; por eso, también los individuos en estado civil tiene miedo de quienes permanecen en estado de naturaleza.”⁷²

⁷¹ Texto original: “But the infliction of what evil soever on an innocent man that is not a subject, if it be for the benefit of the Commonwealth, and without violation of any former covenant, is no breach of the law of nature. For all men that are not subjects are either enemies, or else they have ceased from being so by some precedent covenants. But against enemies, whom the Commonwealth judgeth capable to do them hurt, it is lawful by the original right of nature to make war; wherein the sword judgeth not, nor doth the victor make distinction of nocent and innocent as to the time past, nor has other respect of mercy than as it conduceth to the good of his own people. And upon this ground it is that also in subjects who deliberately deny the authority of the Commonwealth established, the vengeance is lawfully extended, not only to the fathers, but also to the third and fourth generation not yet in being, and consequently innocent of the fact for which they are afflicted: because the nature of this offence consisteth in the renouncing of subjection, which is a relapse into the condition of war commonly called rebellion; and they that so offend, suffer not as subjects, but as enemies. For rebellion is but war renewed.” MALMESBURY, Thomas Hobbes of. *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*, op. cit., p. 195.

⁷² PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Estudios de Filosofía Política y del derecho penal*, op. cit., p. 64.

Las críticas al modelo de explicación de la realidad basadas en el contrato social, en el cual se encuentra la teoría de Hobbes, serán brevemente hechas cuando estudiaremos los puntos de partida de la teoría de sistemas sociales, especialmente con relación a la tautología de sus presupuestos.

La aportación de Hobbes tiene más un interés histórico que sociológico para este trabajo, porque se constituye en el primer estudio sociopolítico que describe algo muy parecido con la idea contemporánea del derecho Penal del enemigo, y la propone como modelo de reacción del Estado y de la sociedad a determinados tipos de delitos.

Es realmente muy interesante ver que muchas cosas apenas se repiten en la historia, con nuevas forma de manifestación y nuevos fundamentos, pero que siguen teniendo las mismas características esenciales, como el caso del objeto de esta investigación.

2.2.1 Indagaciones acerca de la real posibilidad de fundamentar políticamente el derecho penal del enemigo a través de los postulados de Thomas Hobbes.

Lo que se quiere con la transcripción de las ideas de Thomas Hobbes no es proponer ni justificar el Derecho Penal del enemigo desde un punto de vista político, ni de cualquier otro. Lo que se pretende es simplemente informar el nacimiento de la fundamentación política de la posibilidad de división entre ciudadanos y enemigos de la sociedad, basada en la propia conducta de las personas, lo que es la idea central del Derecho Penal del enemigo en su concepción contemporánea, de acuerdo con lo que se estudiará.

Aunque las construcciones teóricas de Hobbes hayan sido elaboradas en condiciones sociales distintas de las condiciones en las cuales fue elaborada concepción actual de Derecho Penal del enemigo y de Estado, lo importante es identificar el nacimiento de dichas ideas y su fundamentación política, que puede ser trasladada a los días de hoy, si las condiciones políticas y sociales – porque estas las condicionantes directas del Derecho – así lo permitieren.

Así pues, no se trata aquí de hacer una importación de las ideas de Hobbes, sino que identificar el nacimiento, en el seno de la política, de la justificación de una idea que sigue en los ordenamientos jurídicos actuales, con nuevas características y discursos justificadores.

En este punto de la investigación no se puede decir que Hobbes no sostiene que se debe tratar con un nivel de rigor más alto a las personas que se excluyeron del estado de ciudadanía y del contrato social. No se

puede decir que Hobbes no preconiza que la reacción del Estado y de la sociedad debe ser de entidad mayor y orientada a la garantía de la seguridad ciudadana, contra personas físicas que se excluyen del contrato social, como sostiene Gabriel Ignacio Anitua:

“La diferencia con el estado de naturaleza puro es que, en el caso de cese del Estado de derecho, la hostilidad la practica el Estado. Éste es el enemigo, no el individuo. Dicha hostilidad puede ser, y de hecho es, practicada por el Estado por fuera de lo jurídico, y sin posibilidades de ser justificada desde lo jurídico.”⁷³

Queda claro, con la lectura de las citas de Hobbes, que se pone en lugar del enemigo la persona física que vuelve al estado de naturaleza en virtud de negar el fundamento del contrato social, no otro Estado enemigo, por ejemplo, en una guerra.

Otra interpretación de la obra de Thomas Hobbes que debe rechazarse es la propuesta por Ferrajoli, en virtud de su manifiesta incompatibilidad con lo expresamente escrito por dicho filósofo inglés. Ferrajoli sostiene que: “Hay un solo caso, afirma Hobbes, en el cual el estado de necesidad – o, si se quiere, la razón de estado dictada por la emergencia – legitima políticamente la ruptura de las reglas del juego, y es el estado de guerra, poco importa que sea externo o interno.”⁷⁴

De acuerdo con las obras de Hobbes estudiadas, cuyas partes principales fueron transcritas en este trabajo, dicho autor no hace referencia a la necesidad de declaración de guerra o reconocimiento de su estado para justificar la reacción contra el enemigo. Hobbes informa que el enemigo debe ser tratado no por el derecho civil (derecho de los ciudadanos), sino que, por el derecho de guerra, sin la necesidad de reconocimiento del estado de guerra.

Las reglas del juego a que hace referencia Ferrajoli son el derecho civil, y el Estado, cuando reacciona en contra el enemigo, no rompe con ellas, sino que aplica el derecho natural, que es paralelo a ellas, y no su negación. Ferrajoli analiza la situación atribuyendo el carácter de normalidad a lo que llama de “reglas del juego” (derecho civil), y “carácter de excepcionalidad” a lo que llama de guerra, lo que lo hace distorsionar el sentido del origen de la diferencia entre derecho civil y derecho natural.

Así pues, no es lo propuesto por Ferrajoli la verdadera línea de desarrollo de los postulados de Hobbes, que reconoce la normalidad del derecho civil – que es aplicable a los ciudadanos – y también la normalidad del derecho natural – aplicable a los enemigos que violaron los fundamentos de derecho

⁷³ ANITUA, Gabriel Ignacio. “Thomas Hobbes: ¿Amigo o Enemigo?”, in BUSATO, Paulo César *et alii*. *Thomas Hobbes Penalista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 60.

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 829.

natural que sostienen el pacto social – que tienen orígenes diferentes, conforme lo expuesto, y coexisten armónicamente, no se constituyendo uno la excepción del otro.

Pocos estudios fueron realizados sobre la influencia directa del pensamiento de Hobbes en la teoría del Derecho Penal del enemigo contemporánea. Sin embargo, hay algunos que informan que la teoría de Thomas Hobbes no sirve de origen ni fundamentación política de la teoría del Derecho Penal del enemigo, sosteniendo – muy extrañamente – que Hobbes reconoce derechos fundamentales al hombre, que postula que el Estado no puede atacar sus enemigos plasmados en personas, y que no es posible que el estado aplique el derecho fuera del ámbito del pacto social.

Uno de estos pocos fue realizado por un discípulo brasileño de Muñoz Conde, Paulo César Busato, donde él afirma que la teoría de Hobbes no puede servir de fundamentación política al Derecho Penal del enemigo, algo incompatible con los puntos de vista del propio Hobbes transcritos en este trabajo, conforme se demostrará. Busato sostiene que:

“Lo que quiere Jakobs es llevar los límites de lo que es normatizado para fuera del ambiente en el cual se produce la normatización.”⁷⁵ (...) “Para Hobbes, quien está fuera del pacto no puede ser abarcado por las leyes, porque está en estado de naturaleza, donde no tienen las nociones de justo e injusto o de ley.”⁷⁶ (...) “Hobbes no sostenía la posibilidad de aplicación del sistema jurídico más allá del Estado. Identificaba el sujeto que voluntariamente se pusiera fuera del pacto representado por el Estado, como alguien que se exponía a los riesgos del estado de naturaleza, sujeto a la intervención de los otros. Sin embargo, dicha intervención de otros, en estado de guerra, no es una guerra conducida por el Estado sino una guerra de todos en contra de todos, propia del estado de naturaleza.”⁷⁷ (...) “Como se puede percibir, Hobbes no sostiene a aplicación de ningún tipo de derecho al enemigo, porque él está fuera del alcance del Derecho y del Estado.”⁷⁸

Busato cuestiona la posibilidad de reconocimiento del enemigo como personas físicas, sosteniendo que Hobbes sólo prevé dicha posibilidad (reconocimiento del status de enemigo) a Estado extranjeros, en el contexto de una guerra, lo que no tiene sentido si se estudia los escritos de Hobbes. Cuestiona también la

⁷⁵BUSATO, Paulo César. “O inimigo em Hobbes: Crítica à Justificação Filosófica de Jakobs ao Direito Penal do Inimigo”, in BUSATO, Paulo César *et alii*. *Thomas Hobbes Penalista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 115. Texto original: “O que pretende Jakobs é transcender os limites daquilo que é normativizado para fora do ambiente em que se produz a normativização.”

⁷⁶ BUSATO, Paulo César. “O inimigo em Hobbes: Crítica à Justificação Filosófica de Jakobs ao Direito Penal do Inimigo”, *op. cit.*, p. 116. Texto original: “Para Hobbes, quem está fora do pacto não pode ser alcançado pelas leis, pois está em estado de natureza, onde deixam de ter lugar noções de justo e injusto ou de lei.”

⁷⁷ BUSATO, Paulo César. “O inimigo em Hobbes: Crítica à Justificação Filosófica de Jakobs ao Direito Penal do Inimigo”, *op. cit.*, p. 118. Texto original: “Hobbes não sustentava a possibilidade de aplicação do sistema jurídico para além do Estado. Identificava o sujeito que deliberadamente se colocasse fora do pacto representado pelo Estado, como alguém que se entregava aos riscos do estado de natureza, podendo sofrer livremente a intervenção alheia. Porém esta intervenção alheia, este estado de guerra, não é uma guerra conduzida pelo Estado, mas sim uma guerra de todos contra todos, própria do estado de natureza.”

⁷⁸ BUSATO, Paulo César. “O inimigo em Hobbes: Crítica à Justificação Filosófica de Jakobs ao Direito Penal do Inimigo”, *op. cit.*, p. 119. Texto original: “Como se nota, Hobbes não prega a aplicação de nenhuma classe de direito ao inimigo, porque ele está fora do alcance do Direito e do Estado.”

posibilidad de aplicación de alguna ley en situaciones ajenas al derecho civil del Estado. Sin embargo, eso no tiene sentido ni para Hobbes, ni para la forma contemporánea de concebir el Derecho Penal del enemigo.

Conforme ya informado, y conforme lo que será explicado en este trabajo oportunamente, Jakobs, siguiendo a Luhmann *a priori*, concibe el Derecho como un sistema cognitivamente abierto, que capta las informaciones el ambiente/entorno en el cual está inserto, pero operativamente cerrado, es decir, que mantiene los procesos de producción de sentido de dichas informaciones bajo sus propias reglas, y aunque reaccione frente a las informaciones recibidas del ambiente, las transforma en su código binario lícito/ilícito, para que puedan tener sentido en el ámbito de dicho sistema.

En este contexto, Jakobs concibe que, para la información contenida en la conducta peligrosa del enemigo, debe haber su atribución de ilicitud, y la consecuente reacción del sistema con el fin de neutralizarla. Así pues, aunque el enemigo esté fuera del pacto social, el sistema social de la sociedad puede defenderse de ataques externos, lo que es perfectamente compatible con los planteamientos de Hobbes, ya expuestos, y a seguir:

“Al infligirse un daño cualquiera a un inocente que no sea súbdito, si se hace para el beneficio del Estado y sin violación de ningún pacto anterior, ello no constituye un quebrantamiento de la ley de naturaleza. En efecto, todos los hombres que no son súbditos, o bien son enemigos, o bien han dejado de serlo por algún pacto precedente. Ahora bien, contra los enemigos a quienes el Estado juzga capaces de dañar, es legítimo hacer guerra según el derecho original de naturaleza; en esa situación, la espada no discrimina, ni el vencedor distingue entre el elemento perjudicial y el inocente, como ocurría en los tiempos pasados, ni tiene otra consideración de gracia sino la que conduce al bien del propio pueblo.”⁷⁹

Así pues, es perfectamente posible la reacción del estado a los peligros que lo amenazan, identificados en sus enemigos que pueden ser incluso personas físicas, cuando, según Hobbes, se aplicará la ley de guerra referente al derecho natural, y por eso, en el estado de naturaleza sí hay alguna noción de ley, única aplicable por el Estado a sus enemigos, a saber:

“De ahí resulta que los rebeldes, los traidores, y los otros convictos de lesa majestad (traición) no reciben castigo en virtud del derecho civil, sino del derecho natural, es decir, no como ciudadanos malos, sino como enemigos del Estado; no en virtud del derecho de gobierno o soberanía, sino en virtud del derecho de guerra.”⁸⁰

⁷⁹ MALMESBURY, Thomas Hobbes of. *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*, *op. cit.*, p. 192.

⁸⁰ HOBBS, Thomas. *Del ciudadano*, *op. cit.*, p. 231. Texto original: “Hence it followes, that Rebels, Traytors, and all others convicted of Treason, are punisht not by civill, but naturall Right; that is to say, not as civill Subjects, but as Enemies to the Government, not by the Right of Soveraignty, and Dominion, but by the Right of Warre.” H HOBBS, Thomas. *De Cive*. *op. cit.*, p. 75.

Busato también sostiene que el reconocimiento de un enemigo fuera del sistema subvierte la lógica del sistema propuesto por Jakobs, haciendo referencia al concepto de papel social, algo ajeno a la construcción contemporánea del Derecho Penal del enemigo, de la siguiente forma:

“Así pues, una persona es un actor, es alguien que ocupa un papel en escena y que, no siempre, representa sí mismo, sino una cara. (...) Así pues, el pacto entre personas no es más que una ficción, que no puede obligar a los hombres, a la autoría de determinadas conductas. En este contexto, cuando Jakobs niega la condición de persona a alguien, niega la condición de representación de un papel, que en su idea de sistema es lo que generaría la titularidad de los derechos contenidos en las normas jurídicas compuestas para coordinar el sistema”⁸¹

En esta parte Busato hace una mezcla indebida de conceptos. Conforme ya dicho, la concepción de sistema social del Jakobs, siguiendo a Luhmann, tiene como punto de partida metodológico el concepto de comunicación, la única operación capaz de basar lo social de manera autónoma⁸², en contraposición al concepto de acción social, de la teoría de la acción social, de origen webberiana, que identifica en las acciones de los individuos una carga psicológica, ligada a una concepción tradicional de sujeto, con sus componentes de intencionalidad, axiología, finalidad, *et caetera*⁸³.

El rol social se refiere al conjunto de normas, comportamientos y derechos definidos social y culturalmente que se esperan que una persona (actor social) cumpla o ejerza de acuerdo a su estatus social adquirido o atribuido, lo que no tiene nada que ver con los presupuestos epistemológicos del sistema social concebido por Luhmann y adoptados por Jakobs.

Así pues, el papel que ejerce alguien no es lo que le confiere derechos, sino el conjunto de expectativas existentes en el sistema social, razón por la cual el planteamiento Busato carece de coherencia y pertinencia de forma manifiesta.

Sin embargo, el razonamiento más incoherente de Busato, acerca de la teoría de Hobbes es el que sostiene sobre derechos fundamentales. Él afirma de forma positiva que Hobbes reconoce derechos fundamentales del hombre en estado de naturaleza, terminología que ni siquiera existía en la época en que Hobbes vivió. Véase:

⁸¹ BUSATO, Paulo César. “O inimigo em Hobbes: Crítica à Justificação Filosófica de Jakobs ao Direito Penal do Inimigo”, *op. cit.*, p. 116. Texto original: “Portanto uma pessoa é um ator, é alguém que ocupa um papel em cena e que, nem sempre, representa si mesmo, senão uma face. (...) Assim, o pacto entre pessoas não passa de uma ficção, que não pode obrigar os homens, enquanto atores de determinadas condutas. Portanto, quando Jakobs nega a condição de pessoa para alguém, nega a condição de representação de um papel, que em sua idéia de sistema é o que geraria a titularidade de direitos contidos nas normas jurídicas compostas para reger o sistema.”

⁸² LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*, México D. F., Anthropos, 1996, p. 17.

⁸³ IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, *op. cit.*, p. 146.

“Para Hobbes, el contrato es una mutua concesión de derechos. (...) De esta forma, el hombre que viola el contrato social pierde la posibilidad de invocarlo a su favor, es decir, de postular los beneficios de las leyes, lo que no quiere decir que igualmente perca sus derechos inherentes a la condición de hombre, ya que estos no son originados del pacto, sino de su condición humana. Así pues, aunque lejos de pacto, el hombre preserva sus derechos fundamentales, razón por la cual no se le puede violar las garantías fundamentales transcendentales al propio Estado, ni mismo por este, o en razón de una violación fundamental a este.”⁸⁴

De entrada, el concepto de derecho fundamental ni siquiera había sido elaborado en la época de Thomas Hobbes⁸⁵, y por eso, no se puede hablar que el identificaba su existencia en una u otra situación. Confundir el concepto de derecho fundamental con derecho natural refleja una completa falta conocimiento del tema en cuestión.

Hobbes reconoce como única fuente del derecho del Estado las leyes civiles⁸⁶. Él no concibe el derecho natural como derecho humano ni derecho fundamental, sino como una razón determinada a la consecución de la creación y la fundamentación del Estado, es decir, la ley natural es la razón que fundamenta el Estado y las leyes civiles, y no un cuerpo de derechos garantizados al hombres por su esencia humana. Véase lo que viene a decir acerca de eso Norberto Bobbio:

“La definición que da Hobbes de la ley natural no difiere formalmente de las definiciones tradicionales. Para Hobbes, la ley natural es un dictamen de la recta razón. Como tal, la ley natural se diferencia de la ley positiva, que viene planteada por la voluntad. (...) De este significado diferente de la razón deriva una diferencia fundamental entre la concepción hobbesiana de la ley natural y las concepciones tradicionales. Para estas últimas, la naturalis ratio o recta ratio prescribe lo que es bueno o malo en sí; para Hobbes indica lo que es bueno o malo para un determinado fin: «Las que llamamos leyes de la naturaleza no son más que una especie de conclusión extraída por la razón sobre lo que se debe hacer o evitar.» Y, dicho con más claridad: «...no son más que conclusiones, o teoremas, relativos a lo que conduce a la conservación y a la defensa de uno mismo». Por otra parte, no puede haber principios verdaderos en sí mismos en una filosofía nominalista como la de Hobbes, según la cual «verdadero y falso son atributos del discurso, no de las cosas, y en la que, donde no hay discurso, no hay verdad ni falsedad». Ya que la

⁸⁴ BUSATO, Paulo César. “O inimigo em Hobbes: Crítica à Justificação Filosófica de Jakobs ao Direito Penal do Inimigo”, *op. cit.*, p. 117. Texto Original: “Para Hobbes, o contrato é uma mútua concessão de direitos. Deste modo, o homem que burla o contrato social perde a possibilidade de invocá-lo a seu favor, ou seja, de pleitear a benesse das leis, o que não quer dizer que igualmente perca seus direito enquanto homem, já que estes não derivam do pacto, mas de sua condição humana. Portanto, mesmo fora do pacto, o homem preserva seus direito fundamentais, razão pela qual não se lhe pode vilipendiar as garantias fundamentais transcendentais ao próprio Estado, nem mesmo por este, ou motivado por uma violação fundamental a este.”

⁸⁵ **Origen derechos fund.**

⁸⁶“ Al final de esta persecución, llevada con habilidad, rigor y pasión racional, Hobbes consigue presentarnos el concepto de un estado en el que se lleva hasta sus últimas consecuencias el fenómeno del monopolio estatal del derecho a través de la cuidadosa eliminación de todas las fuentes jurídicas que no sean las leyes, o la voluntad del soberano (e, in primis, del derecho consuetudinario), y de todos los ordenamientos jurídicos que no sean el del estado (en particular, el ordenamiento de la iglesia, el de la comunidad internacional, el de las entidades asociativas menores). Ahora bien, el monopolio jurídico del estado no podrá considerarse completo si junto al derecho positivo, junto a las distintas formas en que puede establecerse una normatividad positiva, se deja sobrevivir la ley natural; o, en otras palabras, un poder estatal no podrá considerarse absoluto, es decir, sin vínculos, si se reconoce la existencia y la legitimidad de un conjunto de leyes, como son precisamente las leyes naturales, superiores por su constitución íntima a las leyes positivas y al cual las leyes positivas han de adaptarse.” BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Traducción de Manuel Escrivá de Romani, Barcelona, Plaza & Janes Editores, 1991, p. 164.

ley natural indica, según Hobbes, lo que es bueno o malo con respecto a un fin determinado, el problema fundamental para la comprensión de la ley natural queda remitido al planteamiento y a la comprensión del problema de la finalidad. Aquí se hace más profunda la diferencia entre la concepción hobbesiana y la tradicional. El fin supremo del hombre es, desde el punto de vista utilitarista que se plantea Hobbes, la paz. Para los demás iusnaturalistas el fin supremo es el bien (moral). Por eso, mientras para los iusnaturalistas tradicionales la ley natural prescribe lo que es bueno y prohíbe lo que es malo (con independencia de la utilidad o del daño que puedan derivarse de ello), y por esta razón pueden hablar de algo que es bueno o malo en sí, para Hobbes la ley natural indica lo que es conveniente o no conveniente para el logro del fin de la paz, y esto a su vez representa la suprema utilidad. Por eso la ley natural fundamental prescribe buscar la paz. De esta ley fundamental, considerada como el primer principio de la razón práctica, derivan todas las demás leyes naturales, a las que Hobbes llama precisamente «derivadas» (...).»⁸⁷

El derecho natural, en este contexto, no tiene contenido ni fuerza para obligar a nadie, y por eso, no tiene nada que ver con la concepción contemporánea de derecho fundamental o humano. El derecho natural por excelencia es la razón de búsqueda de la paz, a través de la renuncia de parte de la totalidad de posibilidades de la acción humana en nombre de la convivencia social⁸⁸, que sólo puede darse si hay un ente superior a todos, capaz de limitar la conducta de cada uno de acuerdo con las leyes civiles. En Hobbes, la ley natural sirve como el fundamento de la ley civil, y sólo para eso:

“Estas dos afirmaciones nos sirven para comprender cómo a partir de una premisa iusnaturalista —a través de una modificación del concepto tradicional de ley natural— Hobbes pueda llegar a una conclusión positivista. Planteada la paz como fin (lo que Hobbes considera como la prescripción fundamental de la ley natural), la primera ley natural derivada es aquella según la cual “no se debe de conservar el derecho a todo, sino que hay ciertos derechos que se han de transferir o abandonar.” Pero a través de la renuncia al derecho sobre todo y de la transferencia de este derecho a otros, el hombre sale del estado de naturaleza y constituye el estado civil. Así, pues, la primera ley de la naturaleza es la que prescribe la constitución del estado. (...) En otros términos: la ley natural afirma que para alcanzar el fin prescrito por la misma ley natural, el hombre debe dejarse gobernar por leyes positivas. Eso es una declaración de impotencia por parte de las leyes naturales: de hecho, las leyes naturales no obligan si no es en conciencia, es decir que no obligan en absoluto, según la concepción utilitarista de Hobbes; y es también, a la vez, una abdicación ante la fuerza de las leyes positivas. Dicho de forma más radical: la ley natural es aquel dictamen de nuestra razón que sugiere al hombre, si quiere conseguir la paz, que obedezca en todo y por todo sólo a las leyes positivas.”⁸⁹

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes, op. cit.*, p.166 ss.

⁸⁸ “En segundo término, los derechos civiles pueden ahora reposar sobre la protección del Estado. Su consistencia precisa, que es determinada por la Ley (consistencia que ha llegado a ser cierta y que los jueces no podrán ya poner más en duda en nombre de la “justicia”), está, de aquí en adelante, garantizada por la fuerza pública. Helo aquí en lo sucesivo sancionado (lo cual habrá de ser el criterio de lo jurídico en el sistema del pensamiento moderno). En lugar de ese derecho inútil que era el *ius in omnia* [derecho a todo] del estado de naturaleza, ahora he aquí para el propietario un valor seguro y consistente; en lugar de ser una idea ilusoria, se ha transformado en realidad. Para continuar expresándonos en el lenguaje de Hegel, la ventaja del derecho civil está en que él es un derecho natural llegado a ser *wirklich*, efectivo, aunque sea al precio de algunos sacrificios.” VILLEY, Michel. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, p. 202.

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes, op. cit.*, p. 169 ss.

Para Hobbes, la ley natural fundamental es un mandato de cumplimiento de las leyes civiles, y por eso, no se constituye en los derechos inherentes a alguna persona o alguna cosa, o los conceptos de bien o malo, lo que es coherente con los planteamientos de otros teóricos del iusnaturalismo, pero no con los planteamientos hobbesianos.

Los razonamientos expuestos fundamentan el derecho natural que permite la intervención del Estado para la búsqueda de la paz, a través de la neutralización del peligro que a esta paz representa el enemigo. En este caso, el Estado no está obligado a respetar los derechos civiles de los ciudadanos, que se constituyen en límites a su actuación, porque puede valerse del derecho natural de guerra en su reacción dirigida a un no ciudadano, para manutención de la paz de la sociedad a la cual tiene el encargo de proteger.

Así pues, la ley natural por excelencia, que prescribe la creación del Estado, informa que no se debe de conservar el derecho a todo, sino que hay ciertos derechos que se han de transferir o abandonar a este ente superior, lo que justifica la búsqueda de manutención de la paz de la sociedad contra las amenazas externas, que pueden constituirse en la actuación de un estado extranjero o de una persona, ambos calificados como enemigo por el estado y la sociedad que contra ellos reaccionan.

Una cosa es criticar un las bases teóricas de un determinado instituto establecido, lo que deber ser hecho, o criticar sus funciones y consecuencias, lo que es productivo y válido para el desarrollo de un determinado ámbito del saber humano. Sin embargo, otra cosa es intentar distorsionar las palabras o el sentido de una teoría de un autor con el fin de sacar su teoría del ámbito de una crítica profundizada y bien estructurada, lo que puede ser hecho con relación al pensamiento de Hobbes, de acuerdo con el desarrollo de la teoría de los derecho fundamentales y de las teorías que basan el Estado Democrático del Derecho.

3. Algunas características de la sociedad (post?)moderna.

Antes de estudiar en qué consiste la sociedad actual, tenemos que revisar, aunque brevemente los la origen de los valores modernos. La cultura occidental fue formulada por las ideas de la Ilustración, a través de los trabajos de los filósofos que rehusaban la influencia de la religión y del dogma, con el fin de sustituirlos por formas más racionales de ver la vida y el mundo⁹⁰.

La idea poderosa cartesiana de control racional humano de los procesos sociales de experimentación fue central. Así pues, los filósofos de la Ilustración pensaban que, cuanto mayor el grado de comprensión, a través de la razón, del mundo, de la sociedad y del individuo, más capaz sería la humanidad de

⁹⁰ GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. Tradução de Saul Barata, Lisboa, Editorial Presença, p. 15.

comprenderse a si misma y de moldear la propia historia a su medida, de acuerdo con sus valores y deseos. En este contexto, el control del futuro dependía de la liberación de los hábitos y prejuicios del pasado⁹¹.

El control de los procesos sociales de producción y experimentación, a través de la razón, posibilita la estabilidad de las relaciones sociales y el control de la naturaleza. Con estos valores, es casi natural que pensemos que la sociedad occidental tendería a la estabilización de sus procesos de producción y de la vida en comunidad.

Sin embargo, no es exactamente esto lo que experimentamos hoy, y por eso, hay que investigar qué pasó con la aplicación de los valores de la racionalidad en nuestra sociedad. Giddens informa que:

“El mundo en el que nos encontramos hoy, sin embargo, no se parece mucho al que pronosticaron. Tampoco lo sentimos de la misma manera. En lugar de estar cada vez más bajo control, parece fuera de él – un mundo desbocado –. Es más, algunas de las tendencias que se suponía harían la vida más segura y predecible para nosotros, incluido el progreso de la ciencia y de la tecnología, tiene a menudo el efecto contrario. Por ejemplo, el cambio climático global y sus riesgos inherentes resultan probablemente de nuestra intervención sobre el medio ambiente. No son fenómenos naturales. Ciencia y tecnología están inevitablemente implicadas en nuestros intentos por contrarrestar tales riesgos, pero han contribuido también, y en primer lugar, a crearlos.”⁹²

Sin empezar la discusión terminológica acerca del título de los tiempos actuales, que pueden ser llamados de postmodernidad (Zygmunt Bauman), capitalismo tardío (Frederic Jameson), Hipermodernidad (Gilles Lipovetsky), sociedad-red (Castells) o simplemente continuar con la nomenclatura modernidad (Luhmann/Habermas), un hecho es que la sociedad ha cambiado mucho desde finales de la Segunda Guerra Mundial (1945), especialmente en dos ámbitos: el axiológico (valorativo) y el tecnológico (científico), hacia una completa globalización.

Mientras que en el ámbito tecnológico se puede decir que hubo avances considerables, en el ámbito axiológico los teóricos no están tan seguros. De entrada, hay que comprender en lo que consiste el modelo teórico de la modernidad, para que podamos comprender por qué su desarrollo desde el punto de vista axiológico tuvo grandes cambios. Boaventura Santos, filósofo portugués, describe la modernidad del siglo pasado como un proyecto inacabado, que tiene como pilares los valores de la regulación y la emancipación.

⁹¹ GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização. op. cit.*, p. 15.

⁹² GIDDENS, Anthony. *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas. Traducción de Pedro Cifuentes, Madrid, 2000, p. 14.*

Cada uno de estos pilares se encuentra basado en tres principios. El pilar de la regulación es constituido por el principio del Estado, derivado de la teoría de Hobbes, por el principio del mercado, basado en la especialmente en la obra de Locke, y el principio político de la comunidad, articulado desde la filosofía política de Rousseau.⁹³ El pilar de la emancipación se basa en tres lógicas de racionalidad: la racionalidad estético-expresiva del arte, la racionalidad moral-práctica de la ética y del derecho, y la racionalidad cognitivo instrumental de la ciencia y de la técnica.

Luhmann identifica en la relación entre estos dos pilares una paradoja. Estas dos exigencias de la sociedad actual (la paradoja: realización-regulación) son contrapuestas, paralelas, y sólo se realizan efectivamente en el futuro, solución típicamente moderna y que no tiene más lugar en la sociedad actual. En las palabras de Luhmann:

“En un examen detenido el proyecto “sociedad moderna” muestra una doble cara: libertad e igualdad, autorrealización y autoregulación. Pero la paradoja es llamada “razón”, y el proyecto esté, usando un término típico del siglo XVIII, embarazado con futuro. El futuro, sin embargo, continúa futuro y nunca se transforma en presente. Él contiene la proyección de la oscilación entre los dos lados de la paradoja. Sin embargo, teniendo en vista muchos de los problemas urgentes que confronta a nosotros el día de hoy, existe alguna garantía que esa paradoja de la modernidad que se autocontiene seguirá siendo nuestra paradoja y el futuro seguirá siendo el horizonte sin límites que resuelve la paradoja? (...) El siglo XX no ha aportado ni alegría ni solidaridad.”⁹⁴

⁹³ “O projecto sócio-cultural da modernidade é um projecto muito rico, capaz de infinitas possibilidades e, como tal, muito complexo e sujeito a desenvolvimentos contraditórios. Assenta em dois pilares fundamentais, o pilar da regulação e o pilar da emancipação. São pilares, eles próprios, complexos, cada um constituído por três princípios. O pilar da regulação é constituído pelo princípio do Estado, cuja articulação se deve principalmente a Hobbes; pelo princípio do mercado, dominante sobretudo na obra de Locke; e pelo princípio da comunidade, cuja formulação domina toda a filosofia política de Rousseau. Por sua vez, o pilar da emancipação é constituído por três lógicas de racionalidade: a racionalidade estético-expressiva da arte e da literatura; a racionalidade moral-prática da ética e do direito; e a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica. Como em qualquer outra construção, estes dois pilares e seus respectivos princípios ou lógicas estão ligados por cálculos de correspondência. Assim, embora as lógicas de emancipação racional visem, no seu conjunto, orientar a vida prática dos cidadãos, cada uma delas tem um modo de inserção privilegiado no pilar da regulação. A racionalidade estético-expressiva articula-se privilegia-damente com o princípio da comunidade, porque é nela que se condensam as idéias de identidade e de comunhão sem as quais não é possível a contemplação estética. A racionalidade moral-prática liga-se preferencialmente ao princípio do Estado na medida em que a este compete definir e fazer cumprir um mínimo ético para o que é dotado do monopólio da produção e da distribuição do direito. Finalmente, a racionalidade cognitivo-instrumental tem uma correspondência específica com o princípio do mercado, não só porque nele se condensam as idéias da individualidade e da concorrência, centrais ao desenvolvimento da ciência e da técnica, como também porque já no século XVIII são visíveis os sinais da conversão da ciência numa força produtiva.” SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. O Social e o político na pós-modernidade. 7ª edição, Edições Afrontamento, 1994, p. 77.

⁹⁴ LUHMANN, Niklas. “Globalization or World Society: How to Conceive of Modern Society?” In: *International Review of Sociology - Revue Internationale de Sociologie*, Vol. 7, n. 1, 1997, p. 69. Texto original: “Upon close inspection the project “modern society” shows a paradoxical face: freedom *and* equality, self-realization *and* solidarity. But the paradox is called “reason”, and the project is, to use an 18th-century slogan, pregnant with future. The future, however, remains future and can never become present. It contains the prospect of oscillation between the two sides of the paradox. But in view of many urgent problems confronting us today, is there any guarantee that this self-contained paradox of modernity will remain our paradox and the future will remain the unlimited horizon of resolving this paradox? (...) The 20th century has brought about neither happiness nor solidarity.”

Lo que pasa es que, con todas las posibilidades de realización del proyecto de la modernidad, a través de su emancipación política y del control de la naturaleza en un grado nunca antes imaginado, lo efectivamente realizado fue poco, consideradas las posibilidades humanas:

“El paradigma cultural de la modernidad se constituyó antes del modo de producción capitalista haber se vuelto dominante y se acabará antes de esta forma de producción dejar de ser dominante. Su extinción es compleja porque es, de una parte, un proceso de superación, y de otra, un proceso de obsolescencia. Es superación en la medida en que la modernidad ha cumplido algunas de sus promesas, y otras, ha cumplido demasiadamente. Es obsolescencia en la medida en que la modernidad está irreversiblemente incapacitada de cumplir la gran parte de sus promesas. Tanto el exceso como el incumplimiento de algunas promesas, como el déficit en el cumplimiento de otras son responsables por la presente situación, que se muestra superficialmente como de vacío o de crisis, pero que es, en un nivel más profundizado, una situación de transición. Como todas las transiciones son simultáneamente casciegas y casiinvisibles, no es posible nombrar adecuadamente la situación presente. Por esta razón, se la ha atribuido el nombre inadecuado de posmodernidad. Sin embargo, en la falta de un nombre mejor, este es auténtico en su inadecuación.”⁹⁵

Mientras la revolución tecnológica llegó hasta límites inimaginables, el desarrollo de los valores sociales humanos, la centralidad del humanismo desde un punto de vista social retrocedió frente al individualismo. Así pues, la realización de ser humano desde un punto de vista tecnológico fue excesiva, y desde un punto de vista valorativo fue deficitaria.

Desde el punto de vista tecnológico, algo parecido pasó en siglos XV y XVI con el invento de la imprenta y del motor a vapor. La revolución de los medios de comunicación a través de la primera permitió la revolución en otros ámbitos de la acción humana, tales como la reforma protestante. La invención del motor a vapor permitió la reducción drástica del tiempo de traslado entre ciudades, lo que a su vez permitió un intercambio cultural en un grado nunca antes visto. Anthony Giddens nos pone un ejemplo aún más expresivo que estos dos:

“A meados del siglo XIX un retratista de Massachusetts, Samuel Morse, transmitió el primer mensaje – “¿qué ha fraguado Dios?” – por telégrafo eléctrico. Al hacerlo inició una nueva fase en la historia del mundo. Nunca antes se había enviado un mensaje sin que alguien fuera a algún sitio llevarlo. Y, con todo, la llegada de las comunicaciones por satélite marca una ruptura igual de dramática con el pasado.

⁹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O Social e o político na pós-modernidade*, *op. cit.*, p. 76. Texto original: “O paradigma cultural da modernidade constituiu-se antes de o modo de produção capitalista se ter tornado dominante e extinguir-se-á antes de este último deixar de ser dominante. A sua extinção é complexa porque é em parte um processo de superação e em parte um processo de obsolescência. É superação na medida em que a modernidade cumpriu algumas das suas promessas e, de resto, cumpriu-as em excesso. É obsolescência na medida em que a modernidade está irremediavelmente incapacitada de cumprir outras das suas promessas. Tanto o excesso no cumprimento de algumas das promessas como o déficit no cumprimento de outras são responsáveis pela situação presente, que se apresenta superficialmente como de vazio ou de crise, mas que é, a nível mais profundo, uma situação de transição. Como todas as transições são simultaneamente semicegas e semi-invisíveis, não é possível nomear adequadamente a presente situação. Por esta razão lhe tem sido dado o nome inadequado de pós-modernidade. Mas, à falta de melhor, é um nome autêntico na sua inadequação.”

Hasta 1969 no se lanzó el primer satélite comercial. Hoy hay más de doscientos satélites parecidos sobrevolando la Tierra y cada uno porta una inmensa cantidad de información. Por primera vez en la historia es posible la comunicación instantánea de una esquina del mundo a otra. Otros tipos de comunicación eléctrica, cada vez más incorporados a la transmisión por satélite, también se han acelerado en los últimos años. Hasta finales de los años cincuenta, no existían cables específicamente transatlánticos o transpacíficos. Los primeros contenían menos de cien canales de voz. Los actuales recogen más de un millón.⁹⁶

En nuestros tiempos, mientras las últimas décadas nos tengan hecho testigos de un desarrollo muy rápido de las técnicas de comunicación, producción y control de la naturaleza, se ha observado, en la misma velocidad, la pérdida de los grandes relatos y un cambio muy profundo en los valores buscados por la sociedad. Pueden ser resumidas a tres rasgos grandes las características de la sociedad actual, de acuerdo con José Enrique Rodríguez⁹⁷:

- 1) Tendencia hacia la mundialización de la economía y consiguiente crisis del Estado-nación, en un marco de integración transnacional del que la Unión Europea constituye un auténtico buque-insignia.
- 2) Transformación radical en los esquemas y contextos de la producción y del consumo, de la mano de la revolución de las nuevas tecnologías que algunos han denominado “tercera revolución industrial”.
- 3) Fin de las ideologías de salvación – muy fundamentalmente, el comunismo – y subsiguiente crisis generalizada de los valores a la que tratan de dar solución espuria en ciertos ámbitos de los nacionalismos y/o fundamentalismos.

La creencia en la verdad y en el progreso, los hijos de la razón, se detuvo frente a valores menos complejos, más flexibles y de más rápida adquisición. En la época en que vivimos reina el desencanto. Los valores de desarrollo social son sustituidos por la búsqueda del desarrollo individual y del hedonismo⁹⁸. El progreso social pasa a ser una utopía descalificada de un mundo que no existe más. Desaparecen los idealismos y la única revolución que las personas se proponen a realizar es la revolución de sus posesiones materiales individuales.

⁹⁶ GIDDENS, Anthony. *Un mundo desbocado*. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, *op. cit.*, p. 23.

⁹⁷ RODRÍGUEZ IBAÑEZ, José Enrique. ¿Nuevos tiempos modernos? Intento de delimitación sociológica de la polémica Modernidad-posmodernidad. In RAMOS TORRE, Ramón; GARCÍA SELGAS, Fernando; (org.). *Globalización, riesgo, modernidad*. Tres temas de la teoría social contemporánea Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1999, p. 138.

⁹⁸ LIPOVETSKY, Gilles. *O Crepúsculo do Dever*. A ética indolor dos novos tempos democráticos. 4ª Edição. Tradução de Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. Alfragide. Publicações Dom Quixote, 2010, p. 58.

En la modernidad, la verdad sale del dominio de la religión y para ser monopolio de las ciencias. En los tiempos actuales, la producción del conocimiento científico es cuestionada y la idea de progreso en el seno de las ciencias recibe duras críticas por parte de los epistemólogos⁹⁹, lo que genera una situación de ausencia de referencias válidas en la sociedad, y la consecuente búsqueda desesperada por verdades y valores morales individuales.

La economía de producción capitalista da lugar a una economía de consumo masivo, lo que fue posibilitado a su vez por el desarrollo de las técnicas de producción, y fue implementado por las técnicas de publicidad masiva de promoción de individualismo y del hedonismo. Con eso, la industria del consumo masivo y la industria de la publicidad se convirtieron en el centro del poder superando, incluso con más poder de hecho que algunos Estados.

En el campo de los valores, el referencial de la moralidad de la religión es sustituida por porciones de comportamiento ético que puede variar de acuerdo con la voluntad de cada uno. Se cambia el verbo principal del comportamiento humano “tu debes” por “tu puedes”, donde la reactivación del deber provoca reprobación, indignación colectiva, y se convierte en el sinónimo social de terrorismo e inhumanidad.¹⁰⁰

En virtud de la velocidad de los medios de comunicación, del volumen de información que se recibe cada segundo y del alcance que dichos medios poseen, se pasó a valorizar más la imagen que el contenido, a atribuir el carácter de verdad a sus informaciones, y pasaron a ser las características principales la indiferencia y frivolidad de sus receptores. En pocas palabras, Lipovestisky cualifica dicha situación:

“La cultura moralista predicaba la entrega personal y el deber no retribuido. ¿Qué queda de él en la hora de las normas consumistas, recreativas y sensacionalistas? Himno a las vacaciones, *entertainment* televisivo, «telemasacre», política espectáculo y espectáculo publicitario: allí donde se sacralizaba la abnegación, tenemos ahora la evasión y la violencia en zoom; donde se santificaba la pureza de intenciones, tenemos los escalofríos de la violencia mediática y la frivolidad de las cosas; allí donde se beatificaba la grandeza de superarse, tenemos el erotismo en autoservicio, las comodidades del *comfort*, el poder disuasivo de la publicidad. En nuestras sociedades, los objetos y marcas se exhiben más que las exhortaciones morales, los requerimientos materiales predominan sobre la obligación humanitaria, las necesidades sobre la virtud, el bienestar sobre el Bien. La era moralista tenía como ambición la disciplina del deseo, nosotros lo exacerbamos; exhortaba a los deberes hacia uno mismo y hacia los demás, nosotros invitamos a la comodidad. La obligación ha sido reemplazada por la seducción, el bienestar se ha convertido en Dios y la publicidad en su profeta. El reino del consumo y de la publicidad señalan el sentido pleno de la cultura pos moralista: en adelante las relaciones entre los hombres están menos sistemáticamente representadas y valoradas que las relaciones de los hombres con las cosas. La primacía de la relación hombre/cosa sobre la relación hombre/hombre característica de la

⁹⁹ KUHN, Thomas Samuel. *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996.

¹⁰⁰ LIPOVETSKY, Gilles. *O Crepúsculo do Dever*. A ética indolor dos novos tempos democráticos, *op. cit.*, p. 58.

ideología económica moderna se ha adueñado de los signos de la vida cotidiana. De este modo se va más allá del deber exhibiendo en tecnicolor el derecho individualista a la indiferencia hacia los demás: «Da vergüenza ser feliz a la vista de ciertas miserias», escribía La Bruyere; la publicidad proclama: «Olvidaos de todo.»¹⁰¹

Sin embargo, se puede destacar una característica positiva, del punto de vista sociológico, de la modernidad actual. Nunca antes en la historia hemos visto una capacidad tan grande de autodescripción de la sociedad. La sociedad no pudo antes describirse tan bien, ni con tanta profundidad, lo que puede ser llamado de reflexividad, y que tiene importancia central en la capacidad que la sociedad tiene de resolver sus propios problemas. Giddens informa que:

“La reflexión de la vida social moderna consiste en el hecho de que las prácticas sociales son examinadas constantemente y reformadas a la luz de nueva información sobre esas mismas prácticas, que de esa manera alteran su carácter constituyente. Deberíamos clarificar la naturaleza de este fenómeno. Todas las formas de vida social están en parte constituidas por el conocimiento que los actores poseen sobre las mismas. (...) En todas las culturas, las prácticas sociales son rutinariamente alteradas a la luz de los progresivos descubrimientos de que se nutren. Pero sólo en la era de la modernidad se radicaliza la revisión de la convención para (en principio) aplicarla a todos los aspectos de la vida humana, incluyendo la intervención tecnológica en el mundo material. Se dice frecuentemente que la modernidad está marcada por el apetito por lo nuevo, pero esto quizás no es del todo correcto; lo que es característico de la modernidad, no es abrazar lo nuevo por sí mismo, sino la pre sunción de reflexión general en la que naturalmente, se incluye la reflexión sobre la naturaleza de la misma reflexión.”¹⁰²

Eso es posible en virtud de la caída de los grandes relatos y del abandono del desplazamiento de la realización de las expectativas al futuro, dos características principales de la sociedad moderna, de acuerdo con su concepción original. En virtud de no haber más la necesidad de adherirse a las características y expectativas de un gran relato para descripción de la sociedad, y también haber muerto la fe en la realización de las promesas de la Ilustración y del positivismo científico cartesiano, es posible observar como la sociedad efectivamente se encuentra en la situación actual. Este fenómeno es observado por Luhmann:

“Con la misma ligereza se cambia la descripción de moderno a posmoderno. Con ello se modifica la imagen del futuro. Mientras que la, digamos, modernidad clásica desplaza al futuro el cumplimiento de sus expectativas y con ello se quitaba todos los problemas de autoobservación y autodescripción de la sociedad por medio del <<aún no>> (noch nicht) del futuro, un discurso de la posmodernidad es un discurso sin futuro. Y en consecuencia, aquí hay que resolver de otra manera el

¹⁰¹ LIPOVETSKY, Gilles. *El Crepúsculo del Deber*. La ética indolora en los nuevos tiempos democráticos. 3º Edición. Barcelona, Editorial Anagrama, 1994, p. 53.

¹⁰² GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*. Traducción de Ana Lizón Ramón, Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 46.

mismo problema de lo paradójico de la descripción del sistema en el sistema, y eso ocurre, como vemos, en la forma del pluralismo, si no del *anything goes*.”¹⁰³

3.1 Un dilema de la sociedad actual: de la renuncia al instinto, a la vuelta al instinto.

Zygmunt Bauman¹⁰⁴, citando Sigmund Freud, observa que el orden es como una compulsión a la repetición, que establece como y donde cada cosa debe ser hecha, para que no existan dudas y incertidumbres en las acciones humanas. En la siguiente cita de Freud, encontramos:

“El orden es una suerte de compulsión de repetición que, una vez instituida, decide cuándo, dónde y cómo algo debe ser hecho, ahorrando así vacilación y dudas en todos los casos idénticos. Es imposible desconocer los beneficios del orden; posibilita al ser humano el mejor aprovechamiento del espacio y el tiempo, al par que preserva sus fuerzas psíquicas.”¹⁰⁵

Bauman sigue observando que la libertad de acción del hombre, sobre sus propios impulsos, debe ser frenada, y tal coerción es dolorosa: "la defensa contra el sufrimiento genera sus propios sufrimientos. La civilización se construye sobre una renuncia al instinto"¹⁰⁶. En ese contexto, el sociólogo estadounidense Joel Charon señala que:

“Orden significa que las acciones entre individuos son previsibles, ordenadas, estandarizadas, basadas en reglas. Cada actor es, en cierta medida, gobernado por la sociedad. Cuando existe el orden, los actores no actúan de la forma como desean. La acción es gobernada por expectativas mutuas e un contrato gobierna la relación.”¹⁰⁷

Hoy, vemos que este orden, que era el orgullo de la modernidad, no es el objetivo del hombre postmoderno. Porque el Estado, que servía a la manutención del orden y del bienestar social, no está cumpliendo su papel satisfactoriamente, hoy él es confrontado por el respectivo reflejo social, identificado en la creciente tendencia de buscar la devolución de la parcela de libertad cedida al Estado, para su formación. Así, vemos en la sociedad contemporánea una tendencia al individualismo, que puede identificarse con la tendencia al consumismo, que se caracteriza de la siguiente forma:

“Hasta aquí podemos decir que hubo una supervaloración de las transcendencias individuales caracterizadas por una cultura masiva vinculada al consumo, desencadenando relaciones imaginarias y socialmente concretas sin la mediación de lo político y lo colectivo. Ese proceso hace aparecer nuevas modalidades de violencia están desde el consumo, el exceso, el espectacular, el efímero, el banal, el

¹⁰³ LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad*. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Traducción de Carlos Fortea Gil, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1997, p. 15.

¹⁰⁴ BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro, Zahar, 2000.

¹⁰⁵ FREUD, Sigmund. (1930). *El malestar en la cultura*. Obras completas. Amorrortu Editores, XXI. Buenos Aires, 1976, p. 25.

¹⁰⁶ BAUMAN, Zygmunt, *O mal estar da pós-modernidade*, op. cit., p. 7.

¹⁰⁷ CHARON, Joel. *Sociologia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 148.

vacio, hasta manifestaciones políticas, económicas, sociales, nacionales y transnacionales que ponen en cuestión el proceso civilizatorio y el orden social vigente.”¹⁰⁸

El filósofo brasileño Sérgio Rouanet observa la situación: "como la civilización que teníamos perdió su vigencia y como ningún otro proyecto de civilización apunta en el horizonte, estamos viviendo, literalmente, en un *vacuo civilizatorio*. Hay un nombre para eso: barbarie"¹⁰⁹. La consecuencia de dicho vacuo en nuestras sociedades es el crepúsculo y la desvalorización del sentimiento de deber, Lo que es descrito por Lipovetsky de la siguiente forma:

“Durante más de dos siglos, las sociedades democráticas han hecho resplandecer la palabra imperiosa del «tú debes», han celebrado solemnemente. el obstáculo moral y la áspera exigencia de superarse, han sacralizado las virtudes privadas y públicas, han exaltado los valores de abnegación y de interés puro. Esa etapa heroica, austera, perentoria de las sociedades modernas ya ha acabado. Después del tiempo de la glorificación enfática de la obligación moral rigorista, he aquí el de su eufemización y su descrédito. Desde mediados de nuestro siglo, ha aparecido una nueva regulación social de los valores morales que ya no se apoya en lo que constituía el resorte mayor del ciclo anterior: el culto del deber.”¹¹⁰

Estamos presenciando cada vez más, a consecuencia de los cambios sociales de los últimos años, insatisfacción con relación a la actuación Estatal, y la consecuente tendencia a una paradigma social en el cual se tenga más libertad y menos seguridad proporcionada por el Estado. Para Bauman, “dentro de la estructura de una civilización concentrada en la seguridad, más libertad significa menos malestar.”¹¹¹. Émile Durkheim percibía tal malestar y su dificultad de regulación:

“El problema central de las sociedades modernas, como de todas las sociedades, es la relación entre los individuos y el grupo. Esta relación es transformada por el hecho de que el hombre se ha vuelto demasiado consciente de sí mismo para aceptar ciegamente cualquier imperativo social. Sin embargo, de otro lado, dicho individualismo, en si mismo deseable, implica peligros, porque el individuo puede exigir de la colectividad más que ella puede ofrecer. Es necesario, por eso, una regulación que sólo la sociedad puede imponer.”¹¹²

Aunque exista tal malestar, generado por la convivencia en sociedad, esta convivencia es indispensable para el libre desarrollo de las acciones humanas, conforme será explicitado, motivo por el cual el reconocimiento de los beneficios de la existencia de un orden social debe ser hecho.

¹⁰⁸ COSTA, Marcia Regina da; PIMENTA, Carlos Alberto Máximo. *A Violência: natural ou sociocultural?*. São Paulo, Paulus, 2006, p. 9. Texto original: “Até aqui podemos dizer que houve uma supervalorização das transcendências individuais caracterizadas por uma cultura massiva ligada ao consumo, desencadeando relações imaginárias e socialmente concretas sem mediações do político e do coletivo. Esse processo faz surgir novas modalidades de violência que vão desde o consumo, o excesso, o espetacular, o efêmero, o banal, o vazio, até manifestações políticas, econômicas, sociais, nacionais e transnacionais que colocam em xeque o processo civilizatório e a ordem social vigente.”

¹⁰⁹ ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Cia. das Letras, 1993, p. 11.

¹¹⁰ GILLES, Lipovetsky. *O Crepúsculo do Dever*, op. cit., p. 46.

¹¹¹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*, op. cit., p. 9.

¹¹² ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo, Martins Fontes, 2008, p. 475.

La relación entre la satisfacción de los deseos individuales y lo que es permitido en el ámbito de la acción humana es un tema que merece ser estudiado con detenimiento. Sin embargo, en este trabajo, la perspectiva adoptada permite la observación del problema a través de un tipo de problematización complejo, que no tiene nada que ver con la acción y la realización humanas como valores, razón por la cual este problema de la modernidad será estudiado más como un problema de contingencia y confianza que como un problema de felicidad personal.

3.2. Riesgo y contemporaneidad.

Las consecuencias más importantes de la modernización radicalizada y de los cambios sociales de las últimas décadas para este trabajo están en las nuevas formas por las cuales la sociedad actual produce, identifica y controla los riesgos a los cuales su funcionamiento está expuesto.

Dichas formas de producción, identificación y control de los riesgos, tienen todas las características de la sociedad actual estudiadas en los apartados precedentes, tales como la no vigencia de grandes relatos – como la ciencia y la religión – como legítimas fuentes de interpretación de la realidad y una pobre proyección de la acción humana para el futuro, con pocas promesas de mejora y control de las situaciones no deseables. Beck observa que:

“En las sociedades de riesgos las consecuencias de los éxitos de la modernización se han convertido, a causa de su velocidad y radicalidad, en tema. El riesgo adquiere un nuevo carácter porque parte de las condiciones de su cálculo y procesamiento institucional fallaron. En tales circunstancias, se desarrolla un nuevo clima moral de la política en el que las valoraciones de las diferentes culturas y países desempeñan un papel central y los pro y contras de las consecuencias posibles o reales de decisiones técnicas y económicas se debaten en público.”¹¹³

Aunque el término riesgo sea eminentemente moderno¹¹⁴, antes del desarrollo tecnológico y político de las sociedades contemporáneas, él se originaba principalmente de la falta de control de las intemperies de la naturaleza, cuando eran transportadas para el ámbito de la acción humana¹¹⁵.

En la contemporaneidad, pequeñas acciones pueden generar daños sociales de grandes proporciones, como podría ocurrir, por ejemplo, caso el fabricante de un remedio esencial para la salud se equivocase en la dosis de la fórmula de tal medicina, en algunos lotes, lo que podría causar la muerte de centenas de

¹¹³ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*. Barcelona, Paidós, 2008, p. 23.

¹¹⁴ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo, Ed. Unesp, 1991, p. 32.

¹¹⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco, op. cit.*

personas. Un simple error en una línea de producción, algunos miligramos a menos de un elemento, podría ser letal para un enorme número de personas.

Cien años atrás, si un farmacéutico – o boticario – se equivocaba de tal forma, causaría un daño mucho menor. Hoy hay mayor riesgo de lesión a intereses socialmente relevantes y jurídicamente protegidos en casi todos los ámbitos de las actividades humanas, industriales o no, con la inminente posibilidad de producir reacciones en cadena provocadas por la facilidad de sesionarse intereses sociales relevantes¹¹⁶. Las observaciones de Boaventura de Sousa Santos explicitan la cuestión:

“Tengo puesto el ejemplo de la violencia urbana como paradigmático de la turbulencia en escalas. Una pelea relativamente limitada puede desencadenar una ola de violencia que lesiona a toda una ciudad o todo un país: una explosión imprevisible de la escala del conflicto. Así pues, un fenómeno aparentemente trivial y sin consecuencias se puede proyectar en otro, dramático y con consecuencias fatales a la sociedad. Este cambio fuerte e imprevisible de escala de fenómenos ocurre hoy en los más diferentes dominios de la práctica social. De la misma forma que Prigogine (1979, 1980, 1997), pienso que nuestras sociedades están en un período de bifurcación, es decir, una situación de inestabilidad sistémica en la cual un cambio mínimo puede producir, de forma imprevisible y caótica, transformaciones cualitativas. La turbulencia en escalas destruye secuencias términos de comprobación sociales, y por eso, reduce alternativas de acción y crea impotencia o fomenta pasividad.”¹¹⁷

En la contemporaneidad, los riesgos no son sólo datos periféricos en cualquier análisis socialmente relevante, pasan a ser el centro de las atenciones¹¹⁸, pues se convierten en una de las principales fuerzas de movilización política substituyendo, muchas veces, por ejemplo, las referencias a las tensiones oriundas de las desigualdades de clases, raza género, etc.¹¹⁹.

Con la obra de Ulrich Beck, podemos señalar las características principales de los riesgos en la actualidad, de forma general. De la misma forma por la cual la sociedad actual cambió sus valores, sus formas de producir, ya explicados en parte, las características de los riesgos en la contemporaneidad son diferentes de los tiempos precedentes.

¹¹⁶ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

¹¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo, Cortez, 2006, p. 325. Texto original: “Tenho dado o exemplo da violência urbana como paradigmático da turbulência em escalas. Uma disputa relativamente circunscrita pode desencadear uma onda de violência que atinge toda a cidade ou todo o país: uma explosão imprevisível da escala do conflito. Assim, um fenômeno aparentemente trivial e sem conseqüências é posto em equação com outro, dramático e com conseqüências fatais para a sociedade. Esta mudança abrupta e imprevisível de escala de fenômenos ocorre hoje nos mais diversos domínios da prática social. Na esteira de Prigogine (1979, 1980, 1997), penso que as nossas sociedades atravessam um período de bifurcação, ou seja, uma situação de instabilidade sistêmica em que a mudança mínima pode produzir, de modo imprevisível e caótico, transformações qualitativas. A turbulência das escalas destrói seqüências e termos de comparação e, ao fazê-lo, reduz alternativas, e cria impotência ou promove passividade.”

¹¹⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, op. cit., p. 35.

¹¹⁹ BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, op. cit., p. 7.

La sociedad actual no sólo cambia sus valores tradicionales, sino que además está descontenta con las consecuencias de la modernización: inseguridad de las biografías y peligros apenas imaginables que nos afectan a todos y contra los que ya nadie puede asegurarse¹²⁰. Beck señala las principales características de los riesgos actuales¹²¹:

- 1) El riesgo tiene la fuerza destructiva de la guerra. Todos los sectores de la sociedad están expuestos a él. El nuevo riesgo es democrático, afecta también a los ricos y poderosos, y sus efectos se perciben en todos los ámbitos. Los mercados se hunden, los sistemas jurídicos no responden al estado de las cosas, los gobiernos son demandados y a la vez disponen de nuevas oportunidades de acción.
- 2) Se puede identificar una comunidad de peligro mundial. Los peligros ya no son sólo cuestiones internas a los Estados, que no puede combatirlos individualmente. Aparecen nuevas formas para tratar los conflictos provocados por desigualdades sociales.
- 3) El progreso de las ciencias consiste en cuestionar la premisa básica bajo la cual trabajan los expertos: “como no veo ningún riesgo, no existe ningún riesgo”. Que haya más ciencia no reduce necesariamente el riesgo, pero si amplía la conciencia del mismo, lo hace visible a la colectividad.
- 4) “El miedo condiciona la vida. La seguridad desplaza la libertad y la igualdad del lugar preeminente que ocupaban en las escala de valores.”¹²²
- 5) La “economía del miedo” se enriquece con el esta general de inseguridad. El ciudadano, en general, agradece que lo escanee, registre e interroge en nombre de su seguridad. La seguridad pasa a ser un bien de consumo.

Dichas características informan una nueva relación del la sociedad con el riesgo al cual ella está expuesta: la centralidad de los datos relativos a los riesgos. Reconocer los riesgos, en qué consisten, su magnitud, su rol en la sociedad y en la sociología contemporáneas nos permite describir, en parte, el funcionamiento de la sociedad actual y comprender sus reflejos en la producción legislativa de los últimos años. Empezaremos buscando un concepto de riesgo.

3.2.1 El concepto de riesgo.

¹²⁰ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*, op. cit., p. 25.

¹²¹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*, op. cit., p. 26.

¹²² BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*, op. cit., p. 26.

El concepto *riesgo* es eminentemente moderno. No existía en Europa en la Edad Media, ni en la mayoría de las culturas tradicionales. Un posible origen se encuentra en la península ibérica, en la época de las grandes navegaciones españolas y portuguesas. El término fue acuñado para describir la navegación en mares todavía no conocidos, todavía no descritos en las cartas de navegación. Giddens informa que:

“Pero aquí nos encontramos con algo realmente interesante. Salvo en algunos contextos marginales, el concepto de riesgos no existía en la Edad Media. Tampoco, al menos que yo sepa, existía en las demás culturas tradicionales. La idea de riesgo parece haber tomado cuerpo en los siglos XVI y XVII, y fue acuñada por primera vez por exploradores occidentales cuando realizaban sus viajes por el mundo. La palabra *riesgo* parece haber llegado al inglés a través del español o del portugués, donde se usaba para referirse a navegar en aguas desconocidas. En otras palabras, originariamente estaba orientada al espacio. Más tarde se trasladó al tiempo, utilizado como en la banca y la inversión, para indicar el cálculo de las consecuencias probables de las decisiones inversoras para prestamistas y prestatarios. Llegó posteriormente a referirse a una amplia gama de diferentes situaciones de incertidumbre.”¹²³

A ese respecto Luhmann, así como Giddens, reconoce un posible origen del término en España, e indica los contextos en los cuales la palabra fue utilizada de forma generalizada por primera vez:

“Los orígenes de la palabra son desconocidos. Hay quien habla de su posible procedencia árabe. En Europa el término ya se encuentra en documentos medievales, sin embargo se extiende en primer lugar con la llegada de la imprenta, especialmente en Italia y España.” De cualquier modo, se echan de menos investigaciones históricas respecto al concepto riesgo. La razón es que el citado término aparece con poca frecuencia y muy disperso en diferentes ámbitos de la realidad social. El viaje por mar y el comercio son casos en los que el empleo de la palabra es frecuente.”¹²⁴

Las antiguas civilizaciones no necesitaban del concepto de riesgo porque intentaban garantizar el suceso de sus empresas no a través del conocimiento científico, sino que, a través de un conocimiento mitológico o religioso. Las ideas de suerte o azar estaban estrechamente vinculadas a la voluntad de los dioses, no a la posibilidad de control de las variables a través del cálculo y de la acción humana, lo que es informado por Luhmann de la siguiente forma:

“Las antiguas civilizaciones desarrollaron para problemas análogos unas técnicas muy dispares. Naturalmente no *necesitaron* de la palabra riesgo, tal y como nosotros la entendemos. Por supuesto que elaboraron determinados mecanismos culturales que dotaban de certidumbre a la existencia futura. En este sentido, se confió mayormente en la práctica de la adivinación, si bien ésta no garantizaba una seguridad plena respecto a los acontecimientos venideros. Por lo demás permitía que la propia decisión no desatara la ira de los dioses o de otras fuerzas

¹²³ GIDDENS, Anthony. *Un mundo desbocado*. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, *op. cit.*, p. 34.

¹²⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. 3ª Edición. Traducción Silvia Pappe, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura. México D. F., Universidad Iberoamericana, 2006, p. 53.

luminosas y garantizaba el contacto con los misteriosos designios del destino. En muchos aspectos el complejo semántico del pecado (conducta que viola los ordenamientos religiosos) ofrece un equivalente funcional, ya que puede servir para explicar el surgimiento de la desgracia.”¹²⁵

Riesgo y peligro tienen significados diferentes y funciones diferentes en nuestra sociedad. En la medida en que el concepto de peligro tiene sentido en un contexto de imposibilidad de control de las variables que representan posibilidad de daño a los bienes, el concepto de riesgo tiene que ver con el control de dichas variables, hasta cierto punto, su percepción, su evaluación y la posibilidad de elegirlos o no. Riesgo tiene que ver con la posibilidad del hombre de planificar su acción en el espacio y en el tiempo, con el objetivo de llegar al fin deseado, y la conciencia de cuáles son las amenazas previstas en el camino. Así informa Giddens:

“Las culturas tradicionales no tenían un concepto del riesgo porque no lo necesitaban. Riesgo no es igual a amenaza o peligro. El riesgo se refiere a peligros que se analizan activamente en relación a posibilidades futuras. Sólo alcanza un uso extendido en una sociedad orientada hacia el futuro – que ve el futuro precisamente como un territorio a conquistar o colonizar. La idea de riesgo supone una sociedad que trata activamente de romper con su pasado – la característica fundamental, en efecto, de la civilización industrial moderna.”¹²⁶

El análisis del riesgo es una forma de intentar colonizar el futuro. Es establecer un plan de acción coordinada para intentar reducir al máximo los posibles daños por el camino y tener conciencia de las probabilidades que hay de conseguir o no el fin deseado. En este mismo sentido fueron hechas las investigaciones del sociólogo alemán Ulrich Beck, que define riesgo de la siguiente forma:

“Riesgo es el enfoque moderno de previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada. Es un intento (institucionalizado) de colonizar el futuro, un mapa cognitivo. Toda sociedad, por supuesto, ha experimentado peligros. Pero el régimen de riesgo es una función de un orden nuevo: no es nacional, sino global.”¹²⁷

3.2.2 El riesgo y la sociología clásica.

Los fundadores de la sociología – Durkheim, Weber y Marx – no han podido conocer muchas características de las sociedades actuales, y por eso, no han podido teorizar sobre ellas. Aunque todos ellos han comprendido muy bien el desarrollo de la industria y de la técnica de su tiempo, ellos no han podido prever una serie de elementos centrales que nuestra sociedad posee, tales como el desarrollo de la industria militar, la destrucción del medio ambiente y los otros riesgos a los cuales las sociedades están expuestas.

¹²⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*, op. cit., p. 52.

¹²⁶ GIDDENS, Anthony. *Un mundo desbocado*. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, op. cit., p. 35.

¹²⁷ BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, op. cit., p. 5.

“El desarrollo del poder militar como fenómeno general, añade una nueva cuestión. Weber y Durkheim vivieron lo suficiente como para atestiguar los horribles acontecimientos de la primera Guerra Mundial, si bien Durkheim murió antes de concluir la contienda. El conflicto hizo añicos la esperanza que había mantenido con anterioridad al mismo, de que el industrialismo promovería de manera natural, un orden industrial, integrado y pacífico al tiempo que hizo imposible encajar dicha esperanza en el marco intelectual que había desarrollado como base de su sociología. (...) Los pensadores sociales que escribieron a finales del siglo diecinueve o comienzos del veinte, no pudieron prever el invento del armamento nuclear. Sin embargo, la conexión entre la innovación y organización industrial con el poder militar, es un proceso que se remonta a los mismos orígenes de la industrialización moderna.(...) No sólo la amenaza de una confrontación nuclear, sino el conflicto militar real, configura una parte básica de «el lado oscuro» de la modernidad en este siglo.”¹²⁸

Durkheim y Marx manifestaron cierto optimismo en relación al desarrollo de la sociedad. El primero, con la evolución del individualismo y de la solidaridad orgánica, las sociedades serían capaces de evolucionar sin pérdida de su identidad. Para el segundo, la revolución debería hacer que el conflicto de clases desapareciera, y con él, las características perniciosas de la sociedad industrial capitalista, tales como la alienación y el plusvalor.

Tales planteamientos sirvieron de bases para el desarrollo de muchas teorías sociológicas subsecuentes. Sin embargo, con la caída de la muralla de Berlín, simbolizando el equívoco de hecho de la posibilidad de eliminación del conflicto de clases, y nuevas características sociales tan centrales, como los riesgos inherentes al desarrollo de la industria bélica y los riesgos al medio ambiente, que ponen en riesgo de destrucción total la sociedad mundial entera, fue causada la caída de algunos de estos paradigmas, como la idea de progreso continuo y de seguridad. Eso observa Giddens:

“El mundo en que vivimos es espantoso y peligroso. Esto nos ha obligado a algo más que suavizar o matizar la suposición de que el surgimiento de la modernidad nos conduciría a la formación de un mundo más feliz y más seguro. La pérdida de fe en el «progreso» es, desde luego, uno de los factores que subraya la disolución de la gran narrativa de la historia, pero en ello hay mucho más en juego que la simple conclusión de que «la historia no conduce a ninguna parte». Tenemos que desarrollar un análisis institucional del carácter bifronte de la modernidad y, al hacerlo, debemos rectificar alguna de las limitaciones de las perspectivas teóricas de la sociología clásica, limitaciones que continúan afectando al pensamiento sociológico hasta hoy.”¹²⁹

Esta es la razón por la cual el riesgo es un elemento central de la sociología contemporánea: no fue previsto por sus fundadores, como elemento de central importancia para explicación de la sociedad, y por eso tiene un difícil encaje en las teorías clásicas de la sociología.

¹²⁸ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*, op. cit., p. 21.

¹²⁹ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*, op. cit., p. 22.

Los grandes relatos de la sociología no fueron capaces de prever cosas tan importantes como la posibilidad de hecho de destrucción de la sociedad mundial por completo, en pocos minutos, a través de la utilización de armamentos nucleares, o a lo largo del tiempo, a través de la destrucción del medio ambiente.

“La sociología es una disciplina muy amplia y diversa, y cualquier simple generalización sobre la misma como un todo es cuestionable. Pero podemos apuntar tres ideas ampliamente sostenidas, en parte derivadas del persistente impacto de la teoría social clásica en la sociología y que impiden el análisis satisfactorio de las instituciones modernas. La primera de ellas concierne al diagnóstico institucional de la modernidad. La segunda tiene que ver con el objeto primordial del propio análisis sociológico, «la sociedad»; la tercera se relaciona con las conexiones que existen entre el conocimiento sociológico y las características de la modernidad a las que dicho conocimiento se refiere.”¹³⁰

Así pues, el análisis de los riesgos es un reto contemporáneo de la sociología, y esencial para que podamos comprender de forma más completa las sociedades actuales.

3.2.3 Las nuevas clases de riesgos y su percepción.

Giddens identifica el perfil de los riesgos en la sociedad contemporánea, de acuerdo con el siguiente listado. Las cuatro primeras características dicen respecto a la distribución de los riesgos, y las otras tres dicen respecto a la percepción de dichos riesgos.

- “1. *La globalización del riesgo en el sentido de intensidad*: por ejemplo, la guerra nuclear puede amenazar la supervivencia de la humanidad.
2. *La globalización del riesgo en el sentido del creciente número de sucesos contingentes* que afectan a todos, o al menos, a gran número de personas en el planeta: por ejemplo, los cambios en la división mundial del trabajo.
3. *El riesgo que origina el entorno creado, o la naturaleza socializada*: la incorporación de conocimiento humano al entorno material.
4. El desarrollo de medios *de riesgo institucionalizado* que afecta a las oportunidades de vida de millones de seres humanos: por ejemplo, los mercados de inversión.
5. *La conciencia del riesgo como riesgo*: las «lagunas de conocimiento» del riesgo ya no pueden ser transformados en «certidumbres» por el conocimiento religioso o mágico.
6. *La conciencia de riesgo ampliamente distribuida*: muchos de los peligros a los cuales nos enfrentamos colectivamente, son conocidos por amplios sectores del público en general.
7. *La conciencia de las limitaciones de la experiencia*: ningún sistema experto puede serlo totalmente respecto a las consecuencias de la adopción de principios expertos.”¹³¹

¹³⁰ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad, op. cit.*, p. 23.

¹³¹ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad, op. cit.*, 120.

La primera categoría de riesgos indicada por Giddens hace referencia a la intensidad de los riesgos a los cuales la sociedad está expuesta. Tenemos como ejemplo de esta característica de los riesgos actuales, potenciales catástrofes globales, que representan peligro para todos los habitantes del planeta, como la posibilidad de guerra nuclear, desastre ecológico, explosión demográfica incontrolada y colapso del intercambio económico mundial, que están compartidos por todas clases sociales.

Ellos son diferentes de los riesgos, por ejemplo, inherentes a bajos niveles de nutrición o del alto riesgo de contracción de enfermedades, porque estos están relacionados a la falta de recursos. La intensidad de ciertas clases de riesgos trasciende todos los diferenciales económicos y sociales¹³².

La segunda característica de los riesgos dice respecto más a su extensión que a su intensidad, y está vinculada a los mecanismos de desanclaje del sistema social. Giddens define desanclaje como: “Por desanclaje entiendo el «despegar» las relaciones sociales de sus contextos locales de interacción y reestructurarlas en indefinidos intervalos espacio-temporales.”¹³³ En virtud de no ser funcionalista, Giddens utiliza el término desanclaje, que significa lo mismo, en términos funcionalistas, que reducción de complejidad, conforme se explicará.

Mecanismos de desanclaje sustituyen las relaciones sociales más personales y complejas que les dieron origen y las transforman en relaciones menos complejas y más impersonales, y así, menos condicionadas a factores de espacio y tiempo. Giddens identifica el dinero como un mecanismo de desanclaje. Luhmann lo identifica como mecanismo de reducción de complejidad. Estos mecanismos se apoyan en las bases de la confianza, es decir, en términos de Giddens, sobre las bases de la fiabilidad.

La explicación es simple: en lugar de, cada vez que uno quiere cambiar los bienes que tiene, intercambiarlos directamente por otros bienes, lo que presupone un inmensa complejidad con relación a los posibles precios de bienes usados, condicionados a factores de tiempo, lugar y conservación de dichos bienes, se los puede cambiar por dinero, lo que reduce la complejidad de las relaciones sociales comprometidas al mismo tiempo en que las vuelve más impersonales también.

La confianza (Luhmann) o fiabilidad (Giddens) se manifiesta en el hecho de que para las subsecuentes relaciones sociales se podrá usar el dinero conseguido para la adquisición de las cosas que se desea. Es la confianza en la aceptabilidad del dinero como mecanismo reductor de la complejidad, que permite su utilización, y aparte de eso, permitió el desarrollo de los sistemas económicos de las sociedades modernas a niveles tan abstractos, como los sistemas que tenemos hoy.

¹³² BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt, Suhrkamp, 1986, p. 7.

¹³³ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad, op. cit.*, p. 32.

No es por casualidad que Giddens elige el ejemplo del dinero como mecanismo de desanclaje en nuestra sociedad, él es el mecanismo de reducción de complejidad por excelencia. Así pues, con la especificación funcional (división de funciones) en nuestra sociedad, las personas tienen cada vez menos vínculos con las fuentes de producción de los bienes que consumen, lo que genera una variedad de riesgos inimaginable.

En este contexto, por ejemplo, las personas que tienen calefacción a gasóleo en sus viviendas, como es muy común en los EE. UU., y no poseen ninguna chimenea o estufa de leñas, están muy susceptibles a los cambios del precio de petróleo. Lo mismo se puede decir del tráfico rodado, mecanismo principal de traslado de personas del cual todo el mundo es dependiente, que es completamente dependiente de las variaciones del precio del petróleo en los países que no poseen otros medios de propulsión de automóviles, como el gas natural y el alcohol.

El riesgo que origina el entorno creado, o la naturaleza socializada, se refiere a la relación entre los seres humanos y el medio ambiente. Los peligros ecológicos de esta categoría derivan de las alteraciones de la naturaleza por los sistemas de conocimiento humano, y son ejemplificados por Giddens de la siguiente manera:

“El número total de los graves riesgos que nos amenazan con respecto a la naturaleza socializada *es* desalentador: la radiación debida a accidentes importantes en las centrales nucleares o por *los* residuos nucleares; la contaminación química de los mares, que *es* suficiente para destruir el fitoplancton que renueva gran parte del oxígeno de la atmósfera; el *efecto invernadero* que deriva de los contaminantes atmosféricos que atacan la capa de ozono derritiendo parte de las capas de hielo e inundando enormes regiones; la destrucción de grandes áreas del bosque húmedo, fuente fundamental para la renovación del oxígeno; y la devastación de millones de hectáreas de la capa superficial del suelo que resulta del uso generalizado de fertilizantes artificiales.”¹³⁴

La cuarta característica de los riesgos está relacionada con los riesgos proporcionados por el funcionamiento de determinadas instituciones modernas, que pueden hacer con que funcionen mal determinados mecanismos de desanclaje. Los mercados de inversiones son un ejemplo de estos riesgos. Su funcionamiento presupone el adelantamiento de unos con relación a los otros inversores, el lucro de unos, y el consecuente perjuicio de otros. La economía presenta instituciones en las cuales ya no se puede fiar en virtud de los riesgos que presentan. El daño de determinados sectores de los mercados de capitales pone en riesgos economías enteras, lo que es un riesgo eminentemente contemporáneo. Un buen ejemplo es lo que está sucediendo ahora en España, que no posee mecanismos propios y autónomos de política cambial, y por eso, su economía entera está sujeta a los riesgos asumidos por la política monetaria de la Unión Europea.

¹³⁴ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*, op. cit., p. 132.

Acerca de la percepción del riesgo se puede señalar las tres últimas características. Las lagunas del conocimiento del riesgo ya no pueden ser rellenas por el conocimiento mágico o religioso. El conocimiento religioso ya sirvió para dotar de certidumbre a grandes empresas arriesgadas, como los descubrimientos del siglo XV, transformando esta forma de experiencia de riesgo en sentimientos de relativa seguridad. Sin embargo, desde la caída de la religión como gran relato, ya no se puede más acudir a ella como fuente de certidumbre para la conducta humana arriesgada.

Una gran parte de los riesgos es conocida por la población en general. Los medios de comunicación han tenido en los últimos años el papel central en la difusión de informaciones acerca de los riesgos compartidos por las sociedades. El conocimiento de los entornos de riesgos conduce a la necesidad de acudir a los conocimientos de los expertos. La fe que sostiene la fiabilidad en los sistemas expertos incluye el bloqueo de la ignorancia de las personas cuando se enfrentan a las afirmaciones de los expertos.¹³⁵ Pero esta fe puede minarse con el reconocimiento de las zonas de ignorancia a que se enfrentan los expertos mismos, que muchas veces son objeto de ocultación o falseamiento de la verdad.

Así pues, la percepción contemporánea de los riesgos está vinculada a su difusión por los medios de comunicación, bien como de su extensión y gravedad, a la imposibilidad de acudir a pensamientos supersticiosos, como se pudo hacer en otras épocas de la historia, a conocimientos de la fe para crear zonas de certidumbre, y con la débil fiabilidad que en general se tiene en relación a los informes de los expertos en las áreas comprometidas en los análisis de los riesgos.

3.2.4 La aceptabilidad del riesgo.

El próximo paso para analizar la relación entre los riesgos y nuestras sociedades en la contemporaneidad, después de observado cómo dichos riesgos pueden ser percibidos, es analizar su aceptabilidad. Se deben buscar criterios sociales válidos para determinar las condiciones en las cuales pueden y deben ser aceptados determinados riesgos para el funcionamiento de la sociedad. Nos pone un ejemplo la socióloga inglesa Mary Douglas:

“La aceptación pública de cualquier política sobre riesgo dependerá de ideas públicas estandarizadas acerca de la justicia. Se ha sostenido con frecuencia que la percepción del riesgo está determinada por cuestiones de equidad. Cuanto más dependan las instituciones del compromiso personal y no de la coacción, tanto mayor su sensibilidad explícita para la equidad. El umbral de aceptabilidad en el puesto de trabajo es más bajo cuando los trabajadores se consideran explotados.”¹³⁶

¹³⁵ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*, op. cit., p. 125.

¹³⁶ DOUGLAS, Mary. *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*. Traducción de Víctor Abelardo Martínez, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1996, p. 25.

Así pues, la aceptación de riesgos está relacionada a la elección racional. Alrededor de cada elección de conducta que se puede hacer, hay un campo de incertidumbre. Aunque se elija los medios de acuerdo con los fines que se desea realizar, el camino que se hace hacia dichos fines está lleno de elementos incontrolables por la voluntad humana.

En el capítulo siguiente se explicará la relación entre complejidad y contingencia de la conducta humana, sin embargo, es necesario desde ya señalar que la elección de una determinada conducta implica riesgos que no son totalmente previsibles y controlables a través de la razón y de la formulación hipotética acerca de los posible desdoblamientos causales. Es lo que Douglas nos quiere decir:

“Cada elección que realizamos está plagada de incertidumbre. Ésa es la condición básica del conocimiento humano. Una gran parte del análisis del riesgo está relacionada con el intento de convertir las incertidumbres en probabilidades. Lo que parece ser en cada caso un ejercicio puramente técnico se convierte en seguida en otro que descansa sobre los fundamentos filosóficos de la inferencia.”¹³⁷

Así pues, los fundamentos de la elección racional en una sociedad compleja y contingente como la nuestra, bien como las condiciones de inferencia de la conducta humana serán descritas y analizadas en el capítulo siguiente, de acuerdo con las teorías funcionalistas.

4. Comprendiendo los presupuestos de la teoría de sistemas estructuralista funcional Niklas Luhmann.

La primera cuestión que hay que hacer en esta parte del trabajo es derribar prejuicios, abundantes con relación a la teoría de los sistemas sociales de Luhmann. La primera cuestión que en general se escucha acerca de teorías como la citada – estructuralistas y posestructuralistas– es que, en virtud de tener como presupuesto que la sociedad no se constituye de hombres, ellas conducen a la propia destrucción de ser humano, como en el siguiente pasaje:

“Si meditamos, por un momento, sobre todo lo anterior, –un mundo de significantes estructurado formalmente; un mundo flotante que compone una estructura ensimismada, más allá de las realidades objetivas y subjetivas y que parece poder presidir la historia–, no es difícil aventurar que, más pronto que tarde, el nuevo paradigma de la lingüística estructural terminaría por destronar definitivamente el sujeto de la modernidad ilustrada en todas sus variantes. Se denomina, precisamente, estructuralismo a ese extraordinario movimiento cuya vocación última no es otra (en palabras del gran antropólogo Lévi-Strauss) que *disolver al hombre*.”¹³⁸ “El pensamiento sistémico de Luhmann no es más que otra larvada metafísica del espíritu objetivo en la que el sujeto se disuelve en ara de las

¹³⁷ DOUGLAS, Mary. *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*, op. cit., p. 74.

¹³⁸ CASTRO NOGUEIRA, Luis; CASTRO NOGUEIRA, Miguel Ángel; MORALES NAVARRO, Julian. *Metodología de las Ciencias Sociales*, op. cit., p. 621.

redes *autopoiéticas* de comunicación que lubrican, modulan y ontologizan el funcionamiento de la sociedad.”¹³⁹

Pero eso no es verdad. La propuesta del estructuralismo y del funcionalismo no es la disolución del hombre, sino explicar mejor su condición en la sociedad posmoderna. Se reconoce que, a través de las teorías clásicas de explicación de la sociedad, que ven la sociedad como un conjunto de personas que practica acciones sociales no es posible comprender toda la complejidad de los fenómenos sociales ni todos sus importantes detalles, esenciales para la real comprensión de la sociedad y su funcionamiento. En las palabras de uno de los estudiosos actuales que mejor comprenden la teoría de Luhmann, Hans-Georg Moeller:

“La teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann es desconfortante para muchos, e irritante para algunos. En una sociedad en la cual se pone mucha énfasis en lo individual y que define a sí misma como “civil”, la indicación básica de Luhmann de que, de hecho, la sociedad no se constituye de seres humanos puede ser vista como chocante, contraria al sentido común, o como absurda. (...) Sí, la teoría de los sistemas sociales niega al ser humano un papel central en la sociedad, pero no por una falta de respeto a los seres humanos y sus cuerpos, sus sentimientos, sus derechos, y sus valores. Eso ocurre más en virtud de la idea de que el ser humano es, en realidad, un conjunto tan complejo que no puede ser adecuadamente comprendido en los términos de un simple concepto. La realidad humana es tan compleja que no puede ser subsumida bajo el simple concepto de “ser humano”. La teoría de Luhmann debería ser interpretada, yo creo, no como una negación de la experiencia humana, sino como un intento de resolver y hacer justicia a la extrema multiplicidad, o puesto de otra más dramática, las divisiones existenciales de estas experiencias.”¹⁴⁰

Así pues, está puesta la premisa fundamental de la teoría de los sistemas sociales: a través de las teorías humanistas precedentes, que tienen por base el ser humano o un grupo de seres humanos, no se puede más analizar exitosamente la sociedad actual¹⁴¹.

La tradición filosófica europea siempre definió la sociedad como un conjunto de individuos. Sin embargo, podemos ver la sociedad actual de otro modo. Los actos de comprar alguna cosa por internet, invertir en el mercado de acciones o actuar en una novela de televisión se constituyen mucho menos en formas de tomar

¹³⁹ CASTRO NOGUEIRA, Luis; CASTRO NOGUEIRA, Miguel Ángel; MORALES NAVARRO, Julian. *Metodología de las Ciencias Sociales*, op. cit., p. 654.

¹⁴⁰ MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann Explained*. From Souls to Systems. Peru, Open Court Publishing Company, 2006, p. ix. Texto original: “Niklas Luhmann’s theory of social systems is discomforting to many and irritating to some. In a society that puts so much emphasis on the individual and defines itself as “civil”, Luhmann’s basic claim that, in fact, society does not consist of human beings can be seen as shocking, as going against common sense, or as absurd. (...) Yes, social systems deny the human being a central role in society, but this is not because of a lack of respect for humans their bodies, their feelings, their rights, and their values. It is rather because of the insight that the human being is, in reality, such a complex assemblage that it cannot be adequately understood in terms of a single concept. Human reality is too complex to be subsumed under the single heading of “human being”. Luhmann’s theory should be read, I believe, not as a denial of human experience, but as an attempt to sort out and do justice to the extreme multiplicity, or, to put it more dramatically, the existential divisions of such experiences.”

¹⁴¹ MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann Explained*. From Souls to Systems, op. cit., p. 5.

parte en la vida en sociedad que en formas de realizar eventos funcionales en el sistema de la economía (los dos primeros) o en el sistema de los medios de comunicación masiva (el tercero).

Cuando se compra algo o cuando se vota en elecciones, lo esencial de estas acciones no es el votante o el comprador, sino el dinero, para el sistema económico, y el voto para el sistema político. En este contexto, para dichos sistemas lo que tiene sentido no es la persona, sino la comunicación que expresa el voto o el dinero. Moeller informa que:

“En oposición el intento vieja tradicional europea de describir la sociedad basándose en sus miembros (es decir, un grupo de personas o una comunidad), la teoría de sistemas intenta describir la sociedad basándose en sus eventos: se mira a lo que realmente ocurre. Cuando alguien compra un chocolate o estoque, eso es comprendido como una comunicación en el sistema económico; cuando alguien asiste televisión, eso es comprendido como una comunicación en el sistema de los medios de comunicación masiva, cuando alguien vota y el voto es llevado en cuenta, eso es comprendido como comunicación en el sistema de la política. Esos ejemplos demuestran que las comunicaciones no están restringidas al lenguaje verbal, a menudo se puede comunicarse igualmente bien, a través de dinero o cédulas de votación.”¹⁴²

Lo que Moeller quiere decir es que no es más posible concebir fenómenos complejos como la comunicación masiva y el sistema económico a través de teorías que explican la sociedad como suma de los sujetos o como la interacción entre ellos.

Ahora probablemente se podría preguntar: ¿Cómo se concibe el sujeto en este tipo de teoría? La persona no es concebida más como la dualidad Cartesiana entre mente y cuerpo. La observación de la realidad humana condujo a la conclusión de que hay tres tipos de sistemas que interesan a la sociología: los sistemas psíquicos, los sistemas biológicos y los sistemas sociales. Hay otros sistemas que no son de interés de la sociología, como los sistemas cibernéticos y las máquinas.

La individualidad es identificada en cada uno de estos tres tipos de sistemas individuales, como una trinidad. La persona nace con un cuerpo individual, y por eso, es identificada como un sistema biológico. La persona tiene psique, es decir, tiene una mente individual, y por eso, es identificada también como un sistema psíquico. Por fin, la persona realiza eventos comunicativos en varios sistemas sociales, y por eso, su condición es identificada también como presente en los sistemas sociales.

¹⁴² MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann Explained. From Souls to Systems*, *op. cit.*, p. 6. Texto original: “As opposed to the traditional Old European attempt to describe the society on the basis of its members (that is: a group of people or a community), systems theory tries to describe society on the basis of its events: it looks at what actually happens. When someone buys a chocolate bar or stock, this is understood as economic communication; when someone watches TV, this is understood as mass media communication; when a vote is cast and counted, this is understood as political communication. These examples already shows that communications are not restricted to language, often one can communicate equally well, for instance, with money or ballots.”

Lo esencial para esta teoría es lo siguiente: el ser humano sólo existe para el sistema social como emisor de una comunicación. Es decir, los sistemas sociales no captan la existencia del ser humano como entidad. El sistema de la economía no reconoce el ser humano, sino eventos de lucro o perjuicio. El sistema de la ciencia no reconoce el ser humano, sino las comunicaciones que contienen la información de falso o verdadero. El sistema de la política no reconoce el ser humano, sino trabaja bajo decisiones que reconocen mayoría o minoría. El sistema de la religión no reconoce el ser humano, sino comunicaciones calificadas como trascendentes o inmanentes. El sistema de la salud tampoco reconoce el ser humano, sino reconoce ciertas comunicaciones como saludables o no saludables.

El sistema del derecho no reconoce el ser humano, de hecho. Aunque una Constitución diga que el ser humano y su dignidad son los valores supremos y absolutos de la sociedad, el derecho no percibe el ser humano como ser ontológico. El único tipo de comunicación que el Derecho puede identificar son las comunicaciones que él califica como lícitas o ilícitas. Es decir, con relación a dicha disposición constitucional, bajo sus propias reglas como sistema social, el derecho identifica como ilícita ciertas vulneraciones del valor dignidad humana para el sistema del derecho, como por ejemplo, el homicidio, sin embargo considera como lícitas otras vulneraciones, como la muerte realizada en legítima defensa, o la eutanasia, en algunos países.

En este contexto, el valor constitucional dignidad sirve de baremo para identificar, bajo las reglas propias del sistema del Derecho, algunas comunicaciones como lícitas o ilícitas, pero dicho valor no sirve de fuente para poner en el sistema del derecho el ser humano ontológicamente considerado, porque dicho ser no existe en el plan del lenguaje comunicativo del sistema. El ser humano simplemente existe, no es lícito ni ilícito, y por eso, no encaja en el lenguaje en cuestión.

El ser humano como entidad existente dotada de un cuerpo, *da-sein* de Heidegger¹⁴³, no tiene sentido para los sistemas sociales porque su mera existencia no se encaja en la forma de comunicar de los sistemas sociales. Su existencia como ente orgánico tiene sentido como sistema biológico, su existencia como una personalidad tiene sentido como un sistema psíquico, pero dicha existencia no tienen sentido en los sistemas sociales.

En los sistemas sociales sólo existen comunicaciones, no seres humanos. Así pues, podría preguntarse: ¿un ser humano en estado de coma profundo, que no es capaz de emitir ninguna comunicación, todavía existe en el sistema social? La respuesta es obviamente sí, como cualquier otro ser humano. Él continúa

¹⁴³«La realidad primaria, donde el ser se capta con su sentido original, es lo que Heidegger llama el «Dasein». «Dasein» es una palabra alemana que, por difícilmente traducible, se suele transcribir en todos los idiomas. Significa «ser-ahí», y, en definitiva, se refiere al hombre como «arrojado a la existencia», ser que existe en el mundo y actúa sobre las cosas, que tienen, ante todo, el sentido de instrumentos del Dasein. La filosofía, según Heidegger, no puede ser más que una analítica e interpretación del Dasein.» GAMBRA, Refael. *Historia sencilla de la Filosofía*, 21ª edición, Rialp, Madrid, 1996, p. 227.

existiendo como comunicación. Para el sistema del derecho, ciertas violaciones a su dignidad continúan siendo ilícitas, por ejemplo. Si él paga de forma fraccionada la hipoteca de su vivienda, con domiciliación bancaria, el cobro o no de las prestaciones son comunicaciones en el sistema de la economía. La emisión de comunicaciones no depende del estado de conciencia del individuo. Moeller indica que:

“Las nociones humanistas tradicionales son muy simples para explicar la complejidad de la realidad – eso es la razón por la cual debe haber una nueva teoría. De acuerdo con lo explicado en el primer capítulo de este libro, Luhmann reemplaza la noción de un ser humano singular e integrado por la asunción de por lo menos tres reinos autopoieticos: el cuerpo, la mente, y la comunicación. “Nosotros” somos un conjunto complejo de funciones corporales, operaciones psíquicas, y eventos sociales.”¹⁴⁴

La concepción de ser humano no puede ser reducida, como establece la tradición filosófica europea, a la conjunción de mente y cuerpo, porque las relaciones sociales a las cuales el ser humano está expuesto en nuestra sociedad son muy complejas y necesitan ser observadas de la forma más amplia posible si se las desea investigar con mayor profundidad.

Así pues, en el apartado siguiente se explicará como la concepción clásica de ser humano puede dificultar el entendimiento más profundizado de su condición, a través del estudio de las teorías sociológicas clásicas.

4.1 Los puntos de partida de Luhmann.

Luhmann empieza la propuesta de ver la sociedad como un sistema social a partir de la crítica que hace a las limitaciones de los planteamientos sociológicos precedentes a él. Luhmann observa algunos límites de dichas teorías, existentes en sus puntos de partida epistemológicos, a saber:

“(1) Que la sociedad está constituida por hombres concretos y por relaciones entre seres humanos.

(2) Que, por consiguiente, la sociedad se establece —o por lo menos se integra— a través del consenso de los seres humanos, de la concordancia de sus opiniones y de la complementariedad de sus objetivos.

(3) Que las sociedades son unidades regionales, territorialmente delimitadas, por lo cual Brasil es una sociedad distinta de Tailandia; los Estados Unidos son una sociedad distinta de lo que hasta hace poco se llamo Unión Soviética, y también Uruguay es una sociedad distinta de Paraguay.

¹⁴⁴ MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann Explained*. From Souls to Systems, *op. cit.*, p. 80. Texto original: “Traditional humanist notions are too simple to explain the complexity of the reality – this is why there needs to be a new theory. As discussed in the first chapter of this book, Luhmann replaces the notion of a singular and integrated human being with the assumption of at least three autopoietic systemic realms: body, consciousness and communication. “We” are a complex assembly of body functions, psychic operations, and social performances.”

(4) Y que, por tanto, las sociedades pueden observarse desde el exterior como grupos de seres humanos o como territorios.”¹⁴⁵

“(1) Que la sociedad está constituida por hombres concretos y por relaciones entre seres humanos.”¹⁴⁶

La primera premisa se apoya en el hecho de que el hombre es un individuo, es una unidad de la sociedad. Pero eso no es una premisa verdadera. Los ámbitos de la sociedad no son ampliados por la reproducción humana, ni por la producción celular humana, sino que a través de la especificación funcional de sectores de la propia sociedad.

Dichos procesos de especificación funcional son los procesos a través de los cuales la sociedad amplía sus ámbitos de comunicación con, por ejemplo, la creación de subsistemas sociales y el aumento de la complejidad de ellos (como el aumento de las posibilidades de actuación de estos sistemas y de comunicación inter e intrasistémica).

Lo que hace realmente que los sistemas sociales se expandan es la especificación funcional, conforme ya dicho, a través del aumento de complejidad en el sistema o de la creación de nuevos subsistemas en el sistema social. Así pues, como ejemplo de creación de nuevos sistemas se pone la creación ya antigua del sistema del derecho o de la economía, o la creación de sistemas más nuevos, como el sistema de los medios de comunicación masiva el sistema de gestión de los riesgos. Como ejemplo de aumento de complejidad en el sistema se pone el desarrollo de las posibilidades de comunicación de estos sistemas, a través, por ejemplo, de la creación de nuevas ramas del ordenamiento jurídico (como el derecho ambiental) y nuevas formas de manifestación el flujo cambial de inversiones, o el efecto burbuja, en el sistema de la economía.

Es de esta forma que la sociedad realmente se desarrolla, a través de la especificación funcional. Si el ser humano fuera realmente la unidad celular de la sociedad, ella se ampliaría con la reproducción de seres humanos, como un organismo crece con la reproducción celular, e incluso crecería con la reproducción celular humana. Es inconcebible pensar que los ámbitos de comunicación de nuestras sociedades se ampliarían con la reproducción humana justamente porque dichos ámbitos claramente no están vinculados a la reproducción humana. Luhmann informa que:

“La sociedad no pesa lo mismo que el total de los hombres, y no cambia su peso por cada uno que nazca o por cada uno que muera. No se reproduce por el hecho

¹⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. S. de R. L. de C. V., Editorial Herder, 2007, p. 12.

¹⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 12.

de que en las células del hombre se transformen las macromoléculas, o por el hecho de que haya cambios de células en los organismos de los seres humanos individuales. La sociedad no vive.”¹⁴⁷

Así pues, si fuese posible separar en el mundo varias sociedades, sería mucho más amplio el sistema social que tuviese más diferenciación funcional que el sistema social en el cual se practicasen eventos comunicativos un número mayor de personas. Se pondrá un ejemplo.

En una comparación muy rudimentaria, se puede decir que, a pesar del país Botsuana ser más poblado que el país Luxemburgo, si fuera posible separar dichas sociedades, Luxemburgo tendría un sistema social más complejo y más amplio, por presentar más ámbitos de especificación funcional que Botsuana, como por ejemplo, un sistema económico más complejo, un número mayor de profesiones, mayores ámbitos de acoplamiento estructural entre los sistemas político y jurídico, etc. No es una cuestión de riqueza, sino de especificación funcional.

La última información en relación a este punto, que se debe señalar en este apartado es que, el concepto de acción social, en este contexto, presente en la tradición sociológica no es suficientemente complejo para reducir la complejidad (i.e. comprender de una mejor forma) que se pretende enfrentar, y por eso no podrá nunca ser un instrumento de análisis viable.¹⁴⁸

Las teorías de la acción tienen un punto de vista tan elemental que sólo pueden describir la acción humana desde el punto de vista de la ética, centrada en los análisis de los intereses, fines, e intenciones de los autores de la acción. Ellas ignoran el carácter complejo de los eventos comunicativos que dicen mucho más que el análisis de la acción desde un punto de vista de la ética, y es justamente lo que ignoran lo que permite comprender mejor el propio funcionamiento de la sociedad considerado como un ente diferente del individuo y de sus acciones.

“(2) Que, por consiguiente, la sociedad se establece —o por lo menos se integra— a través del consenso de los seres humanos, de la concordancia de sus opiniones y de la complementariedad de sus objetivos.”¹⁴⁹

El segundo punto hace referencia a que la sociedad se establece a través del consenso. Las teorías que se basan en estos presupuestos tienen origen en los pensadores del contrato social. Sin embargo, el modelo de explicación de la realidad social basado en el contrato social ha perdido vigencia en virtud de que se basan en un argumento circular o tautológico.

¹⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 13.

¹⁴⁸ IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, op. cit., p. 241.

¹⁴⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 12.

De acuerdo con dicho modelo, el sujeto tiene que cumplir el contrato social porque su aceptación obliga a sí mismo y al Estado, momento en que este y el Derecho que produce son creados. La pregunta es la siguiente: ¿cual derecho vigente en la época de la aceptación sería capaz de obligar el individuo a cumplir el contrato? Si un acto crea el Derecho no es posible identificar vigencia de dicho Derecho al acto que lo creó, y por eso, no se puede explicar el origen de la sociedad a través de la metáfora del contrato social.

Como hemos visto, Hobbes intenta reconocer un derecho previo al derecho positivado, el natural, que sigue teniendo vigencia incluso después de iniciado del contrato. Sin embargo, dichas construcciones teóricas, referentes al derecho natural, no pueden tener crédito en las ciencias jurídicas de la contemporaneidad, que por lo menos intentan tener el status de ciencia, y trabajar con objetos debidamente observables como la ley y las costumbres, productos de la sociedad, lo que permite rechazar por completo la posibilidad de creer en un derecho natural vigente.

A pesar de haber perdido vigencia el modelo de contrato social en el siglo XIX como modelo de explicación de la realidad, por las razones ya expuestas, su herencia puede ser identificada en las teorías sociológicas del consenso. Así empieza la sociología de Émile Durkheim e Max Webber, que llevadas al extremo conllevan al problema de la necesidad de mantener el orden aunque no haya situaciones de consenso. “La integración basada en el consenso es el principio por el cual la sociedad se identifica como unidad —como ‘individuo’, podría decirse.”¹⁵⁰

Pero pensar la sociedad desde las teorías del consenso, como lo hace Talcott Parsons plantea algunos problemas básicos. El primer problema viene con la imposibilidad de mantener el consenso en un sentido psíquico actualizables, es decir, un consenso efectivo humano que perdure en el tiempo.

Parsons intenta contestar la cuestión, así como Durkheim, que ve que la sociedad puede responder a una creciente diferenciación (creciente posibilidad de falta de consenso) con una creciente generalización de valores, lo que sólo es viable en sectores de la sociedad que presentan sistemas sociales en un grado de diferenciación funcional muy controlable¹⁵¹

Otra crítica a las teorías del consenso se identifica que, de acuerdo con ellas, debería negarse que los conflictos sociales, como el disentimiento y la conducta anómala, pertenezcan a la sociedad, lo que carece de sentido en la sociedad actual, porque sí hay conflictos sociales. La segunda opción sería considerar que dichos conflictos presupongan algún tipo de consenso, lo que no es coherente con sus presupuestos y no se sostiene, porque hay conflictos en la sociedad que no presuponen ningún tipo de consenso, como por ejemplo, los casos de delitos de asesinato masivo. Acerca de lo que se ha puesto, Luhmann informa que:

¹⁵⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 14.

¹⁵¹ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 14.

“Para la sociología todo esto debería ser razón suficiente como para poner en duda si debe adjudicarse a la integración consensual un significado *constitutivo* de la sociedad.”¹⁵²

La otra vertiente de las teorías del consenso, como la de George Herbert Mead, suponen “que la comunicación, en el curso de su propia secuencia, produce las identidades, las referencias, los valores propios, los objetos, independientemente de lo que experimenten los seres humanos particulares al confrontarse con ellos.”¹⁵³

Eso sí tiene que ver con la teoría de los sistemas sociales, sin embargo, conlleva al siguiente problema. La concepción de Mead considera el hombre como parte intrínseca de la sociedad, y en este contexto, sería imposible considerar el ser humano como un sistema biológico orgánico (cuerpo), un sistema psíquico (mente) y alguien que realiza un evento comunicativo en el sistema social. Eso sería imposible porque no es posible dividir el ser humano, como parte intrínseca del sistema social, en tres partes, una de cada sistema, y así, reconocerle también como un sistema psíquico y un biológico, lo que no permite una mejor forma de observar su naturaleza.

Otro problema que plantea la teoría de Mead que, en virtud de identificar el hombre como parte del sistema social, de acuerdo con ella, la teoría de la diferenciación funcional en el sistema social tendría que tener por objeto la clasificación del hombre por extractos sociales, naciones, etnias o grupos, de forma similar como lo hace la biología, lo que no tiene sentido en un mundo cada vez más globalizado que tiene por valor la integración internacional. Luhmann añade que:

“Si se tomara al hombre como parte de la sociedad, la teoría de la diferenciación tendría que diseñarse como teoría de la clasificación de los seres humanos —ya sea por estratos sociales, por naciones, por etnias, por grupos. Pero con esto se entraría en oposición evidente con el concepto de derechos humanos, en especial con el de igualdad. Tal ‘humanismo’ fracasaría ante sus propias ideas. Así que no queda otra posibilidad que la de considerar al hombre por entero —en cuerpo y alma— como parte del entorno del sistema sociedad.”¹⁵⁴

“(3) Que las sociedades son unidades regionales, territorialmente delimitadas, por lo cual Brasil es una sociedad distinta de Tailandia; los Estados Unidos son una sociedad distinta de lo que hasta hace poco se llamo Unión Soviética, y también Uruguay es una sociedad distinta de Paraguay.”¹⁵⁵

Con relación a la tercera premisa que dice respecto a la regionalización de las sociedades, está claro que hoy, en virtud del grado de globalización y compartición de valores, tecnologías y informaciones en general que no se puede más calificar las sociedad global como sociedades nacionales, o estados-

¹⁵² LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 15.

¹⁵³ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 15.

¹⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 16.

¹⁵⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*. op. cit., p. 12.

nacionales. Las fronteras entre países no son datos centrales desde el punto de vista de la sociología, y sólo tienen sentido desde un punto de vista de la política.

El Estado no puede poner límites arbitrarios al concepto de sociedad, que debe ser establecido bajo criterios científicos, no políticos. Incluso no son más suficientes los criterios lingüísticos o otros culturales para limitar dicho concepto. Tener en cuenta los límites territoriales como límites de la propia sociedad tiene que ver más con la dominación o una nostalgia de la idea de cultura pura.¹⁵⁶

“Conceptos de sociedad humanistas y regionalistas (nacionales), ya no son teóricamente satisfactorios; sobreviven únicamente en la forma de hablar. De esta manera la teoría sociológica actual deja una impresión ambigua, una especie de cabeza de Jano: utiliza conceptos que todavía no rompen con el nexo de la tradición pero que, al mismo tiempo, permiten hacer preguntas que podrían hacer estallar precisamente dicha referencia. Esa teoría utiliza el concepto de acción en un lugar conceptual determinante para ajustarse así a aquellas unidades últimas con carácter de acontecimiento no modificable (y para seguir recordándonos que sólo los seres humanos individuales son capaces de actuar). Diseña el concepto de *global system* para otorgar reconocimiento a las globalizaciones (y para reducir el concepto de sociedad al plano del Estado-nación).”¹⁵⁷

“(4) Y que, por tanto, las sociedades pueden observarse desde el exterior como grupos de seres humanos o como territorios.”¹⁵⁸

El problema del cuarto y último presupuesto, ya tratado en parte en el primer capítulo, donde traté de las aclaraciones metodológicas, dice respecto a la posibilidad de observar la sociedad como un grupo de hombres, desde fuera. Esto dice respecto a la clásica separación Cartesiana entre sujeto y objeto, establecida con el fin de dotar las ciencias de una supuesta neutralidad, el baremo que las permitía dar credibilidad a sus conclusiones, asociado a su método.

Sin embargo, conforme se ha informado, no es posible concebir más la separación entre sujeto/objeto en la sociología (ni en la psicología) después del desarrollo de la epistemología hacia el reconocimiento de la neutralidad científica como un mero mito y la puesta del observador, el sujeto, como objeto de la investigación. Es imposible considerar, en una investigación sociológica, el sujeto exclusivamente en la condición de observador. Así informa Luhmann:

“Aquí tenemos, también, una superación de la diferencia antigua por una teoría más compleja que permite hablar en los sistemas de introducción de autodescripciones, autoobservaciones, autosimplificaciones. Ahora se puede distinguir la diferencia mismo en relación con las sociedades. Esta disputa podría ser resuelta, también, distinguiendo las diferentes referencias al sistema.

¹⁵⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 17.

¹⁵⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 17.

¹⁵⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*. op. cit., p. 12.

sistema/entorno desde la perspectiva de un observador (por ejemplo, la de un científico), y distinguirla también de la diferencia sistema/entorno que se realiza en el sistema mismo: el observador, a su vez, puede ser pensado como un sistema autorreferencial. Relaciones de reflexión de este tipo no sólo revolucionan la epistemología clásica de sujeto-objeto; no sólo desdogmatizan y «naturalizan» la teoría científica, sino que producen también una comprensión más compleja del objeto por medio de un diseño de teoría, a su vez, más complejo”¹⁵⁹

Lo mismo puede ser dicho acerca de la delimitación hermética entre las disciplinas. En la actualidad la interdisciplinariedad es una posibilidad, y cada vez más, una exigencia, que permite ampliar los horizontes del conocimiento y de la investigación, lo que cuestiona la propia necesidad de existencia de fronteras en los ámbitos del conocimiento. De acuerdo con Luhmann, acerca de los planteamientos de la teoría de sistemas:

“Se trata de desarrollos intelectuales fascinantes y totalmente novedosos que, por primera vez, permiten escaparse de la contraposición entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, o entre *hard sciences* y *humanities*, o también entre ámbitos objetuales dados en forma de leyes y ámbitos objetuales dados en forma de textos —hermenêutica.”¹⁶⁰

Si se busca conocer mejor la sociedad, su forma de funcionar, y la propia condición humana, es imposible no considerar el hombre como parte también del objeto de la investigación, como observador y observado, en un mismo influjo de la investigación. Aunque él no sea considerado parte del sistema social, él es un agente de eventos de comunicación en varios sistema sociales, y por eso, estudiar dichos sistemas es estudiar el significado de su acción y el entorno en que vive, que ejerce gran influencia en sus acciones. Luhmann informa que:

“De aquí que el problema consista más que nada en las dificultades de orden lógico y las que se manifiestan en la técnica de la teoría —dificultades que hay que enfrentar cuando se trabaja, como dice la lingüística, con conceptos ‘autológicos’ y uno se ve obligado a descubrirse a si mismo en el propio objeto; es decir, verse obligado a descubrir a la sociología como autodescripción de la sociedad. Como ultima consecuencia, esto lleva a sostener que la realidad se reconoce por la resistencia que opone, pero también a que dicha resistencia frente a la comunicación solo puede efectuarse mediante comunicación. De admitirlo se ‘deconstruiría’ la distinción sujeto/objeto, y con ello los obstáculos dominantes que bloquean el conocimiento perderían su apoyo secreto. Tanto la tradición conceptual humanista como la regionalista se harían trizas a consecuencia de su inutilidad.”¹⁶¹

En resumen, la propuesta de Luhmann es librarse de los límites que las teorías esencialmente regionalistas y humanistas ponen a la expansión de conocimientos. Hoy en día, en la sociedad en que vivimos, después

¹⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos, 1998, p. 33.

¹⁶⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 40.

¹⁶¹ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 19.

de la caída de los grandes relatos y de la centralidad del discurso científico, es imposible decir que una epistemología es errónea o equivocada *a priori*.

Luhmann nos presenta la posibilidad de observar la sociedad desde un prisma nunca visto antes. Dicha nueva metodología, en virtud de representar una nueva forma de mirar la realidad, nos permite ampliar los conocimientos sobre el objeto de conocimiento llamado sociedad.

No se puede decir que el antihumanismo luhmanniano es reprochable sin incurrir en el error de dejarse llevar por los prejuicios de paradigmas diferentes de observación de la realidad. Toda nueva forma de observar la realidad presupone conocimientos nuevos que deben ser considerados en la medida que sean metodológicamente válidos y útiles para la investigación que se quiere llevar a cabo.

Así pues, si se tiene el compromiso de buscar la expansión de los conocimientos de determinadas áreas, como del derecho visto como una ciencia social, por ejemplo, no se puede dejar llevarse por las ideas inherentes a la vieja tradición humanista y antropocéntrica europea, que no permite observar la realidad desde epistemologías que no sean su propia, considerando la sociedad un amontonado de seres humanos.

Si queremos comprender mejor la realidad social debemos tener en cuenta la posibilidad de expandir los horizontes hacia donde el humanismo no nos permite llegar e identificar la posibilidad de observar relaciones sociales más allá de lo visible a los ojos y lo tangible a las manos del hombre.

Así como los físicos prudentes afirman que seguramente hay mucho más tipos de energía que los hasta ahora descubiertos por el hombre – téngase en vista que la radiación sólo fue recientemente descubierta – los estudiantes de cualquier ciencia social deben admitir que la complejidad de las relaciones sociales va mucho más allá de las nociones que hemos heredado y de nuestros sentidos, lo que permite reconocer que “Hay más cosas en el cielo y en la tierra de las que sueña nuestra filosofía”¹⁶². Finalmente, Luhmann, en su última obra maestra, informa que:

“Las investigaciones que este libro presenta buscan dar el paso hacia un concepto de sociedad radicalmente antihumanista, radicalmente antirregionalista y radicalmente constructivista. Naturalmente no niegan que haya seres humanos y tampoco ignoran las crasas diferencias que marcan las condiciones de vida en cada región del globo terrestre. Son investigaciones que solo renuncian a deducir de estos hechos un criterio para definir el concepto de sociedad y para determinar los límites que corresponden a tal objeto. Pero precisamente por esta renuncia se gana la posibilidad de percibir —como autoprestación de la sociedad— los estándares normativos y valorativos de las relaciones entre los individuos.

¹⁶² SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. México D.F., Editores Mexicanos Unidos, 2010, p. 27.

Ya Nietzsche, en *Beneficios y desventajas de la historia para la vida*, se había rebelado contra la dependencia mostrada por sus contemporáneos frente a la historia, y los había atiborrado con una conciencia irónica (si no cínica) del tipo ‘así no, pero lo contrario tampoco’. El diagnóstico tal vez sigue siendo válido, pero en lugar de ironía se percibe más bien desamparo teórico. Por eso tampoco sirve — asociándole capacidad de olvido— insistir en la vida más que en la historia. La recomendación para hoy más bien sería: aprovechar mejor los recursos teóricos disponibles —no en último término para reconstruir también nuestra relación con la historia y con su pesado legado semántico.”¹⁶³

5. La sociedad como sistema social – la teoría de sistemas como esquema de observación de la realidad.

El origen de la teoría de sistemas está vinculado a diversas áreas del conocimiento humano, tales como la termodinámica, las ciencias cognitivas, la cibernética, la teoría de la información, la biología la teoría de la evolución, y fue desarrollada especialmente a partir de la década de los cuarenta del siglo pasado¹⁶⁴.

La primera cuestión que se hace necesaria es identificar un concepto de sistema general. La investigación más conocida acerca de la teoría de los sistemas aplicable a todos los ámbitos de conocimiento es la de Ludiwg von Bertalanffy, denominada de Teoría General de los Sistemas. En dicha obra, von Bertalanffy define un sistema de la forma más elemental, que debe servir como punto de partida de las investigaciones sobre sistemas, de la siguiente forma:

“Un sistema puede ser definido como un complejo de elementos interactuantes. Interacción significa que elementos, p , están en relaciones, R , de suerte que el comportamiento de un elemento p en R es diferente de su comportamiento en otra relación R' . Si los comportamientos en R y R' no difieren, no hay interacción, y los elementos se comportan independientemente con respecto a las relaciones R y R' .”¹⁶⁵

Es decir: un sistema es compuesto esencialmente por elementos que sólo producen sentido cuando están en relación a otros elementos. Se puede identificar la relación entre elementos en el hecho de que, si se cambia alguna de las condiciones de dicha relación, el resultado es diferente. Las propiedades y el comportamiento del sistema no son nunca equivalente a la suma de las propiedades y comportamientos de sus o elementos¹⁶⁶. Así pues, si los comportamientos de los elementos no son diferentes en relaciones distintas, se identifica que no hay relaciones entre los elementos, y por eso, no se trata de un sistema.

De otra forma, si en relaciones distintas los comportamientos son distintos, hay una relación sistemática, típica de un sistema. En la palabras de Luhmann: “En general, se puede hablar de sistema cuando se tiene

¹⁶³ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 20.

¹⁶⁴ IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, op. cit., p.144.

¹⁶⁵ BERTALANFFY, Ludwig von. *Perspectivas en la Teoría General de Sistemas*, Madrid, Alianza Editorial, 1979, p. 56.

¹⁶⁶ IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, op. cit., p. 153.

ante los ojos características tales que, si se suprimieran, pondrían en cuestión el carácter de objeto de dicho sistema.”¹⁶⁷

La idea de sistema está vinculada a la idea de interrelación, de existencia de sentido en la orden de los elementos. Así pues, un conjunto no es un sistema, como el conjunto de N , de números naturales (0, 1, 2, 3, 4, 5, 6...), justamente porque sus elementos son definidos en términos absolutos, es decir, si se cambia la relación entre ellos, como por ejemplo, a través de una operación de una suma, el número uno continúa siendo uno, el número dos continúa siendo dos, *et caetera*.

Sin embargo, una célula es un sistema, porque sus elementos, su núcleo, sus mitocondrias, sus ribosomas tienen una función y están dispuestos en una relación que, si se cambia, el comportamiento de los elementos cambia. Así, por ejemplo, si se saca una mitocondria del citoplasma y si se la pone en el núcleo de la célula, ella para de funcionar de la forma cómo funcionaba en el citoplasma, en virtud de encontrar una oferta diferente de elementos químicos en su entorno, lo que la hará funcionar mal o dejar de funcionar, provocando la destrucción celular.

Otro ejemplo, más sencillo, de sistema es un reloj de cuerdas, en el cual, si le saca un engranaje, los elementos tienen un comportamiento distinto. La cuerda sigue trabajando, porque fue contraída para funcionar, pero los punteros del reloj no funcionan más. Así pues, en estos dos ejemplos, si cambiamos la relación (R) por la relación otra (R'), los elementos (p) se comportan de otra forma (p').

Sin embargo, en el conjunto de números naturales (N), si cambiamos el orden de los números para el revés (... 6, 5, 4, 3, 2, 1, 0), por ejemplo, no hay ningún cambio de comportamiento de ningún elemento, porque en dicho conjunto los elementos están solamente puestos, y no mantienen ningún tipo de relación.

Hay que diferenciarse también la composición de un sistema de su estructura. La composición de un sistema está constituida por el conjunto finito de elementos que lo componen. La estructura de un sistema es formada por el conjunto de relaciones que existe entre los elementos que componen el sistema¹⁶⁸.

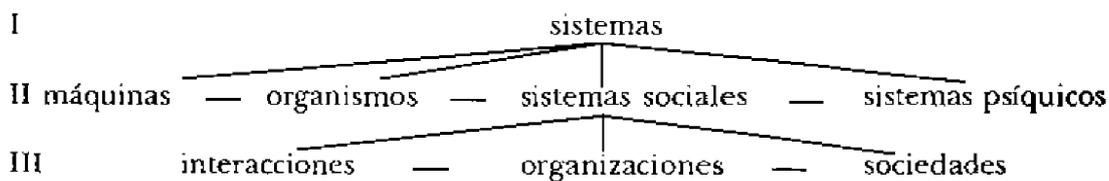
Ahora que se ha explicado el concepto de sistema, con relación al objeto específico de esta investigación, hay que identificar el concepto de sistema social. Un sistema social es un sistema que se constituye de comunicaciones en un nivel supra individual, tiene características distintas de su entorno, tiene capacidad de comunicarse con dicho entorno, y se autorregula. En los términos del *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*:

¹⁶⁷ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, p. 27.

¹⁶⁸ IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, *op. cit.*, p. 145.

“Un sistema social es un sistema autorreferencial autopoiético, que constituye como diferencia con respecto a un entorno. Es además constitutivo de sentido [véase sentido]. Sus operaciones y últimos elementos son comunicaciones. No existe un sistema social único, sino diversos sistemas sociales. Los sistemas sociales surgen por autocatálisis de los problemas de doble contingencia, que permiten afrontar a través de sus operaciones (comunicaciones). (...)Un sistema social, por tanto, es un sistema distinto de un entorno y operacionalmente cerrado, es decir, capaz de producir por sí mismo los elementos propios y las estructuras propias.”¹⁶⁹

Así, a través del esquema a seguir, elaborado por Luhmann¹⁷⁰ podemos identificar la naturaleza de los distintos tipos de sistemas que existen en la sociedad, e ubicarlos de acuerdo con las relaciones que mantienen entre sí:



En el *nivel I* se encuentra el género sistema, en el *nivel II* están dispuestas las especies de sistemas, y en el *nivel III* se encuentran los subsistemas sociales, como es la situación del subsistema del derecho, de la economía, de la religión, *et caetera*.

Hay que aclarar que la teoría de sistemas es solamente un esquema de observación de la realidad utilizado por Luhmann, es decir, Luhmann no mantiene con la teoría de sistemas compromiso ontológico ninguno. Dicha teoría es solamente un poderoso mecanismo de observación de la realidad, con un gran dominio de observación, que nos permite captar datos que no serían observables a través de otros referenciales teóricos. Luhmann no la tiene como gran relato ni como discurso o valor supremo, su relación con ella es meramente utilitaria. Es esto que advierte Ignacio Izuzquiza:

“Asimismo, conviene destacar desde el primer momento que la teoría de sistemas le sirve como esquema de observación que proporciona un conjunto de diferencias para poder llegar a observaciones acertadas. En este sentido, es preciso subrayar que la teoría de sistemas no supone compromiso ontológico alguno, del mismo modo que tampoco lo hay en la teoría de la observación; al menos en tanto se hable de la ontología heredada del «antiguo pensamiento europeo» que Luhmann rechaza. La teoría de sistemas es más un instrumento de observación, con un gran dominio de aplicación y como tal debe, pues, considerarse. Nunca será una teoría de los objetos en el sentido de la ontología clásica.”¹⁷¹

¹⁶⁹ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, p. 152.

¹⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁷¹ IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, *op. cit.*, p. 141.

La unión entre el estructuralismo funcional que Luhmann siempre planteó en su trabajo con la teoría de sistemas clásica, dio origen la denominada «teoría de sistemas estructuralista funcional». Esta teoría permitió a Luhmann abordar un tema central de sus construcciones teóricas: la necesidad de reducción de complejidad, que será explicada en uno de los siguientes apartados.

5.1 Algunas características de la teoría de sistemas estructuralista funcional.

En el contexto de esta teoría, podemos subrayar algunas de sus características, de acuerdo con el ya citado trabajo de Ignacio Izuzquiza¹⁷². Así pues, el diseño de la teoría de sistemas estructuralista funcional de Niklas Luhmann tiene las siguientes características:

1. Todo sistema mantiene siempre una estrecha relación con la complejidad: es mediado de complejidad, una formación destinada a reducir la complejidad. La creación de sistemas equivale a estabilizar estructuras de sentido que reducen la complejidad. Formar sistemas supone siempre disponer de un orden menos complejo que el que se daba antes de formar el sistema.

Esto quiere decir que un sistema es formado por la complejidad, para reducir la complejidad. El sistema tiene por función la reducción de complejidad, es decir, él tiene como función procesar las informaciones del entorno que le interesan para identificarlas en el código binario correspondiente e atribuirle un significado inteligible.

El procesamiento de las informaciones transforma lo indefinido en palpable, en perceptible y con sentido para el sistema, y por eso, transforma lo más complejo en menos complejo, lo que se llama reducción de complejidad.

Así pues, con el desarrollo de los sistemas, es normal la multiplicación de informaciones y comunicaciones en su ámbito. Dicha multiplicación hace aumentar la complejidad de sus procesos, porque aumenta el número de operaciones y procesos que el sistema establece como respuesta a ella.

La forma por la cual se puede reducir la complejidad, en estos casos, es a través de la especificación funcional, procedimiento en el cual son creados otros subsistemas o ámbitos de respuestas especializada en el mismo sistema, lo que es en sí mismo un procedimiento complejo, que permite una respuesta más rápida y eficiente a los futuros estímulos de determinados tipos, y por eso, opera la reducción de complejidad.

¹⁷² IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, *op. cit.*, p. 153 ss.

2. La capacidad de elegir y seleccionar entre alternativas, así como de establecer posibilidades de conexión, es otro de los rasgos esenciales del concepto de sistema. Cuando Luhmann habla de selección, tiene presente siempre la moderna teoría de la comunicación, que concibe la información como una selección entre varias alternativas y un procesamiento de las mismas. La formación de un sistema supone reducir la complejidad para aumentar el potencial de selectividad. Y, de hecho, los límites de un sistema son los límites del ámbito en el que él puede realizar sus elecciones y cumplir sus selecciones.

El entorno del sistema presenta una multitud de alternativas. Sin embargo el sistema es contingente, es decir, él selecciona las comunicaciones del entorno que le interesan. Cuanto más el sistema pueda comprender las informaciones del exterior, lo que supone un proceso de reducción de su complejidad previo con relación a dichas informaciones, más amplio será el ámbito del sistema y más posibilidades él tendrá de comprender su entorno y de funcionar mejor. Así el sistema amplía sus límites, con la finalidad de ampliar con ellos su funcionalidad.

3. Un sistema se encuentra ordenado al cumplimiento de una determinada función. Para comprender dicha función, debe tenerse en cuenta el dinamismo del concepto de función que Luhmann pretende transmitir con su concepto de estructuralismo funcional. Unir el sistema al concepto de función supone dinamizar la propia teoría de sistemas. Es este elemento el que permite a Luhmann destacar el esencial concepto de diferenciación funcional de un sistema, proceso ya explicado *supra*, y sus análisis de la sociedad como sistema que se diferencia en diferentes subsistemas, cada uno de los cuales cumple una determinada función específica.

En este contexto, los sistemas tienen dos tipos de funciones: las funciones que son comunes a todos los sistemas y las funciones específicas de cada sistema. Las funciones específicas de los sistemas están vinculadas a sus elementos específicos, tales como su código binario. Así pues, una función general del sistema del Derecho es, por ejemplo, la reducción de complejidad. Y una función específica de dicho sistema es la identificación de las comunicaciones que recibe en lícitas o ilícitas.

Es justamente la diferenciación funcional del sistema del Derecho que lo permite trabajar con el código binario lícito e ilícito, que le permite al sistema de la economía trabajar con su código binario respectivo, *et caetera*, y que permite a cada sistema establecer los procedimientos propios de procesamientos de las comunicaciones que le interesan.

4. La estructura de un sistema, en la teoría de sistemas clásica, era el conjunto de relaciones establecidas entre sus elementos. Luhmann mantiene este significado del concepto, pero lo dota de

un importante matiz. La estructura es siempre una estructura dinámica, mediante la cual el sistema mantiene una organizada apertura respecto a otras posibilidades. Dicho de otro modo, la estructura es un modo de estabilización del sistema que nunca cierra el sistema a diferentes posibilidades, sino que le permite acceder a ellas, eligiendo y estableciendo conexiones de modo eficaz. Sólo mediante la formación de estructuras puede el sistema hacer eficaz su propia apertura para otras posibilidades, ser suficientemente complejo él mismo y mantener un nivel en el que sea posible la selección.

La forma por la cual un sistema reconoce la realidad de su entorno es a través del procedimiento de atribución de sentido de las comunicaciones a él aportadas y su adaptación a su código binario. Luhmann establece una teoría de los sistemas en la cual los elementos del sistema no tienen sólo relación con sus propios elementos, sino que, establece la posibilidad de que estos elementos se relacionen con las comunicaciones del entorno, a través del procedimiento de atribución de sentido sistémico a dichas comunicaciones. Es eso precisamente lo que permite una apertura permanente del sistema a nuevas posibilidades, y al mismo tiempo, mantener la unidad necesaria a su funcionamiento.

5. Un sistema no puede existir nunca sin su entorno, de modo que entre sistema y entorno se establece una relación necesaria para la definición de un conjunto de elementos como sistema. De hecho, la unidad de un sistema es la unidad de la diferencia que mantiene con su entorno.

Toda la teoría de Luhmann es establecida no a través de la necesidad clásica de establecer conceptos, sino que, a partir de la necesidad de establecerse diferencias. Eso es precisamente lo que confiere un carácter dinámico a su epistemología, en contraposición al carácter estático de las epistemologías clásicas que consideran estática la relación entre sujeto y objeto.

Las posibilidades de establecer la diferencia entre los elementos de un conjunto son infinitas, y cada vez que se empieza nuevamente un proceso de identificación de una diferencia ya identificada, se puede llegar a conclusiones nuevas, porque las características observadas pueden ser diferentes o el observador puede simplemente haber llegado a conclusiones diferentes, lo que es posible en la ciencia.

El concepto de sistema es buscado a través de su diferenciación con relación a su entorno, y el concepto de entorno es buscado a través de la identificación de sus diferencias con el sistema.

5.1.1 Distinción entre sistema y entorno.

Es un punto de partida elemental de toda teoría de sistemas – por eso, de la teoría de sistemas sociales – la diferenciación de los conceptos de sistema y entorno. La primera cosa que se debe informar es que la teoría de Luhmann se preocupa más en establecer diferenciaciones, que pueden ser restablecidas a cualquier momento, que establecer conceptos estático, de ahí el carácter dinámico de su teoría sistemas.

Toda observación tiene por fin una diferenciación. Toda observación o esquema de observación de la realidad tiene la intención, a través de la especificación de determinadas características establecer una diferencia entre un o unos elementos y las cosas que no son o que no tienen las características de dicho elemento. “El análisis funcional utiliza el proceso de la relación con el fin de comprender lo existente como contingente, y lo diverso como comparable.”¹⁷³ Luhmann informa que:

“Toda determinación (todo señalamiento, todo conocer, todo actuar) realiza en tanto operación el establecimiento de una forma con estas características; realiza —como en el pecado original— un corte en el mundo con el resultado de que se establece una diferencia que genera simultaneidad y necesidad de tiempo, y que vuelve inaccesible la indeterminación antes existente. (...) Cada vez que el concepto de forma señala uno de los lados de una distinción bajo el presupuesto de que hay otro lado simultáneamente definido, se da también una superforma, es decir, la forma que distingue a la forma de cualquier otra cosa.”¹⁷⁴

A través de esta conceptualización es posible interpretar también la distinción entre sistema y entorno. El concepto de sistema ya fue explicado en el apartado precedente. El entorno del sistema es el conjunto de elementos que tienen influencia en el sistema y son influidos por él, aunque no pertenecientes al mismo sistema¹⁷⁵.

“En otras palabras: los sistemas pueden distinguirse a sí mismos de su entorno, aunque esto ocurre como operación en el mismo sistema. La forma que ellos generan ciegamente al operar de manera recursiva y con la cual se diferencian se pone nuevamente a su disposición cuando se observan a sí mismos como sistema-en-un-entorno. Y solo así —bajo estas condiciones precisas— también la teoría de sistemas se constituye en fundamento de una determinada praxis de distinguir y de señalar. La teoría de sistemas utiliza la distinción sistema/entorno como forma de sus observaciones y descripciones; pero para poder hacerlo debe saber distinguir esta distinción de otras distinciones —por ejemplo, las de la teoría de la acción.”¹⁷⁶

Hay dos tipos de sistemas, clasificados en relación a su relación con el entorno. Hay los sistemas cerrados, que son autónomos y no tienen relaciones con su entorno, y hay sistemas abiertos, que mantienen relación con su entorno.

¹⁷³ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁷⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, *op. cit.*, p. 42.

¹⁷⁵ IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, *op. cit.*, p. 145.

¹⁷⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, *op. cit.*, p. 43.

La relación que el sistema social mantiene con su entorno es una relación doble. Al mismo tiempo en que mantiene una relación de independencia en un sentido, el sistema depende de su entorno en otro sentido, lo que hace que dicha relación de dependencia e independencia no sean mutuamente excluyentes.

Algunas características del entorno deben ser informadas. Una vez más, serán utilizados los estudios de Izuzquiza¹⁷⁷ para señalar dichas características, a seguir expuestas.

1. El entorno es siempre relativo al sistema. Representa el conjunto de elementos que mantienen relaciones con el sistema y que se ven afectados por el comportamiento del sistema. Mediante su entorno, un sistema puede totalizarse a sí mismo y considerarse como una unidad, ya que el entorno es, en cierta forma, todo lo que no es el sistema.
2. El entorno es siempre un concepto problemático, y no exige una coordinación total con el sistema. Nunca hay una correspondencia biunívoca entre los elementos del entorno y los elementos del sistema. El entorno es siempre más complejo que el sistema, y en él se da un exceso de relaciones y de posibilidades que se enfrentan al sistema.
3. El entorno es siempre un modo de azar relativo al sistema. Es decir, el entorno es un conjunto de alternativas, de posibilidades, de probabilidades que se presentan al sistema para que éste pueda ejercitar su actividad de selección. El entorno es la porción de azar que el sistema reconoce como abierta ante sí y que es por otra parte condición de su propia existencia. No puede haber sistema sin un ámbito de posibilidades respecto a las que éste puede ejercitar su selección. Y este ámbito no es más que el entorno.
4. Otro modo de considerar el entorno tiene, en su base, a la complejidad. El entorno es la complejidad relativa al sistema. Este rasgo del entorno incide directamente en la propia constitución. En efecto, la presencia del entorno puede llevar a la formación de subsistemas en cada sistema que permite abordar con mayor eficacia la complejidad del entorno. El entorno es, siempre, un horizonte de procesamiento de la información para el sistema.
5. El entorno del sistema no es lo mismo que los sistemas que se encuentran en el entorno. Cada uno de estos sistemas tiene su propio entorno, frente al cual debe realizar sus selecciones. Aunque hayan otros sistemas en el entorno de un sistema, su entorno nunca podrá ser considerado un sistema porque no una estructura y relaciones de sus elementos propias de un sistema.

¹⁷⁷ IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, *op. cit.*, p. 158 ss.

La relación de dependencia que mantiene el sistema con su entorno es llamada apertura cognitiva. La relación de independencia que el sistema mantiene con su entorno es llamada de clausura operacional. Dichas relaciones representan su estado de desarrollo final en la teoría luhmanniana. La pregunta que ahora se debe hacer es: ¿en qué consisten dichas relaciones y bajo qué condiciones se desarrollan? La respuesta a la pregunta se encuentra en el siguiente apartado.

5.1.2 Apertura cognitiva y clausura operativa: un sentido para la *autopoiesis*.

Al observar el comportamiento de los sistemas, se pudo concluir que algunos de ellos presentaban relaciones autorreferenciales, es decir, circulares. Es decir, buscaban las bases de su funcionamiento en su propio funcionamiento. En este contexto, el papel del entorno era secundario. Él tenía informaciones que no se identificaban con el sistema, sin embargo, tenían importancia para el sistema. Así pues, el sistema buscaba identificar dichas informaciones y transformarlas en algo inteligible para él. Luhmann informa que:

“Un primer paso en este desarrollo lo constituyó la inclusión de relaciones autorreferenciales, por tanto, circulares. En un primer momento se pensó en la construcción de estructuras del sistema a través de procesos sistémicos propios y se habló, por consiguiente, de autoorganización. El entorno fue entendido como fuente de ruido no específico (carente de sentido), del cual, sin embargo, el sistema podía extraer sentido a través del contexto de sus propias operaciones. Así se trató de explicar que el sistema —ciertamente en dependencia del entorno y en ningún caso sin entorno aunque sin estar determinado por el— puede organizarse por sí mismo y construir su propio orden: “*order from noise*”. Visto desde el sistema, el entorno actúa sobre el casualmente, aunque precisamente esta casualidad se torna imprescindible para que pueda emerger el orden; y cuanto más complejo se torne el orden más imprescindible será la intervención del azar.”¹⁷⁸

En este contexto, la apertura cognitiva de los sistemas consiste en la posibilidad del sistema de absorber una información del ambiente, no adaptada a su forma de funcionar, es decir, de una forma ininteligible para él, y de transformarla en una información que tiene sentido en su ámbito, expresada en forma de su código binario. El mecanismo de apertura cognitiva es realizado a través de un proceso interno y propio del sistema, en el cual él capta la información y atribuye a ella la frecuencia en la cual trabaja, es decir, su código binario.

Se puede afirmar que la apertura cognitiva es la forma por la cual el sistema percibe, ve e interpreta su entorno. Esta actividad permite mejorar el funcionamiento del sistema y comprender su entorno, y por eso, es considerada funcional si es realizada en la forma y en los límites de los mecanismos del sistema. Un

¹⁷⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 44.

sistema no puede evolucionarse ni actualizarse si no se abre a su entorno y no se comunica con él y con los otros sistemas.

Al mismo tiempo en que aumenta la complejidad del sistema, porque aumenta el número de informaciones que posee y que puede percibir, la apertura cognitiva es una forma de iniciar el proceso de diferenciación funcional, y con eso, de ampliación de los ámbitos del sistema. Luhmann informa que:

“Todas las relaciones externas (entre un sistema autopoietico y el entorno) vienen dadas de manera inespecífica —lo cual no excluye en absoluto que un observador especifique lo que él mismo quiere o puede ver. Toda especificación —aun la de la relación con el entorno— presupone autonomía del sistema, y su estado histórico es condición de posibilidad de dicha autonomía. Porque la especificación es ella misma una forma, una distinción: está constituida por una elección efectuada en un ámbito de elección autoconstruido (información), y una forma así sólo puede formarse en el propio sistema.”¹⁷⁹

La clausura operativa del sistema significa que el sistema tiene sistemas propios procesos de atribución de sentido a sus propios elementos y a elementos externos, que él se autorregula y se autoorganiza, tiene sus propias reglas de funcionamiento y que tiene un lenguaje propio para eso, su código binario. La clausura operativa es lo que permite al sistema autoorganizarse. Sólo a través de procesos propios se puede tener sentido la atribución de sentido a sus propios elementos y a las relaciones a dichos elementos. Luhmann informa que:

“La clausura operativa trae como consecuencia que el sistema esté determinado a la autoorganización. Sus propias estructuras pueden construirse y transformarse únicamente mediante operaciones propias. Por ejemplo, el lenguaje sólo puede modificarse con la comunicación y no de forma inmediata con el fuego, los terremotos, las radiaciones espaciales, o con las prestaciones perceptivas de una conciencia particular.”¹⁸⁰

Todo lo que se pueda imaginar acerca de las reglas envueltas en el funcionamiento del sistema compete solamente a él. El sistema se apoya en sí mismo, con relación a su forma de funcionar, y por eso, se dice que el sistema es autopoietico. Luhmann informa que:

“En el plano de las operaciones propias de un sistema no hay ningún contacto con el entorno, por eso tampoco sistemas situados en el entorno pueden intervenir en los procesos autopoieticos de un sistema clausurado operativamente. Esto es válido aun (y precisamente) cuando —y sobre esta idea difícil que contradice toda la tradición de la teoría del conocimiento debemos expresamente llamar la atención— estas operaciones sean observaciones o bien operaciones cuya autopoiesis exija una autoobservación.”¹⁸¹

¹⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 46.

¹⁸⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 67.

¹⁸¹ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 66.

Partiendo de las observaciones hechas por Maturana y Varela¹⁸², con respecto al funcionamiento de los sistemas biológicos, Luhmann¹⁸³ identifica la sociedad como un sistema autopoiético formado por otros subsistemas también autopoiéticos, tales como los sistemas de la economía, del Derecho, de la salud *et caetera*. La autopoiesis ocurre cuando el sistema produce sus propios componentes y sus procesos de producción de sentido de sus elementos, y por eso se diferencia del inseparable ambiente en que se encuentra. En las palabras de Luhmann:

“En este nivel de discusión, Humberto Maturana con su concepto de autopoiesis introduce un elemento nuevo. Los sistemas autopoiéticos son aquellos que por sí mismos producen no sólo sus estructuras, sino también los elementos de los que están constituidos —en el entramado de estos mismos elementos. Los elementos sobre los que se alzan los sistemas autopoiéticos (que vistos desde la perspectiva del tiempo no son más que operaciones) no tienen existencia independiente: no es por tanto que ya estén y que simplemente se coloquen. Más bien se producen por el sistema y precisamente por el hecho de que se utilizan como distinciones —sin importar la base energética o material. Los elementos son informaciones, son diferencias que en el sistema hacen una diferencia. En ese sentido son unidades de uso para producir nuevas unidades de uso —para lo cual no existe ninguna correspondencia en el entorno.”¹⁸⁴

La autopoiesis no aísla los sistemas, sino que promueve la posibilidad de comunicación entre ellos, para el intercambio de informaciones, lo que mejora sus funciones. La comunicación influencia los procesos internos propios de los sistemas, pero no los determina. Por eso deducimos que los sistemas sociales son operativamente cerrados, pero cognitivamente abiertos. Así define Luhmann:

“La noción de autopoiesis comprende no sólo las relaciones más o menos consolidadas entre los elementos, sino también los elementos mismos, resultantes de la reproducción correlativa del sistema. Un sistema autopoiético puede representarse entonces como algo “autónomo”, sobre la base de una “organización cerrada” de reproducción auto-refencial. Clausura y auto-referencia se relacionan en un nivel formado por la síntesis de elementos, y no niegan en modo alguno la dependencia respecto al entorno a otros niveles. Queda claro, no obstante, que en el ámbito de los sistemas autopoiéticos, la clausura circular interna es condición *sine qua non* para la continuidad de la auto-reproducción del sistema y que el cese de la misma significaría la muerte.”¹⁸⁵

Los sistemas autopoiéticos son también autorreferentes porque, además de constituyeren su propia estructuras (la relación entre sus elementos), que es lo que se llama autoorganización, ellos constituyen su composición (los elementos que lo componen), lo que va mas allá de la mera autoorganización. Es decir,

¹⁸² MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *El árbol del conocimiento*. Santiago: OEA/Editorial Universitaria, 1984.

¹⁸³ Véase nota nº. 169.

¹⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 45.

¹⁸⁵ LUHMANN, Niklas. *Organización y Decisión: Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Anthropos, 1997, p. 105.

lo sistemas constituyen sus propios elementos mediante sus propios medios (autorreferencia), y no tanto desde un observador externo que señala la diferencia entre sistema y entorno. Luhmann aclara estos planteamientos:

“Un primer impulso de desarrollo lo dio el concepto de autoorganización, y fue alrededor de 1960 cuando alcanzó su punto culminante en tres grandes simposios. El concepto de autoorganización se refería «sólo» a las estructuras del sistema — hay que decirlo—, al mirar hacia atrás. Cambiar las estructuras del sistema con sus propios medios consistía, primero, en un problema conceptual especialmente difícil, y por eso particularmente atractivo para la teoría de sistemas. Sin embargo, se ha quedado lejos de alcanzar todo lo que hoy en día se entiende por autorreferencia. Entretanto, la referencia a la unidad, sea del sistema o de los elementos, ha hecho retroceder la referencia a la estructura (aunque, naturalmente, no ha quedado excluida). La teoría de sistemas autorreferenciales sostiene que la diferenciación de los sistemas sólo puede llevarse a cabo mediante autorreferencia; es decir, los sistemas sólo pueden referirse a sí mismos en la constitución de sus elementos y operaciones elementales (lo mismo en el caso de los elementos del sistema, de sus operaciones, de su unidad). Para hacer posible esto, los sistemas tienen que producir y utilizar la descripción de sí mismos; por lo menos, tienen que ser capaces de utilizar, al interior del sistema, la diferencia entre sistema y entorno como orientación y principio del procesamiento de información. La cerradura autorreferencial es sólo posible bajo condiciones ecológicas: en el marco de un entorno.”¹⁸⁶

Un sistema autorreferente se constituye de la diferencia entre sí mismo y el entorno. Él mismo construye sus elementos, la relación entre ellos y la forma por la cual el sistema funciona. Eso sólo es posible a través del proceso de diferenciación, a través del cual el sistema identifica si las informaciones que recibe son provenientes del entorno de sus elementos. A través de la clasificación de las comunicaciones es posible identificar su origen y diseñar el sistema, a través del propio sistema.

5.1.3 La comunicación en el sistema.

Es necesario determinar cuales son las condiciones de la autodeterminación, autorregulación y autoorganización, es decir, de la autopoiesis. La idea básica que permite esos procesos es la idea de comunicación. A través de ella, el sistema funciona y evoluciona, identifica lo que constituye su estructura y composición y establece sus diferenciación con el entorno. Luhmann observa que:

“El sistema sociedad no se caracteriza entonces por una determinada ‘esencia’ (Wesen), ni mucho menos por una determinada moral (propagación de la felicidad, solidaridad, nivelación de condiciones de vida, integración por consenso racional, etcétera), sino únicamente por la operación que produce y re-produce a la sociedad: eso es la comunicación. Luego, por comunicación se entiende (así como por operación) un acontecimiento que en todo caso sucede de manera histórico-concreta, un acontecimiento que depende por tanto de contextos —no se trata,

¹⁸⁶ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, op. cit., p. 33.

pues, únicamente de aplicación de reglas del hablar correcto.”¹⁸⁷ Resulta, entonces, que la sociedad es un sistema determinado total y exclusivamente por sí mismo. Todo lo que se determina como comunicación tiene que determinarse por medio de la comunicación. Todo lo que se experimenta como realidad resulta de la resistencia que opone la comunicación a la comunicación, y no de que el mundo externo (ordenado y existente, de alguna manera) se imponga.”¹⁸⁸

La comunicación es la operación a través de la cual las informaciones son transmitidas, y por eso, no es constituyen en la propia información. Son acontecimientos atados a un instante de tiempo, porque en cuanto surge, se desvanece¹⁸⁹. Ella se compone de tres elementos: información/darla-a-conocer/entenderla.

En este contexto, lo que efectivamente genera la comunicación es sólo su último elemento: el entender. “La comunicación es entonces una cierta manera de observar el mundo pasando por la distinción específica de información y darla a conocer. Es una de las posibilidades de ganar universalidad mediante especificación.”¹⁹⁰

Una importante función de asigna a la comunicación. En los sistemas vivientes, es decir, en los sistemas con organización autopoietica de las moléculas en el espacio, es posible identificar sus límites a través de mediciones espaciales. Sin embargo, los límites de los sistemas formados solamente a través de comunicaciones, como los sistemas sociales, no son identificables a través de límites físicos.

Estos sistemas no están de ninguna manera limitados en el espacio, sino que tienen una forma de límite completamente distinta, puramente interna.¹⁹¹ Los límites de dichos sistemas son establecidos a través de la comunicación y la diferenciación, es decir, a través de la comunicación ellos son capaces de identificar su estructura, a través de la diferenciación entre sistema y entorno.

Esto es válido para la conciencia que, justo por eso, se distingue del cerebro y puede llegar a “externalizar” la autoobservación neurofisiológica del organismo. Y con más razón esto es válido para el sistema de comunicación ‘sociedad’ —como se ha hecho evidente desde la invención de la escritura o a más tardar desde la invención del teléfono. El límite de este sistema se produce y reproduce en cada una de las comunicaciones en la medida en que la comunicación se determina a sí misma como comunicación dentro del entramado de las propias operaciones del sistema y que, al hacerlo de esta manera, no incorpora ningún componente físico, químico, neurofisiológico. Dicho de otro modo, toda operación aporta algo al proceso de diferenciación del sistema y no puede conseguir su propia unidad de otra manera. El límite del sistema no es otra cosa que la manera y la concreción de

¹⁸⁷ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, *op. cit.*, p. 48.

¹⁸⁸ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, *op. cit.*, p. 69.

¹⁸⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, *op. cit.*, p. 49.

¹⁹⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, *op. cit.*, p. 50.

¹⁹¹ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, *op. cit.*, p. 53.

sus operaciones —que individualizan al sistema. Es la forma del sistema cuyo otro lado con eso se vuelve entorno.¹⁹²

La comunicación entre sistema y su entorno es justamente lo que permite al sistema conocer sus límites. Sin embargo, ¿es posible, la comunicación/observación de un sistema por otro sistema? La respuesta a esta pregunta se encuentra en el siguiente apartado.

5.1.4 Acoplamiento estructural.

El acoplamiento estructural es la forma de comunicación entre sistemas. Con él, dos o más sistemas, que trabajan con clausura operativa y autopoiesis, cada uno con su propio código binario, trabajan de forma simultánea intercambiando informaciones. Es posible identificar también acoplamiento estructural entre sistema y entorno. En el ámbito de los sistemas biológicos, Luhmann nos pone el ejemplo de la visión y de la audición.

Vista y oído son dos subsistemas autopoieticos orgánicos, cada uno con su forma de captar el entorno. Sin embargo, el acoplamiento estructural entre ellos permite la conjugación de reacciones simultáneas entre ellos, a través del organismo, es decir, el organismo coordina una serie de comunicaciones entre ellos para que reaccionen de forma simultánea, por ejemplo, la reacción a una explosión o asistir a una película, lo que no quiere decir que el organismo pasará a ver con los oídos o escuchar con los ojos. Luhmann observa que:

“Si la adaptación ha de lograrse, el sistema por un lado debe clausurarse operativamente y reproducirse autopoieticamente, y —por otro— debe apoyarse en acoplamientos estructurales extremadamente reducidos en relación con el entorno. Vista y oído —con sus correspondientes operaciones de enlace con el cerebro— son los mejores ejemplos para ello.”¹⁹³

El acoplamiento estructural es una forma muy potente de intercambio de informaciones, en la cual, un sistema tiene un contacto muy cercano con parte de otro. Acoplamientos estructurales nunca ocurren en todo el sistema simultáneamente, sino que, sólo en algunas de sus partes, lo que permite que el continúe trabajando al mismo tiempo que se acopla estructuralmente con otro sistema.

A través del encuentro de dos sistemas, ellos se observan mutuamente y llevan a cabo procesos simultáneos, cada uno con sus reglas propias, es decir, autopoieticamente. En este proceso, un sistema observa otro, recibe y emite comunicaciones simultáneamente, de forma muy eficiente, y las procesa

¹⁹² LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 53.

¹⁹³ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 74.

internamente, las transforma e elemento propio, las atribuye un código binario, y establece las relaciones que en aquel momento mantiene con los otros elementos del sistema.

“Con una terminología del ramo de la informática, podría también afirmarse que los acoplamientos estructurales digitalizan relaciones análogas. Dado que el entorno —y dentro de él otros sistemas— opera siempre en simultaneidad con el respectivo sistema de observación, a primera vista sólo transcurren relaciones análogas que corren paralelas. De ahí los sistemas participantes no pueden extraer informaciones porque esto presupondría digitalización. Los acoplamientos estructurales deben entonces primero transformar las relaciones análogas en digitales si es que el entorno quiere influir en el sistema a través de ellas. En la relación del sistema de comunicación con el de conciencia, esta es una función del lenguaje: transformar la simple yuxtaposición continua en sucesión discontinua.”¹⁹⁴

Los eventos comunicativos que los sistemas psíquicos realizan en los sistemas sociales sólo es posible a través de acoplamiento estructural entre estos sistemas. En términos de la sociología clásica, los eventos comunicativos que los seres humanos realizan en los sistemas sociales sólo es posible a través del intercambio simultáneo de comunicaciones entre ellos. El acoplamiento estructural entre sistemas psíquicos y sistemas sociales se produce a través del lenguaje, el medio que permite dichas comunicaciones. Luhmann informa que:

“Como puede reconocerse fácilmente, el acoplamiento estructural ordinario entre sistemas de conciencia y sistemas de comunicación se hace posible por el lenguaje. De esta manera, un tema también muy discutido en la sociología —el que se refiere a la relación entre sociedad, cultura, lenguaje y ‘mentalidades’ psíquicas—adquiere en la construcción teórica un concepto necesario y sostenible.”¹⁹⁵

Para la teoría funcional de los sistemas sociales el lenguaje representa un poderoso mecanismo de reducción de complejidad. A través de él, es posible el intercambio de informaciones entre sistemas sociales, sociales y psíquicos, y entre sistemas psíquicos. Hasta los sistemas orgánicos poseen lenguaje, diferente del lenguaje que ahora se hace referencia, como por ejemplo, el lenguaje de las células, identificado en el ADN (ácido desoxirribonucleico). Luhmann informa que:

“Desde el punto de vista evolutivo, el lenguaje es un tipo de ruido extremadamente improbable el cual, precisamente por dicha improbabilidad, posee un alto valor de llamar la atención y posibilidades muy complejas de especificación. Cuando se habla, una conciencia presente puede con facilidad distinguir ese ruido de los demás y casi no puede sustraerse a la fascinación de la comunicación que fluye — independientemente de lo que piense en el inaudible sistema propio. Al mismo tiempo, las posibilidades de especificación del lenguaje permiten construir estructuras de comunicación altamente complejas: por una parte, permiten que las mismas reglas del lenguaje se complejicen y luego caigan en desuso; y, por otra,

¹⁹⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 73.

¹⁹⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 79.

que se construyan semánticas sociales que reactiven de manera situacional importantes posibilidades de comunicación. Lo mismo vale —mutatis mutandis— para el lenguaje transferido del médium acústico al médium óptico, es decir, para la escritura. De los enormes efectos —todavía infravalorados— de esta conversión óptica del lenguaje, nos ocuparemos más de cerca en el próximo capítulo.”¹⁹⁶

Este tema tiene especial importancia para comprender el mecanismo de funcionamiento de la confianza, que se expresa en el acoplamiento estructural entre sistemas sociales y psíquicos, que será explicado oportunamente. Ahora se debe subrayar solamente que la forma por la cual se pasa el intercambio de informaciones entre sistemas psíquicos y sociales se llama acoplamiento estructural, lo que permite un intercambio simultáneo de informaciones.

Este tema es importante también para comprender como Luhmann concibe el ser humano, y para identificar que su antihumanismo no tiene nada que ver con desprecio cualquier forma de desprecio a la preservación de los derechos y valores del hombre. Tal forma de ver la realidad fue concebida para comprender mejor la complejidad de las relaciones en sociedad, que no se limitan ni deben limitarse a los ámbitos de percepción de la acción humana.

5.2 Un ejemplo de subsistema social y su funcionamiento: el sistema del Derecho.

El Derecho establece la forma (procedimiento) por la cual los conflictos sociales, que son informaciones del entorno, serán resueltos en su ámbito: establece las reglas procesales, como las reglas de competencia y prueba. Dichos conflictos son informaciones del entorno, y el propio sistema elige cuales conflictos resolverá, cuales serán sometidos a su ámbito, es decir, el sistema establece las reglas de entrada de informaciones y la forma de procesamiento de dichas informaciones.

Además, el sistema establece también una forma de identificar las informaciones en el entorno y en el sistema, lo que permite identificar, por ejemplo, una conducta, que es una información que viene del entorno, como delictiva e identificar la consecuencia del sistema para dicha conducta, que es la pena, una información que hace parte del sistema), a través de un proceso propio del sistema, el procedimiento penal.

Otros sistemas poseen otras formas de interpretación de las informaciones. Así, por ejemplo, para el sistema de la economía no importa si una determinada conducta es lícita o ilícita, en su ámbito, el procesamiento de las informaciones imparte de su calificación como lucrativa o no lucrativa.

Toda esta operación lo hace el sistema de Derecho a través de la identificación de las informaciones a través del código binario lícito/ilícito. En este sentido, el delito entra como una comunicación en el sistema

¹⁹⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 80.

del Derecho, que este califica como ilícito, y la respuesta del sistema es la imposición de una pena. La pena podría ser calificada como una información ilícita, si no hubiese sido impuesta a través del procedimiento establecido por el sistema, como respuesta a una conducta ilícita.

La clausura operativa – y por eso, la autopoiesis – puede ser identificada en varias formas de comunicación en el sistema del derecho. Se la puede identificar en el hecho de que el propio sistema establece la forma por la cual reacciona a estímulos del ambiente, como por ejemplo, la forma por la cual tratará una comunicación, como la información de un delito, en el ámbito del sistema, a través de un procedimiento por el establecido (proceso penal).

Se puede también identificar la autopoiesis en el hecho de que, cuando el sistema del Derecho identifica un delito, por ejemplo, el sistema no recoge una información del sistema de la economía para definir e si dicha información es lícita o ilícita, es decir, él tiene sus propios mecanismos de atribución de sentido a sus elementos y a las informaciones exteriores. Esos son sólo algunos de los múltiples ejemplos que se puede pensar.

La apertura cognitiva del sistema también puede ser ejemplificada de diversas formas. Un ejemplo de apertura cognitiva es la posibilidad del sistema de ser estimulado a través de la comunicación de una conducta por él identificada como ilícita. El recibe una información del ambiente que lo hace reaccionar con los mecanismos propios que dispone y organiza.

Otro ejemplo de apertura cognitiva es la posibilidad de procesamiento de informaciones, a través de mecanismos propios, generadas en situación de acoplamiento estructural. Es decir, la posibilidad de, a través del procedimiento legislativo, momento de acoplamiento estructural entre sistema del Derecho y sistema política, ocurrir el intercambio de informaciones y su procesamiento.

En este contexto, a través de un proceso propio de sistema del derecho, dicho sistema capta informaciones del sistema político, y actualiza sus informaciones como, como por ejemplo, la forma por la cual él procesa determinados tipos de información, la relaciones que determinados elementos tienen en el sistema, o hasta las reglas envueltas en la identificación de una comunicación como lícita o ilícita.

De la forma descrita, el sistema del Derecho percibe las comunicaciones existentes en el entorno, tales como las expectativas normativas, y las transforma en normas a través de la institucionalización, en las condiciones descritas en el capítulo siguiente.

El procedimiento descrito en el párrafo precedente se hace a través del acoplamiento estructural entre el sistema del Derecho y el sistema de la política, porque en el procedimiento legislativo también están comprometidas comunicaciones del sistema político. Sin embargo, cada sistema reacciona de su propia forma, a través de sus propios procesos, y es por eso que el acoplamiento estructural es identificado como la transferencia de informaciones que hace dos sistemas funcionaren de forma simultánea, pero nunca con la mezcla de sus elementos.

5.3 La sociedad posmoderna desde la óptica sistémica-funcional: complejidad, contingencia y el papel del sistema del Derecho.

Niklas Luhmann¹⁹⁷ construye la teoría de los sistemas sociales a partir de observaciones de ambiente y de la clasificación de los sistemas existentes en: sistemas psíquicos, sistemas biológicos y sistemas sociales. Según Luhmann, no le está permitido al sistema social, que se constituye por las comunicaciones de los miembros de la sociedad, establecer mandamientos apoyados en verdades universales, representando reglas morales de observancia obligatoria.

Con el desarrollo de las ciencias sociales, nace la necesidad de justificación racional del Derecho y de su consecuente limitación de la libertad individual. En ese contexto, Luhmann¹⁹⁸ observa que la diferencia entre del Derecho y las reglas morales es la obligatoriedad solamente subjetiva de estas. El Derecho tradicionalmente es definido como una vivencia del deber-ser, con algunas características adicionales, algo insuficiente para justificar teóricamente la existencia de las normas jurídicas¹⁹⁹.

Para Luhmann, la relación del hombre con el mundo se constituye de forma sensorial, y se expresa a través de expectativas, que son estructuras permanentes previas al Derecho. Las expectativas se diferencian entre cognitivas y normativas. Las normativas son las expectativas cuya manutención es obligatoria, aunque se queden observadas. La característica principal de las expectativas cognitivas es el mayor grado de aceptabilidad de su frustración.

Se puede identificar la diferencia de estos tipos de expectativa en los siguientes ejemplos. Es una expectativa normativa la que informa que no se debe a alguien matar porque él no le cae bien. Es una expectativa cognitiva el hecho de desear que las mujeres que se apunten para la plaza de secretaria del despacho donde el agente trabaja sean guapas. La violación de la primera es tan intolerable que se manifiesta a través de una penal, impuesta como una respuesta institucional severa a su violación, por

¹⁹⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, traducción Gustavo Bayer, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983. (libro todavía no traducido del alemán al castellano: LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, Reinbek, Rowohlt Verlage, 1972)

¹⁹⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, *op. cit.*

¹⁹⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, *op. cit.*, p. 45.

parte del Estado. La violación de la segunda es tolerable (en situaciones normalidad) y aunque el agente la siga manteniendo, nada se puede hacer para que sea respetada.

La diferencia reside en la respuesta del sistema con relación a determinada expectativa: si dicha respuesta se dirige a la manutención de la expectativa, la expectativa es normativa, si no hay una respuesta que se dirige a la manutención de la expectativa, aunque el sistema la mantenga, la expectativa es cognitiva.

El hecho de estar institucionalizada como norma no hace que una expectativa sea normativa o cognitiva. Así pues, existen: expectativas normativas positivadas (como la expectativa de que nadie nos robará), expectativas cognitivas positivadas (como la expectativa presente en el artículo 6º, de la Constitución Española de Cádiz de 1812, que previa que ser benéfico es una obligación de los españoles), expectativas normativas no positivadas (como la expectativa de que siempre seamos tratados con educación y respeto) y expectativas cognitivas no positivadas (cómo la expectativa de los padres de que sus hijos tengan profesiones lucrativas).

La relación del hombre con el mundo le presenta una gama de posibles experiencias y acciones. La complejidad en el sistema social es evidente cuando observamos que siempre habrá más posibilidades de acción que el número de acciones que podemos realizar, con consecuencias imprevisibles de los supuestos desdoblamientos causales de las elecciones, es decir, que el sistema está compuesto por diversos elementos, en una forma interconectada, cuyos vínculos crean informaciones nuevas, no previamente visibles al observador. Acerca de la complejidad podemos informar que:

“La complejidad de una unidad indica el hecho de que no todos los elementos de dicha unidad pueden estar simultáneamente en relación con ellos mismos. Así, la complejidad significa que para actualizar las relaciones entre los elementos es necesaria una selección. Como fundamento de la definición de complejidad está la distinción entre el elemento y relación, que permite observar una condición de relacionabilidad selectiva, distinguiéndola de una condición de relacionabilidad completa entre los elementos.”²⁰⁰

La contingencia en este sistema se identifica con la constante posibilidad de violación de la expectativa seleccionada, es decir, la contingencia está presente porque la expectativa no necesariamente se incumplirá, pero no necesariamente se realizará. En otras palabras, la complejidad es la pluralidad de expectativas y la contingencia es la posibilidad de una expectativa de quedar violada²⁰¹.

En ese universo complejo y contingente, la estabilización de las acciones humanas se realiza por creación de estructuras de asimilación de la realidad exterior, a través de la colectivización de expectativas. El ser

²⁰⁰ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, p. 43.

²⁰¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, op. cit., p. 45.

humano orienta sus acciones a través del resultado que desea alcanzar. A través de la convivencia social, él tiene la oportunidad de captar expectativas de otras personas y de determinar su conducta, para la obtención de los resultados deseados, basándose en las expectativas de los otros, creando expectativas sobre expectativas, potenciando sus riesgos de frustración. La creación de expectativas sobre expectativas crea una doble contingencia.

El contacto social sólo es posible a través de la doble contingencia, sin ella, a nuestras acciones les faltarían parámetros exteriores para la satisfacción de nuestras expectativas. “Quien puede tener expectativas sobre expectativas de otros, puede tener un acceso más rico en posibilidades a su mundo circundante, y a pesar de eso, vivir mas libre de frustraciones”²⁰². Es justamente en el área de integración entre la satisfacción y la frustración de lo que se espera de los otros que se ubica el Derecho, el subsistema social responsable por institucionalizar expectativas normativas.

Es importante que se consiga una simplificación de esas estructuras a través de una reducción que las generalice, de forma impersonal, a través de la creación de reglas de trato social. La seguridad con respecto a las expectativas sobre expectativas y, secundariamente, la seguridad sobre el comportamiento ajeno, es la base imprescindible de todas las interacciones sociales. Las reglas son síntesis de comportamientos anonimizadas, y por eso dotan de seguridad la selección de expectativas, y por eso “la orientación a partir de reglas dispensa la orientación a partir de expectativas.”²⁰³

Con la regla se reducen los riesgos de errores en la selección de expectativas porque con ellas se puede definir donde estaría un posible equívoco, que la conducta equivocada es la acción de determinado sujeto, no la conducta que la sociedad seleccionó como correcta. “La vigencia de las normas se fundamenta en la imposibilidad factual de realizar eso [la simplificación] en todos los momentos y para todas las expectativas de todas las personas. De esa forma, la vigencia de normas reside en último análisis en la complejidad y en la contingencia del campo de la experimentación, donde las reducciones ejercen su función.”²⁰⁴

La selectividad operada por el sistema transforma lo indefinido en palpable. En la medida que alivia al individuo en gran parte del examen propio de las alternativas de cómo debe comportarse, también restringe sus posibilidades de opción, porque el ser humano suele, aunque inconscientemente, limitarse por las elecciones realizadas por otros²⁰⁵.

²⁰² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 48.

²⁰³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 53.

²⁰⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 53.

²⁰⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 53.

Aunque, por muchas veces, las estructuras (expectativas sobre expectativas) sean simplemente aceptadas, ellas no pierden su carga de selectividad, lo que se queda claro cuando son violadas, porque en estos momentos se puede ver que había otras posibilidades de acción. La sobrecarga permanente de la complejidad se transforma en el problema de la experimentación eventual de la frustración, que demanda una solución concreta.

La posibilidad de frustración es inherente a la selección de expectativas. El sistema social debe intentar equilibrar el mayor número de expectativas con la menor posibilidad de riesgo de frustraciones. “Especialmente en un mundo con creciente complejidad y contingencia, eso [selectividad con asunción de riesgo] podría conducir a un nivel insostenible de tensiones y problemas de orientación, caso el sistema social de la sociedad como un todo no presentase dos posibilidades contrarias de frustraciones de expectativas.”²⁰⁶, posibilidades estas referentes a la diferenciación entre frustraciones de expectativas cognitivas y de expectativas normativas.

Así, si las consecuencias de las frustraciones de todas las expectativas fuesen únicamente una manutención, la vida en sociedad se tornaría imposible porque existiría un enorme número de frustraciones intolerables, que resultaría en una gran inestabilidad del sistema social.

Las normas son expectativas normativas que, a pesar de ser violadas, siguen siendo obligatorias para todos, en virtud de su carácter contrafáctico. “Las normas son expectativas de comportamiento estabilizadas en términos contrafácticos”²⁰⁷. La vigencia de la norma, como expectativa institucionalizada, no depende de su observación o de su frustración (contrafactividad). “El símbolo del deber-ser expresa principalmente la expectativa de esa vigencia contrafáctica, sin colocar en discusión esa propia calidad – ahí están el sentido y la función del deber-ser.”²⁰⁸.

El alto nivel de complejidad y contingencia se torna soportable debido a la reducción de situaciones en que la manutención de la expectativa frustrada es necesaria, a través del establecimiento de dos posibles consecuencias de tal frustración, la asimilación o el mantenimiento de la expectativa.

La sociedad dislocará las expectativas al nivel normativo cuando sean vitales para la seguridad y para la integración social de expectativas. Sin embargo, la seguridad de la satisfacción e integración sociales no debe limitarse a la distinción entre expectativas cognitivas y normativas.

²⁰⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 55.

²⁰⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 57.

²⁰⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 57.

Las expectativas normativas no pueden ser indefinidamente expuestas a violaciones. La tolerancia a violaciones generadas de forma general o estructuralmente es limitada, y por eso, dichas expectativas deben orientarse a la posibilidad de su realización. El sistema social debe garantizar mecanismos de real y rápida asimilación de expectativas cognitivas inobservadas, y de demostración de la sustentación de expectativas normativas frustradas.

La estabilización de expectativas normativas institucionalizadas se pasa a través de un complejo mecanismo de estabilización de expectativas, a través de la protección de la confianza, que será explicado en el próximo apartado.

6. La confianza como mecanismo de estabilización de expectativas e reducción de complejidad.

La forma por la cual la confianza opera la reducción de complejidad en el ámbito de los sistemas tiene dos fases, a saber: la primera, en el sistema psíquico, en el cual dicho sistema cambia su forma de operar a través de la confianza, y la segunda, en el ámbito de los sistemas sociales, donde hay un intercambio de informaciones que fundamentan la relación de confianza entre los sistemas psíquicos y los sistemas sociales, en acoplamiento estructural.

En los siguientes apartados se describirá la primera fase, enteramente psíquica, y la segunda, que mantiene un acoplamiento estructural entre sistemas psíquicos y sociales.

6.1 La confianza en el ámbito de los sistemas psíquicos.

La confianza es la relación, a través de la cual, uno cree que los otros cumplirá las expectativas que deben cumplir, inherentes a su posición en la sociedad, para que el sistema social funcione bien. Así, la confianza es la relación que permite que un sistema social tenga un alto grado de complejidad, y asimismo siga funcionando bien, en virtud del cumplimiento de las expectativas que son el objeto de sus comunicaciones. Luhmann informa que:

“La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social. Por supuesto que en muchas situaciones, el hombre puede en ciertos aspectos decidir si otorga confianza o no. Pero una completa ausencia de confianza le impediría incluso levantarse en la mañana. Sería víctima de un sentido vago de miedo y de temores paralizantes. Incluso no sería capaz de formular una desconfianza y hacer de ello un fundamento para medidas preventivas, ya que esto presupondría confianza en otras direcciones. Cualquier cosa y todo sería posible. Tal confrontación abrupta con la complejidad del mundo al grado es más de lo que soporta el ser humano.”²⁰⁹

²⁰⁹ LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona, Anthropos, 2005, p. 5.

Es esta relación – la confianza – es lo que permite que, en sistemas sociales complejos, exista una cantidad innumerable de expectativas normativas, porque sustituye la necesidad de prueba de cumplimiento de todas las expectativas en todos los momentos.

Es decir, si confiamos que alguien cumplirá una determinada expectativa que a él le compete, no necesitamos, *a priori*, buscar medios que incrementen la seguridad de dicho cumplimiento, lo que permite una mayor velocidad en el desarrollo y en la adaptabilidad de los sistemas a nuevas situaciones.

Si fuese necesario, en todas las situaciones, que uno tuviera que pensar en todas las posibilidades de acción, para después elegir cual acción uno debe esperar y saber como debe portarse, ignorando el conocimiento del conjunto de expectativas institucionalizadas, la vida en sociedad sería imposible, porque sería constituida de una complejidad insostenible, presente en la multitud de expectativas posibles de acción.

Lo que debe pasar es lo contrario: uno ya conoce las expectativas que debe cumplir y esperar que se cumplan (contingencia y doble contingencia), y dicho conocimiento sólo es válido si se confía en el cumplimiento de dichas expectativas. La confianza sirve como relación que permite la doble contingencia, porque si no hay confianza, la acción humana no lleva en consideración las expectativas que espera porque no confía que ellas serán cumplidas.

Es más, la confianza, en estos tipos de situaciones, permite la propia convivencia y la existencia del sistema social. Si uno no confía que nadie le matará cuando salga a la calle, uno no sale a la calle, si uno no confía que recibirá su sueldo al final del mes, no trabaja todo el período. Tal relación entre confianza y acción cuya confianza es *conditio sine qua non* puede ser observada en cualquier otra situación social, lo es diferente de la mera esperanza. Es necesario diferenciar esperanza de confianza, porque las dos representa dos formas de expectativas sobre expectativas. Luhmann observa que:

“La confianza solamente está implicada cuando la expectativa confiable hace una diferencia para la decisión.; de otro modo, lo que tenemos es una simple esperanza. Si una madre deja a su niño al cuidado de una niñera, un número de esperanzas se asocian con esto; que nada adverso sucederá, que la niñera será amorosa con el bebé, que no molestará su sueño con la radio, etc. Su confianza solamente se extiende a las eventualidades que, de ocurrir, harían que ella lamentara su decisión de salir de casa y dejar a su bebé al cuidado de otra persona. Por lo tanto, la confianza siempre recae en una alternativa crítica, en la que el daño resultante de la ruptura de la confianza puede ser más grande que el beneficio que se gana de la prueba de confianza asegurada. De aquí que el que confía toma conocimiento de la posibilidad de daño excesivo provocado por la selectividad de las acciones de otros y adopta una posición hacia esa posibilidad. El que tiene esperanza siempre tiene

confianza a pesar de la incertidumbre. La confianza refleja la contingencia. La esperanza elimina la contingencia”²¹⁰

La esperanza no es contingente porque el daño que representa el no cumplimiento de la expectativa objeto de la esperanza es muy pequeño, y aunque violada dicha expectativa, no hay arrepentimiento de haberla tenido. Aunque la acción que se espera del otro haya no se haya realizado, no hay muchos problemas con eso.

De otra forma, la confianza representa algo contingente porque debe ser creada cuando el agente no tiene elección, es decir, que aunque la conducta que se espera no se realice, en la situación en cuestión hay que confiar que determinadas expectativas se cumplirán. La diferencia esencial entre estos dos tipos de expectativas sobre expectativas es la contingencia, representada por el grado de peligro que el incumplimiento de la expectativa representa.

“La confianza emerge gradualmente en las expectativas de continuidad, que se forman como principios firmes con los que podemos conducir nuestras vidas cotidianas. Pero no todas las expectativas de esta naturaleza implican en confianza; solamente aquellas que se preocupan de la conducta lo hacen, y entre las últimas solamente aquellas a la luz de las cuales uno compromete sus propias acciones, y que si no se cumplen nos harán lamentar nuestra conducta.”²¹¹

Con la confianza es posible el manejo de cadenas más grandes de acción o conexiones causales más extensas, porque, al introducirse la confianza, ciertas posibilidades de desarrollo no deseadas pierden la centralidad en la acción humana, pueden excluirse de consideración, y por eso, pasan a ser indiferentes a dicha consideración. “Ciertos peligros que no pueden cambiarse, pero que también no podrían interrumpir la acción, se neutralizan”²¹², lo que genera indiferencia con relación a dichos peligros.

Esto es lo que pasa, por ejemplo, cuando uno, en situaciones normales, planea su día. Él planea salir de casa (sin considerar que pudiera ser asesinado al salir), luego después, ir a un cajero automático para sacar dinero (sin considerar que el banco puede apropiarse de su dinero), después, ir en dirección a una cafetería (sin considerar que ladrones lo atracarán para robarle el dinero que acaba de extraer), y allí en la cafetería, comprar un café (sin considerar que alguien puede haber echado veneno en el café), y después, irse a su sitio de trabajo (sin considerar que alguno conductor estrellará su coche y le matará).

En este caso, el sujeto no consideró el abanico de posibles intervenciones de terceros justamente porque confía que nadie violará las expectativas que tiene de seguir viviendo y poseyendo su dinero. La confianza funciona como el mecanismo que le permite excluir de la consideración de posibles acciones dichas

²¹⁰ LUHMANN, Niklas. *Confianza, op. cit.*, p. 40.

²¹¹ LUHMANN, Niklas. *Confianza, op. cit.*, p. 41.

²¹² LUHMANN, Niklas. *Confianza, op. cit.*, p. 42.

violaciones. Si él no confiara, probablemente ni hubiera salido de casa, pues en este contexto, su salida representaría un riesgo mucho mayor que su estancia en su casa.

Lo mismo sucede a través de la generalización. La posibilidad de adelantarse y planearse de acuerdo con la confianza en el respeto a determinadas expectativas permite una independencia relativa con relación a la experiencia previa. Las decisiones basadas en la confianza generalizan experiencias, lo que permite extenderlas a casos similares y estabilizar la diferencia en las posibles variaciones de dichos casos. Luhmann informa que:

“En una forma, al ir más allá de los hechos, se alcanza una independencia relativa de la experiencia previa específica, de las bases particulares de la confianza, – algo que en la teoría del aprendizaje es llamado generalización. Las decisiones acerca de la confianza generalizan experiencias, las extienden a otros casos similares y estabilizan la indiferencia ante la variación, en la medida en que rinden satisfactoriamente la prueba. Este proceso de generalización de expectativas posee tres aspectos que son importantes y dignos de una consideración mayor: indica el desplazamiento parcial de la problemática de lo «externo» a lo «interno», un proceso de aprendizaje y una resolución simbólica de los resultados en el entorno.”²¹³

La confianza en una determinada expectativa permite su generalización y su traslado a situaciones similares, lo que realiza un proceso de internalización del posible abanico de experiencias, y este proceso es lo que genera la desconsideración de las situaciones que representan violaciones de la confianza. La confianza permite la internalización de expectativas por el sistema psíquico y su aplicación a situaciones análogas, lo que es funcional, conforme se demostrará.

Todos los procesos internos operan con un nivel más bajo de complejidad, porque presentan menos posibilidades, y más orden, que su entorno²¹⁴. Las informaciones dentro del sistema están organizadas e identificadas, y no necesitan más del complejo proceso de atribución de sentido, proceso este que se constituye en la típica reacción del sistema a estímulos externos.

Cuando el sistema trabaja con datos que ya conoce, como por ejemplo, las situaciones experimentadas en las cuales fue mantenida una determinada expectativa, su respuesta es más rápida, eficiente, y especialmente, funcional y coherente con el sistema. Por esa razón los procesos internos son menos complejos que los externos.

Cuando el sistema tiene que trabajar con informaciones que todavía no están en él inscritas, que todavía permanecen en el entorno, el sistema tiene que abrirse, atribuir a dicha información un sentido e

²¹³ LUHMANN, Niklas. *Confianza, op. cit.*, p. 44.

²¹⁴ LUHMANN, Niklas. *Confianza, op. cit.*, p. 45.

interpretarla en forma de código binario, lo que demanda tiempo, esfuerzo, reestructuración y reorganización de sus informaciones, *et caetera*.

Esa operación, a pesar de hacer crecer el sistema y mejorar su funcionamiento a largo plazo, no es funcional para el sistema cuando él necesita dar una respuesta rápida a los estímulos del ambiente, como pasa con las situaciones de convivencia humana en general. Una respuesta razonable, proporcional en intensidad y rapidez sólo es posible con la rápida asimilación inherente a los procesos internos del sistema. Ponemos un ejemplo.

Si en todas las veces que uno va comprar un café, cuando el camarero le pregunte que café quiere, él empieza a pensar las calidades y las imperfecciones de cada tipo de café, buscando informaciones acerca de las características del origen de los cafés que están almacenados en la cafetería, de las condiciones de almacenamiento de la cafetería, de los probables gustos de todos los cafés que están en la carta, de las propiedades de cada tipo de café para la salud, en un proceso constante de apertura cognitiva del sistema psíquico a nuevas informaciones, seguramente él no conseguirá tomar el café antes de algunas horas de reflexión.

El proceso descrito en el párrafo anterior representa un proceso de apertura cognitiva del sistema psíquico en el cual nuevas informaciones, todavía ajenas al sistema, ubicadas en su entorno, adentran dicho sistema, son por él clasificadas, ordenadas y se les atribuye sentido, todo con relación al código binario de dicho sistema que está representada por la dicotomía dolor/placer.

Este código binario puede ser observado en el hecho de que siempre asociamos nuestras experiencias a situaciones de dolor o de no dolor (o de placer, que puede ser identificado como la excelencia en la búsqueda de la evitación del dolor), y en este contexto, buscamos evitar el dolor, de la siguiente forma:

“Abandonemos por ello la cuestión precedente y encaremos esta otra más modesta: ¿qué fines y propósitos de vida expresan los hombres en su propia conducta; qué esperan de la vida, qué pretenden alcanzar en ella? Es difícil equivocarse la respuesta: aspiran a la felicidad, quieren llegar a ser felices, no quieren dejar de serlo. Esta aspiración tiene dos caras: un fin positivo y otro negativo; por un lado, evitar el dolor y el displacer; por el otro, experimentar intensas sensaciones placenteras. En sentido estricto, el término «felicidad» sólo se aplica al segundo fin. De acuerdo con esta dualidad del objetivo perseguido, la actividad humana se despliega en dos sentidos, según trate de alcanzar -prevaliente o exclusivamente - uno u otro de aquellos fines.”²¹⁵

En el ejemplo de la cafetería, todas las informaciones del café que el sujeto buscará serán identificadas en su sistema psíquico como más o menos desagradables (o más o menos agradables). Después de tener

²¹⁵ FREUD, Sigmund. (1930). *El malestar en la cultura*, op. cit., p. 41.

dichas informaciones él estará listo para contestar la pregunta del camarero, con relación a cual tipo de café desea que se ponga, porque dicha respuesta estará de acuerdo con un rápido proceso interno de su sistema psíquico, en el cual él manejará sólo informaciones internalizadas acerca de las calidades del café con relación al código binario, y así, estará seguro de cual café más probablemente le apetecerá.

Sin embargo, en lugar de pasar por todo este proceso complejo de análisis de todas las propiedades de los tipos de café, para saber cual más le apetecerá, él puede recordar que hace algunos años ha tomado un determinado tipo de café que le ha gustado – información internalizada – y confiar que las condiciones de almacenamiento de la cafetería están de acuerdo con las normas aplicables, y que su salud será preservada – expectativa normativa institucionalizada – y con eso, contestar inmediatamente al camarero el tipo de café que desea tomar en aquel momento.

Si el sujeto nunca ha tomado café antes, él puede preguntar al camarero cual tipo de café le recomienda beber, porque le gusta al camarero o porque a las personas, en general, les suele pedir un determinado tipo, con esperanza que la elección será buena, de acuerdo con su código binario, lo que representa un proceso interno simple, pero arriesgado, porque no se tiene control de las variables, de intentar satisfacerse con el café.

Dicha situación es diferente de la situación de confianza en una expectativa normativa institucionalizada que la colectividad confía, porque en este caso, dicha confianza está apoyada en procesos sociales válidos de selección de expectativas y por eso, no tiene el mismo grado de probabilidad de daño como intentar satisfacer el propio gusto a partir de los gustos de las otras personas, en teoría.

Hay también siempre la posibilidad de realizar las investigaciones acerca de los tipos de café y su almacenamiento de en la cafetería con antelación, lo que permitiría una pronta respuesta al camarero, a través de un proceso interno al sistema.

Estas son las razones por las cuales los procesos internos son menos complejos y permiten que la compleja vida en sociedad sea posible en la velocidad normal del tráfico de informaciones con la cual nuestros sistemas sociales funcionan. El papel de la confianza es garantizar la correcta ubicación de la información con relación al código binario por asimilación, cuando ya no se tenga experimentado personalmente todas las situaciones posibles en la interacción social, que es lo que nos suele pasar.

En este contexto, por ejemplo, si viajamos a otro país, no es necesario que veamos como todas las personas que encontraremos se saludan para que sepamos como las debemos saludar, es suficiente que veamos y comprendamos sólo el saludo de la primera persona que nos encuentra para que seamos aptos a

repetir dicha forma de saludar. De forma más sencilla, y al revés: no es necesario que pongamos nuestras manos en todos los fuegos que veamos para saber que ellos nos pueden quemar, porque la experiencia produce una generalización

La confianza opera de modo parecido, en el cual, para situaciones similares confiamos en la vigencia de una determinada expectativa socialmente compartida. Después de salir el primer día a la calle de un sitio que se desconoce, pero que se sabe que no está permitido, por ejemplo, el atraco a las personas, confiamos que no sufriremos un atraco al salir los próximos.

La confianza en la vigencia de la norma opera de la misma forma. Si hubo un proceso socialmente aceptado de postivación e institucionalización de una expectativa normativa presente en el sistema social, confiamos en su cumplimiento, lo que nos permite reducir la complejidad de nuestras acciones y vivir de forma normal en nuestra sociedad. Luhmann informa que:

“En el caso de la confianza, la reducción de complejidad adopta formas especiales a causa de su naturaleza subjetiva. Tales formas pueden describirse como cambios en el nivel en que se absorbe, o se hace tolerable la incertidumbre. El sistema sustituye la certeza externa por la certeza interna, y al hacerlo eleva la tolerancia de la incertidumbre en las relaciones externas. Debido a esto el problema de cómo reducir la complejidad, relativo a su presencia en el entorno, es cambiado para ser parte de los problemas secundarios de esta certeza interna”²¹⁶

En este contexto, al sustituirse un proceso externo por uno interno, los problemas inherentes al grado de complejidad más alto de los procesos externos pasa a ser secundario. En esto consiste el mecanismo de reducción de complejidad operado por la confianza, cambiar la forma de funcionar del sistema psíquico, desde un proceso externo hacia un proceso interno. Luhmann informa que:

“La certeza interna puede resultar de dos formas diferentes, en realidad formas opuestas; y en gran medida es debido a ello que el desarrollo de la confianza puede con seguridad anticiparse considerablemente una y otra vez, a pesar de todas las diversas condiciones del sistema. Por una parte, puede basarse en el hecho de que el objeto de la confianza cumple una función indispensable para la estructura interna: el procesamiento de la experiencia. En consecuencia, un debilitamiento de la confianza produciría consecuencias de largo alcance para la confianza en sí mismo y no será juzgado como una posibilidad porque conduciría a grandes cambios en las disposiciones internas, para lo cual el sistema carece de tiempo, energía y apoyo del entorno. En una forma exactamente opuesta, la certeza de la confianza puede depender de un sistema interno mucho más diferenciado, con la consecuencia de que la falta de objeto de confianza pueda solamente infligir un daño parcial y aislado, y el objeto de la confianza puede reemplazarse por equivalentes funcionales. En ambos casos el apoyo más importante viene de las funciones que desempeña el ordenamiento del procesamiento de la información interna al sistema, más bien que directamente de las garantías que se origina en el

²¹⁶ LUHMANN, Niklas. *Confianza, op. cit.*, p. 45.

entorno. De este modo el ordenamiento interno de la experiencia surgida del procesamiento viene a tomar el lugar de un fundamento para la *corrección* de la reducción de complejidad localizada en el mundo exterior.”²¹⁷

Lo que Luhmann quiere decir es que la certeza interna al sistema depende de la confianza, lo que permite al sistema anticiparse a determinadas situaciones, a través de la generalización. En ese contexto, el objeto de la confianza cumple la función de procesamiento de la experiencia, es decir, el objeto de la confianza es justamente lo que permite la anticipación del sistema.

Así pues, el debilitamiento de la confianza no puede ser una posibilidad efectivamente considerable para el sistema porque eso presupone un cambio estructural en la propia forma de funcionamiento del sistema, lo que demanda tiempo, energía y apoyo del entorno, como cualquier forma de reestructuración radical que se proponga a cualquier sistema.

Sin embargo, la confianza es la forma por la cual funciona el sistema y es lo que garantiza su funcionamiento, sea en virtud de las generalizaciones generadas, sea en virtud del vínculo que se mantiene con un mínimo de estabilidad deseada para el futuro. La posibilidad de contar con la confianza permite un abanico más rico en posibilidades para el sistema (diferenciación funcional).

La falta del objeto de la confianza, lo que es diferente de la falta de la propia confianza, puede ser superada a través de la búsqueda de equivalentes funcionales, más complejos, como la obtención de las informaciones presumidas en la generalización.

De cualquier forma, caso falte el objeto de la confianza, el apoyo deviene del ordenamiento de informaciones de los procesos internos del sistema, el que sigue siendo una fuente más funcional de informaciones que el entorno, y así, es posible corregir posibles faltas de funcionalidad cuando falla el mecanismo de reducción de complejidad del exterior.

6.2 La confianza en el acoplamiento estructural de los sistemas psíquicos y sociales.

Todo el intercambio de informaciones depende de forma directa o indirecta de la confianza en el respeto a las expectativas (institucionalizadas, por lo menos) y por eso, la confianza se constituye en el más poderoso mecanismo de reducción de complejidad de las sociedades modernas.

²¹⁷ LUHMANN, Niklas. *Confianza*, op. cit., p. 46.

Es esencial, en una sociedad compleja y contingente, que estructuras selectivas reduzcan la complejidad y la contingencia, y justamente por eso, la frustración de expectativas institucionalizadas se torna un problema.

Tal problema es la amenaza a la vigencia de la norma como reductora de complejidad de la expectativa estabilizada, que ocasiona el reaparecimiento de la complejidad referente a las innumerables posibilidades de actuación y la contingencia relativa a la posibilidad de actuar diferentemente de lo escogido, lo que genera descrédito y la historia de comprobaciones acumuladas que originaron la norma. “Frustraciones llevan a lo incierto”²¹⁸, y cuando ocurren, queda innegable y evidente que las expectativas son apenas expectativas, y que su vigencia debe ser garantizada.

La orientación por expectativas muchas veces crea la falsa sensación de seguridad, y la frustración de expectativas institucionalizadas crea la sensación de inseguridad y de ausencia de parámetros preestablecidos de conductas sociales. En un sencillo ejemplo, cuando conducimos un coche a través de un cruce de calles con el semáforo en luz verde, nosotros pasamos solamente porque creemos que los coches que estén en la otra calle del cruce pararán cuando detecten que no están autorizados a pasar. Luhmann informa que:

“Usted confía en que sus expectativas no serán frustradas: que los políticos intentarán evitar la guerra, que los coches no quebrarán o que repentinamente dejarán la calle y estrellarán con usted en su paseo de domingo por la tarde. Usted no puede vivir sin formar expectativas con relación a eventos contingentes y usted tiene que descuidar, más o menos, la posibilidad de frustración. Usted descuida de esto porque hay una posibilidad de que no ocurra, pero también porque usted no sabe lo que puede hacer. La alternativa es vivir en un estado permanente de incertidumbre y abandonar las expectativas sin tener nada que las pueda sustituir.”
219

En ese contexto, el papel del subsistema jurídico es establecer la diferenciación entre expectativas que si son frustradas, no generen respuesta del sistema del Derecho (expectativas cognitivas), y expectativas que deben obligatoriamente ser observadas (expectativas normativas), y su institucionalización, para que sea posible el funcionamiento del sistema social.

²¹⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I, op. cit.*, p. 63.

²¹⁹ LUHMANN, Niklas. Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives, in Gambetta, Diego (ed.) *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, University of Oxford, pp. 94-107, 2000, p. 97. <http://www.sociology.ox.ac.uk/papers/luhmann94-107.pdf>. Texto original: “You are confident that your expectations will not be disappointed: that politicians will try to avoid war, that cars will not break down or suddenly leave the street and hit you in your Sunday afternoon walk. You cannot live without forming expectations with respect to contingent events and you have to neglect, more or less, the possibility of disappointment. You neglect this because it is a very rare possibility, but also because you do not know what else to do. The alternative is to live in state of permanent uncertainty and to withdraw expectations without having anything with which to replace them.”

La falta de confianza en la vigencia de determinada expectativa crea, como ya hemos dicho, sentimiento de ausencia de parámetros preestablecidos de conductas concordantes con las expectativas de un específico sistema, y disminuye la gama de posibilidades de desarrollo de la personalidad en el ámbito de tal sistema, así se demuestra:

“La confianza en el sistema y la creencia en las personas próximas son diferentes actitudes con relación a las alternativas, pero ellas pueden influenciar una a las otras y, en particular, un declino en la confianza o una dificultad creciente en encontrar personas confiables y situaciones que merezcan confianza pueden desencadenar efectos de desorientación, y disminuir la gama de actividades disponibles para el sistema.”²²⁰

El sistema social debe orientar y canalizar el proceso de frustración de expectativas, no sólo imponiendo expectativas normativas, sino también estableciendo la posibilidad de que la manutención de expectativas normativas estabilizadas se anticipe a posibles frustraciones, a través de mecanismos que realicen contención de conductas que exponen a riesgo tales expectativas.

“La expectabilidad de las expectativas de los otros es, así, una sólida conquista de la convivencia humana.”²²¹, porque permite la doble contingencia y así, crea más parámetros para la conducta humana en sociedad, algo que debe ser protegido por el sistema social.

La institucionalización de las expectativas funciona, de acuerdo con Luhmann, a través de lo que llamó de ahorro de consenso. En virtud de ser fácticamente posible someter todas las situaciones de decisiones políticas, a todos los individuos, todo el tiempo, en lugar de promover el consenso las instituciones tienen que promover el agrupamiento de las personas que tienen opiniones parecidas e intentar buscar el consenso entre algunos miembros de estos grupos, en algunos sentidos y en algunos momentos, lo que es una descripción en sus términos de una democracia indirecta participativa pluripartidaria.

Con el crecimiento de la sociedad, y la especificación funcional de subsistemas sociales, el número de expectativas compartidas por todos tiende a disminuir, y el número de expectativas específicas tiende a aumentar. Así, pocas expectativas genéricas tienen que ser sustituidas por muchas expectativas específicas, de manera muy rápida. Dicho desarrollo sobrecarga el mecanismo de institucionalización de dos formas, a saber: En términos generales, es necesario que haya más expectativas, y de forma específica dicha diferenciación entre expectativas debe ser convincente y coherente.

²²⁰ LUHMANN, Niklas. Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives, op. cit. p. 99. Texto original: “Confidence in the system and trust in partners are different attitudes with respect to alternatives, but they may influence each other; and in particular, a decline in confidence or an increasing difficulty in finding situations and partners which warrant trust may unleash deteriorating effects and diminish the range of activities available to the system.”

²²¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, op. cit., p. 65.

El sistema de institucionalización debe estar atento a los cambios sociales con relación a la especificación funcional, bajo la amenaza de la configuración normativa de la sociedad que presentan – a través de la institucionalización de expectativas normativas – dejar de estar de acuerdo con las expectativas realmente existentes en la sociedad. Luhmann observa que: “A pesar de tales condiciones, es necesario mantener y incluso ampliar la eficiencia de la institucionalización con el fin de mejorar la selectividad y la estabilización social de expectativas.”²²²

La institucionalización se constituye en la operación por la cual el sistema social, a través del subsistema social jurídico, define normas, su respectiva sanción, y crea mecanismos de protección de su vigencia anticipadamente con relación a frustraciones, determinando si y cuando será posible mantener la expectativa frustrada. Aunque no sea observada, la expectativa debe ser manifestada, permaneciendo, por tanto, intacta.

Es una modalidad de *imputación de la discrepancia*, en la cual se puede concluir que el comportamiento frustrante que está errado, no es la expectativa seleccionada, en la cual la norma estuvo basada. “La norma permanece, y la causa de la frustración reside en el comportamiento divergente.”²²³. El desvío, que es un hecho, solamente puede ser neutralizado si es tratado como hecho sin significado valorativo para el sistema²²⁴.

La sanción es necesaria cuando la frustración a una expectativa institucionalizada no fue debidamente justificada o cuando la conducta desviada se volvió evidentemente contra la norma²²⁵. Pero, más importante que la imposición de una expectativa, es la explicitación de su obligatoriedad. “(...) la personalidad humana siempre depende de la estabilización normativa de sus estructuras selectivas.”²²⁶. Luhmann observa que:

“La contribución de la expectativa para el desarrollo de sistemas complejos tiene relación con su tendencia a ampliar las posibilidades de expectativas, en conjunto con su interacción contrafáctica. Dicha contribución se basa en las necesidades de la convivencia social, en su gran necesidad de expectativas normativas, que conlleva a una superproducción.”²²⁷

²²² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, op. cit., p. 87.

²²³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, op. cit., p. 69.

²²⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, op. cit.

²²⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, op. cit., p. 75.

²²⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, op. cit., p. 75.

²²⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, op. cit., p. 76. Texto original: “A contribuição da expectativa para o desenvolvimento de sistemas complexos está relacionada à sua tendência a dilatar as possibilidades de expectativas, juntamente com sua interação contrafáctica. Essa contribuição fundamenta-se nas necessidades do convívio social, em sua necessidade elevada de expectativas normativas, que leva a uma superprodução.”

El subsistema jurídico tiene la función de prever y estabilizar los posibles tipos de comportamiento, a través de la institucionalización de normas de conducta oriundas de la sociedad, por un proceso racional y democrático, y también tiene la función de mantener su obligatoriedad, esencial para el funcionamiento del sistema social para la existencia y regulación de la vida en sociedad. A este respecto, Muñoz Conde observa:

“La existencia humana supone siempre la coexistencia o convivencia. Pero esta convivencia no es, ni mucho menos, idílica, sino conflictiva. Es el resultado de un proceso dialéctico en el que el individuo renuncia a sus impulsos egoístas a cambio de que la comunidad con los demás le posibilite un mejor desarrollo de su personalidad y los medios necesarios para su supervivencia. Para regular la convivencia entre las personas, se establecen normas vinculantes que deben ser respetadas por esas personas en tanto son miembros de la comunidad. El acatamiento de esas normas es una condición indispensable para la convivencia. Frente al principio del placer, que impulsa a la persona a satisfacer por encima de todo sus instintos, existe el principio de la realidad, representado por las normas que los demás imponen, que obliga al individuo a sacrificar o limitar esos instintos y a tener en cuenta a los demás. La regulación de la convivencia supone, por consiguiente, un proceso de comunicación o interacción entre los miembros de una comunidad, que se consuma a través de una relación estructural que en la sociología moderna se denomina con el nombre de expectativa. Cualquiera puede esperar de mí que me comporte conforme a una norma y lo mismo puedo esperar yo de los demás. La convivencia se regula, por tanto, a través de un sistema de expectativas que se deriva de una norma o conjunto de normas. Pero estas expectativas corren, sin embargo, el peligro de que no se cumplan. Por las razones que sean, muchas veces se frustran, surgiendo entonces el problema de cómo pueden solucionarse esas frustraciones o, en la medida en que esas frustraciones sean inevitables, de cómo pueden canalizarse, para asegurar la convivencia.”²²⁸

El sistema social debe establecer medios de contención de frustraciones de expectativas normativas, debe crear mecanismos de reducción de inconfiabilidad y de control del riesgo de frustraciones, y así aumentar la confianza en las expectativas normativas.

Según Giddens, “riesgo y confianza se entrelazan, la confianza normalmente sirviendo para reducir o minimizar los peligros a los cuales están sujetos tipos específicos de actividad”²²⁹, inclusive la actividad desarrollada por el sistema social. La confianza es la base de cualquier comportamiento o relación social. Sin ella, ni siquiera nos levantaríamos por la mañana²³⁰.

Los efectos de la falta de confianza son extremadamente perniciosos al desarrollo individual y de los sistemas sociales, como informa Luhmann: “Así, la falta de confianza y la necesidad de creencia pueden formar un círculo vicioso. Un sistema –económico, jurídico o político – requiere confianza como

²²⁸ MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, 2ª ed. Buenos Aires: B de f, 2001, p. 40.

²²⁹ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*, op. cit., p. 36.

²³⁰ LUHMANN, Niklas. *Confianza*, op. cit., p. 5.

condición de entrada. Sin confianza, no se puede fomentar actividades de apoyo en situaciones de incertidumbre o riesgo.”²³¹. Acerca de la importancia constitutiva de la confianza en el ámbito del sistema social, en la sociedad contemporánea, Anthony Giddens observa que:

“En condiciones de modernidad el futuro se presenta siempre abierto, no sólo en términos de las corrientes contingencias de las cosas, sino también en términos de la reflexividad del conocimiento en relación al cual las prácticas sociales están organizadas. Este carácter contrafáctico, orientado-al-futuro, de la modernidad, está estructurado principalmente por la fiabilidad conferida a los sistemas abstractos. La fiabilidad, que por sí misma naturaleza, está impregnada por la credibilidad en la establecida experiencia. Es sumamente importante tener muy claro lo que esto supone.”²³²

Así, el sistema social define cuáles son los riesgos tolerados para cada tipo de acción, y establece mecanismos de reducción de tales riesgos de frustraciones, que pueden ser llamados de mecanismos reductores de complejidad, para aumentar la confianza en la vigencia y en la doble contingencia de las expectativas normativas del sistema social de las sociedades contemporáneas, marcado por el alto nivel de complejidad.

7. El funcionalismo jurídico-penal sistémico sistémico – la centralidad de la protección de la vigencia de las normas.

El funcionalismo penal nace como una doctrina que considera el Derecho Penal, antes de todo, una ciencia social. A través del Derecho Penal se puede observar como es la interacción de las normas con la sociedad, es decir, observar en diversas situaciones como y cuando, por ejemplo, una norma se queda violada o respetada.

En este sentido, la teoría jurídica del delito es simplemente un baremo de medición, que sirve para identificar si la violación de una norma se quedó violada o no en determinadas situaciones. Es decir, la teoría jurídica del delito es un método de observación de la realidad, un prismático a través del cual se puede diferenciar conductas delictivas de conductas no delictivas.

A través de estos estudios, después de observarse la dinámica de funcionamiento de la sociedad, se ha llegado a una conclusión: la pena tiene una función en la sociedad, desde un punto de vista esencialmente sociológico. Dicha función es la estabilización de la propia sociedad, a través de los mecanismos sociológicos que se explicará en este capítulo. Polaino-Orts aclara el tema de la siguiente forma:

²³¹ LUHMANN, Niklas. Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives, op. cit., p. 103. Texto original: “Thus lack of confidence and the need for trust may form a vicious circle. A system – economic, legal, or political – requires trust as an input condition. Without trust it cannot stimulate supportive activities in situations of uncertainty or risk.”

²³² GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*, op. cit., p. 84.

“En efecto, Jakobs acepta como punto de partida el concepto de función mayoritariamente empleado por la doctrina sociológica (gracias a las aportaciones de Radcliffe-Brown, depuradas y ampliadas por Parsons, y – posteriormente - por Luhmann), que designa con tal vocablo "las prestaciones que, desde el punto de vista de su aportación, (resultan necesarias) para el mantenimiento de un sistema social". Es decir, se trata de cualquier elemento que en sí cumple un cometido estabilizador del sistema, y por ello -en ese sentido resulta funcional para el mismo, y por ello, es el punto de partida para la "valoración de la equivalencia de las diferentes soluciones de problemas".”²³³

El Derecho Penal, a partir de la óptica funcionalista sistémica, tiene por función garantizar la identidad normativa de la sociedad, la constitución de la sociedad en la cual está inscrito²³⁴. La pena no es, y no puede ser, apenas el mal infligido al individuo que incumple la norma, en una secuencia irracional de dos males (delito-pena). El contenido cognitivo de la sanción, como respuesta a quien contraria la norma, es justamente la afirmación de la norma. Polaino-Orts informa que:

“En breves palabras puede resumirse la dinámica delito-pena, según la explicación funcionalista, de la siguiente manera: todo delito infringe una expectativa socialmente garantizada y consiste en el quebrantamiento de una norma jurídico-penal, esto es, en el no reconocimiento de la vigencia de una norma. Por ello, toda acción delictiva conlleva una carga de expresividad comunicativa y de simbolismo que expresa que, para el autor de tal conducta desaprobada, no rige la máxima contenida en la norma: ese autor proclama, con su acción, un mundo alternativo, contrario o diferente al esbozado en una norma jurídico-penal y, en este sentido, ese mensaje contrario a la norma supone un cuestionamiento de su vigencia por parte de tal autor, es decir, una desautorización de la vigencia de la norma. Toda vez que la Sociedad se compone de normas, ello entraña, al tiempo, un cuestionamiento de la identidad de la Sociedad, entendida como sistema global integrado de normas (expectativas normativas) comunicaciones entre personas, y a la que -como sistema parcial o subsistema- pertenece el Derecho.”²³⁵

El Derecho Penal se presta a contradecir la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. En las palabras de Jakobs: “El Derecho Penal confirma, así, la identidad social”²³⁶. Acerca de la importancia de la manutención de tal identidad, Giddens nos muestra que:

“La seguridad ontológica es una forma, pero una forma muy importante, del sentimiento de seguridad en ·u~ sentido más amplio que el utilizado hasta ahora. La expresión hace referencia a la confianza que la mayoría de los seres humanos depositan en la continuidad de su autoidentidad y en la permanencia de sus

²³³ POLAINO-ORTS, Miguel; KINDHÄUSER, Urs. *Normativismo en Derecho Penal*. Estudios de dogmática jurídico-penal. Yrigoyen, Contexto Libros, 2011, p. 40.

²³⁴ JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*. Madrid: Editorial Civitas, 2004.

²³⁵ POLAINO-ORTS, Miguel; KINDHÄUSER, Urs. *Normativismo en Derecho Penal*. Estudios de dogmática jurídico-penal, *op. cit.*, p. 20.

²³⁶ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*. trad. M. A. R. Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 5.

entornos, sociales o materiales de acción. Un sentimiento de fiabilidad en personas y cosas, tan crucial a la noción de confianza, es fundamental al sentimiento de seguridad ontológica; por lo que ambas están fuertemente relacionadas psicológicamente.²³⁷

En las sociedades en las que los mecanismos de legitimación del poder de legislar, en el plan del deber-ser, están basados en la racionalidad y en la democracia, sus normas representan una proyección, un reflejo de la sociedad, la identidad de la sociedad expresada por medio de normas jurídicas. La infracción a tales normas, no significa sólo la satisfacción de un deseo personal de agente, sino también un ataque a los valores supremos de la sociedad, presentes en las normas de conducta positivadas. “Al reafirmar la vigencia de una norma, el Derecho penal reafirma simultáneamente la identidad de la Sociedad, sistema global en el que el Derecho se integra como subsistema.”²³⁸

En ese contexto, la pena no es sólo un mecanismo de mantener la identidad de la sociedad, sino un mecanismo propio de la identidad social²³⁹, inherente a esta. Es una respuesta del sistema del derecho y de la sociedad, que informa que su identidad está mantenida.

La pena, como respuesta del sistema social a la frustración de expectativas normativas, es responsable por atribuir el carácter de contrafactividad a tales expectativas. Es una comunicación a la sociedad, con el siguiente contenido: aunque algunos hechos no corresponden a su configuración normativa, esta configuración continúa teniendo vigencia. Por eso, la pena es responsable de mantener la confianza de la sociedad en la vigencia de las expectativas normativas que constituyen su identidad.

Así, la sociedad sabrá que, aunque sea inobservada la norma, ella continúa en vigor y tal sociedad podrá continuar procediendo de acuerdo con la expectativa frustrada. La sociedad sabrá que podrá continuar pautando su conducta y sus deseos a partir de las expectativas normativas que constituyen su identidad.

Si no hubiese la pena, en la primera frustración de expectativa por alguien, ya se establecería el caos, se retornaría al estado de naturaleza, como observan los autores contractualistas citados, por total descrédito en el histórico de experimentación de expectativas y su selección por el sistema social. En otras palabras, el efecto generalizador de la confianza no tendría más sentido.

Así, en la primera frustración, la sociedad se desmantelaría, cada individuo perdería el vínculo de confianza que indica que la conducta de los otros será (o al menos deberá ser) pautada por las expectativas institucionalizadas, y sin la confianza como base de las comunicaciones en los sistemas sociales, ellos

²³⁷ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*, op. cit., p. 91.

²³⁸ POLAINO-ORTS, Miguel; KINDHÄUSER, Urs. *Normativismo en Derecho Penal*. Estudios de dogmática jurídico-penal, op. cit., p. 21

²³⁹ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*, op. cit., p. 13.

probablemente desaparecerían. En este contexto, crecería la tendencia individual al aislamiento y a la vigilancia máxima de los bienes que interesan a cada uno, individualmente.

Pero, algo puede hacerse por el sistema social, a través del subsistema jurídico, conforme indica Jakobs: “El Derecho Penal restablece, en la comunicación, la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción a la norma”²⁴⁰.

La preservación de la configuración normativa de la sociedad no es una consecuencia del proceso de aplicación de la pena, sino su significado²⁴¹. Encontramos el fundamento, aunque rudimental, de tal función de la pena en la obra de Émile Durkheim, como observa el sociólogo francés Raymond Aron, de la siguiente forma:

“De cualquier forma, después de haber diseñado una teoría del delito, Durkheim deduce de ella sin dificultades una teoría de la pena. Él se opone, con un cierto desprecio a las interpretaciones clásicas, de acuerdo con las cuales los castigos tendrían por finalidad la prevención a la reincidencia. Para él, la sanción no tiene por función amenazar o disuadir, su sentido no es este. La función del castigo es satisfacer la conciencia común, dañada por el acto practicado por uno de los miembros de la colectividad.”²⁴²

Por la óptica del funcionalismo sociológico aplicado al Derecho Penal, observando la sociedad contemporánea de acuerdo con sus características ya informadas, tales como la complejidad y organización a partir de la contingencia de expectativas normativas por el subsistema social jurídico, podemos buscar un equivalente del concepto de conciencia común los planteamientos epistemológicos adoptados, y identificarlo en la normas jurídicas que componen tal subsistema de Derecho, que forman la configuración normativa de la sociedad. Este es el objeto de protección inmediata del Derecho Penal, y la función de la pena es su manutención²⁴³.

No es posible separar el Derecho Penal de la sociedad, porque este es un recurso indispensable, utilizado por la sociedad para resolver algunos de sus problemas específicos, relativos a la práctica de delitos²⁴⁴. En términos funcionalistas, el sistema jurídico, como sistema social parcial, es utilizado por la sociedad (sistema social) para rechazar el fenómeno de la defraudación de la confianza que garantiza la doble contingencia.

²⁴⁰ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*, *op. cit.*, p. 4.

²⁴¹ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*, *op. cit.*, p. 5.

²⁴² ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*, *op. cit.*, p. 467.

²⁴³ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Traducción de Gercélia Batistas de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. xvi.

²⁴⁴ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional* *op. cit.*, p. 5.

Así, observamos que la confianza es un mecanismo de reducción de la complejidad en la medida en que permite que cada individuo tenga cierta seguridad al seleccionar cuales son las expectativas que debe observar y captar cuales deben ser observadas por los otros individuos, lo que permite que cada uno planee cuales son las acciones que tomará en el futuro y cuales son las reacciones que debe esperar, informaciones esenciales para la opción de su propia acción.

Algunas normas constitutivas de la sociedad poseen fuerza de auto-estabilización, como ocurre, por ejemplo, con ciertas expectativas, de observancia muy obvia, que se establecen sin la necesidad de que se opere cualquier sanción por parte del sistema jurídico. Su inobservancia genera sólo pequeñas reprobaciones sociales.

Observamos, por ejemplo, la expectativa existente que indica que todos deben cuidar de su higiene personal y no deben emitir sonidos sin sentido alguno. Si son inobservadas tales expectativas, la reacción es apenas atribuir la calidad de raro o sucio a las personas que no las observaron, por otros individuos con los cuales conviven. La referida reacción ya basta para que tales expectativas sean observadas por muchas veces.

Otras normas, a su vez, carecen por completo de tal fuerza de auto estabilización, como ocurre en general con las reglas que hoy no pueden más ser vistas como previamente concebidas, oriundas del derecho natural o divino, sino simplemente hechas, aunque por buenas razones²⁴⁵.

La violación de normas de ese tipo no genera de inmediato una sanción, como ocurre con la violación de las normas que se auto estabilizan. Así podemos observar, por ejemplo, que nadie que esté en plenas condiciones mentales conduciría por la calle un coche sin sistema de frenos, en condiciones normales. Sin embargo, seguramente, muchas personas conducirían – y conducen – sin autorización legal. Mientras tenemos, como consecuencia de la conducta de conducir sin frenos, la probabilidad de una pena literalmente natural, que puede llegar hasta la pérdida de la vida, la conducta de conducir sin autorización legal no tiene ninguna pena inherente.

En ese caso, es necesario, para la garantía de la vigencia de la expectativa normativa violada, cuya violación no genera la probabilidad de una inherente sanción, la utilización de una pena, direccionada al agente, oriunda de una entidad externa, legitimada para su aplicación. Es eso que informa Freud en uno de sus estudios sociológicos:

“La ley sólo prohíbe a los seres humanos aquello que podrían llevar a cabo bajo el esforzar {*Drängen*} de sus pulsiones. No hace falta que sea prohibido y castigado

²⁴⁵ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., p. 27.

por la ley lo que la naturaleza misma prohíbe y castiga. Por eso podemos suponer tranquilamente que unos delitos prohibidos por una ley son tales que muchos hombres los cometerían llevados por sus inclinaciones naturales. Si no existiera una inclinación natural de esa índole, tampoco se producirían aquellos delitos; y si estos no se cometieran, ¿para qué haría falta prohibirlos?”²⁴⁶

Podemos observar que en el funcionamiento del Derecho Penal, la sanción se aplica por medio de un procedimiento formalmente establecido por el subsistema social jurídico, y posee la función de proteger la confianza de la sociedad en las expectativas normativas institucionalizadas, necesarias al funcionamiento del sistema social.

En la obra de Jakobs, encontramos tal función en la siguiente forma: “Desde el fin del derecho natural, la pena ya no se impone a sujetos irracionales, sino a sujetos refractarios. La sanción contradice el proyecto de mundo del infractor: este afirma la no vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante.”²⁴⁷

7.1 Creación y vigencia de la norma penal – de la institucionalización a la vigencia y sus consecuencias.

La institucionalización de las expectativas funciona, de acuerdo con Luhmann, a través de lo que llamó el “ahorro de consenso”. En virtud de ser fácticamente imposible someter todas las situaciones de decisiones políticas a todos los individuos todo el tiempo, en lugar de promover el consenso, las instituciones tienen que promover el agrupamiento de las personas que tienen opiniones parecidas e intentar buscar el consenso entre algunos miembros de estos grupos, en algunos sentidos y en algunos momentos, lo que es una descripción en sus términos de una democracia indirecta participativa pluripartidaria.

Con el crecimiento de la sociedad, y la especificación funcional de subsistemas sociales, el número de expectativas compartidas por todos tiende a disminuir, y el número de expectativas específicas tiende a aumentar. Así, pocas expectativas genéricas tienen que ser sustituidas por muchas expectativas específicas, de manera muy rápida. Dicho desarrollo sobrecarga el mecanismo de institucionalización de dos formas, a saber: En términos generales, es necesario que haya más expectativas, y de forma específica dicha diferenciación entre expectativas debe ser convincente y coherente.

El sistema de institucionalización debe estar atento a los cambios sociales con relación a la especificación funcional, bajo la amenaza de la configuración normativa de la sociedad que presentan – a través de la institucionalización de expectativas normativas – dejar de estar de acuerdo con las expectativas realmente

²⁴⁶ FREUD, Sigmund. (1913 [1912-13]). “*Tótem y tabú*. Algunas concordancias en la vida anímica de los salvajes y de los neuróticos”. Obras completas Amorrortu Editores, XIII. Buenos Aires, 1976, p. 41.

²⁴⁷ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional op. cit.*, p. 13.

existentes en la sociedad. Luhmann observa que: “A pesar de tales condiciones, es necesario mantener e incluso ampliar la eficiencia de la institucionalización con el fin de mejorar la selectividad y la estabilización social de expectativas.”²⁴⁸

Se puede pensar que la vigencia de la norma ocurre cuando una norma específica existe y cuando existe su observación general. Pero la vigencia debe ser vista en su invocación como pauta de juicio. Es decir, su vivencia se verifica no tanto cuando es obedecida por todos, mas cuando está institucionalizada por procesos socialmente válidos, y puede ser invocada como pauta de juicio, para decir que la conducta que la viola está equivocada y la conducta que la obedece está correcta. Polaino-Orts informa que:

“Vigencia de la norma como concepto central: la vigencia de la norma es concepto central en la construcción funcionalista: su cuestionamiento y su restitución constituyen el principio y el fin de la prestación del sistema penal: El Derecho penal lleva a cabo la prestación o el cometido de "contradecir la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la Sociedad”²⁴⁹

La vigencia de la norma descansa sobre la economía de consenso, y en la medida en que es coherente con el sistema. Aún que nadie las cumpla, las normas vigentes tienen fuerza de obligar. Las personas reconocen que tienen que comportarse de una forma debida. La obligatoriedad es un líame, una atadura, que genera una contrición cuando las normas quedan incumplidas.

El papel que tienen las normas en la acción humana es fijar expectativas de conducta y hacer pautas de juicios. La existencia o no de la norma nos permite saber lo que debemos esperar de los otros, son pautas públicamente intocables de conducta. Informar que la norma es obligatoria significa que ciertas formas de conducta no son opcionales. Quien viola una norma, no solo está sujeto a critica, pero él mismo tiene que admitir que esta equivocado.

Se puede intentar identificar que la teoría que Jakobs propone como una vertiente de la prevención general positiva, es decir, con la función d reafirmar la vigencia de la norma a la sociedad, los valores sociales se mantienen intangibles lo mejor posible. El propio Jakobs admite la posibilidad de calificar su teoría de este modo:

"La prevención general positiva" como la de Welzel, afirmando que "la prevención general positiva -si es que quiere hacerse uso de ese término- no debe denominarse prevención *general* porque tuviera efectos en gran número de cabezas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho, lo general, esto es, la configuración de la comunicación; por otro lado, no se trata de *prevención* porque se quiera alcanzar

²⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, op. cit., p. 87.

²⁴⁹ POLAINO-ORTS. Miguel; KINDHÄUSER, Urs. *Normativismo en Derecho Penal*. Estudios de dogmática jurídico-penal, op. cit., p. 21.

algo a través de la pena, sino porque ésta, como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma"²⁵⁰

Sin embargo, aunque calificada como prevención general positiva, en virtud de dicha teoría radicar en torno del concepto de “vigencia de la norma”, es necesario identificar lo cuales son las posibles consecuencias y implicaciones de tener un concepto como este en el centro de construcciones teóricas.

A través de método adoptado por el propio Luhmann, y seguido por Polaino-Orts²⁵¹ en el importante trabajo que se utiliza como referencia, los siguientes conceptos serán identificados a través de la diferenciación. Con relación a la identificación de la vigencia de la norma como elemento central, tres preguntas deben ser hechas: ¿Qué protege la norma? ¿Quién infringe la norma? ¿Cómo se infringe la norma? La respuesta a estas preguntas está en la diferenciaciones ontologicismo/funcionalismo, individuo/persona, y análisis sistemático/análisis funcional.

Acerca de la primera diferenciación se hace entre una dogmática ontologicista y una funcionalista. Una dogmática ontologicista, en los moldes de los planteamientos de Welzel, está orientada a identificar el objeto de protección de las normas en lo que hay, en lo que es perceptibles a los ojos, y existe antes del propio Derecho. En este sentido, dicha dogmática, al observar que un delito realiza una perturbación en el ambiente, ejercida por una actividad final, que causa una lesión a una cosa que la norma quiere proteger, identifica en la función de protección de la norma la tutela de bienes jurídicos.

Sin embargo, con el fin de observar lo que va mas allá de lo que se puede percibir por los sentidos, una dogmática funcionalista está atenta a los procesos sociales latentes a la realización de un delito. Aunque con un delito se vea, muchas veces, la realización de un acto que lesiona efectivamente a un bien, como el delito de lesiones, no más importante no es esta lesión, perceptible a los ojos.

En este contexto, lo que importa más es percibir los procesos sociales subyacentes a dicha lesión, es comprender lo que realmente significa la realización de un delito para la colectividad, lo que es importante, especialmente porque existen delitos que nos exigen abandonar la perspectiva subjetivista de la doctrina del bien jurídico, como los delitos que no lesionan ni ponen en peligro de lesión a ningún bien jurídico – lo que no los hace dejar de ser delitos por eso – y las situaciones en las cuales los bienes son efectivamente dispuestos por la víctima, como en el auxilio al suicidio, donde no hay interés de la víctima en proteger el propio bien jurídico, y todavía hay delito.

²⁵⁰ JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*. Traducción de Manuel Cancio Meliá, "Cuadernos de conferencias y artículos n° 16", Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pág. 33.

²⁵¹ POLAINO-ORTS. Miguel; KINDHÄUSER, Urs. *Normativismo en Derecho Penal*. Estudios de dogmática jurídico-penal, *op. cit.*, p. 30.

Con una dogmática funcionalista se busca observar a lo que realmente importa para el derecho Penal en cuanto una ciencia social: sus funciones efectivas en la sociedad, y no, las funciones que desearíamos que tuviera. En este sentido, es indudable que la sanción sirva para proteger la norma penal, independientemente de existencia, puesta en peligro o lesión a cualquier bien jurídico. El papel del científico es observar y describir, no desear una realidad diferente en el ámbito de la investigación. En este sentido son las consideraciones de Polaino-Orts:

“Por ello, desde esta perspectiva, los bienes jurídicos no pueden ser considerados categorías prejurídicas, ontológicas ni naturalistas, sino esencialmente, desde un aspecto normativo, como categorías creadas por el Derecho, por él configuradas. Jakobs reconoce que los bienes jurídicos admiten una definición naturalista (se tutela la vida, la salud o la propiedad porque son valoradas como individualmente fructíferos), pero tajantemente afirma que ello no puede ser rasgo definitorio ni distintivo de un sistema normativo, en tanto que los bienes jurídicos pueden resultar menoscabados, no solo por hechos de personas responsables en un contexto normativo-social, sino también por sucesos naturales (catástrofes, enfermedad, desgaste, etc.), o incluso por hechos en los que intervienen sujetos, pero no lo hacen como personas en Derecho penal, sino como individuos (por ejemplo, sin dolo ni imprudencia, o por inimputables).”²⁵²

Con relación a la segunda diferenciación, entre individuo y persona, es la parte más delicada de la construcción funcionalista, cuando comparada con sistemas de matiz distinto. De la misma forma que el antihumanismo luhmanniano es de cierta forma polémico, la siguiente distinción encuentra mucha resistencia en la doctrina. De entrada, se puede decir que existen dos tipos de seres humanos. Las personas, y los sólo individuos. Las personas son los individuos considerados en su rol social, es decir, que tiene un rol y lo ejercen. Polaino-Orts realiza dicha distinción de la siguiente forma.

“Precisamente en este contexto cabe interpretar el concepto funcionalista de persona, que se contrapone al de individuo, de manera coherente con la distinción entre sistema y entorno, entre Sociedad y ambiente: la persona participa en la comunicación social, expresa sentido; el individuo, no. O en otras palabras, la persona -definida por su capacidad de seguimiento de la norma- puede infringir su rol de ciudadano fiel al Derecho, defraudar una expectativa y poner en entredicho la vigencia de la norma; el individuo (menores de edad, inimputables, etc.) se mueve en un ámbito *extrasocial*, siendo sus acciones comunicativamente irrelevantes, o sea, no son personas en Derecho (penal), de manera que sus acciones no son idóneas para participar en la comunicación social, ni pueden por ello atacar la vigencia de la norma.”²⁵³

Una persona, para la dogmática clásica, es quien realiza un delito, y desde el punto de vista del principio de lesividad, es quien lesiona a un bien jurídico. Un vez más, en el sentido de ir más allá de lo identificable

²⁵² POLAINO-ORTS. Miguel; KINDHÄUSER, Urs. *Normativismo en Derecho Penal*. Estudios de dogmática jurídico-penal, *op. cit.*, p. 34.

²⁵³ POLAINO-ORTS. Miguel; KINDHÄUSER, Urs. *Normativismo en Derecho Penal*. Estudios de dogmática jurídico-penal, *op. cit.*, p. 55.

por los sentidos, y desde un punto de vista normativo, persona es el individuo capaz de comportarse de acuerdo con las normas que rigen el sistema en el cual actúa, es la persona capaz de cumplir el rol que le compete. Cuando la persona se aleja de este rol, es decir, cuando la persona no cumple las expectativas normativas institucionalizadas relativas a él, ella actúa formalmente como persona, pero materialmente como individuo, porque su conducta no puede inscribirse en el sistema en el cual se encuentra. Polaino-Orts observa que:

“Postulados básicos en esta construcción son, resumidamente, los siguientes: la persona se define por el cumplimiento de su rol social, esto es, por la fidelidad al Derecho: en palabras de Jakobs, "persona es a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso con el Derecho", y por ello, "es persona real aquel cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma". Para ello, dos condiciones son precisas: "el comportamiento debe estar *regido* por las normas -ningún animal (entendido como parte del medio ambiente) puede ser una persona-, y debe resultar *adecuado* a la norma -ninguna persona asesina-". Si faltan estas condiciones, el sujeto no se comporta como *persona* (integrante del sistema social), sino como *individuo* (entorno del sistema): no respeta su rol, infringe la norma, realiza una "*comunicación defectuosa*", y actúa *formalmente como persona, pero substancialmente como individuo*, siendo su comportamiento materialmente equiparable a la naturaleza, al medio ambiente”²⁵⁴

La última distinción que se debe llevar a cabo con relación las consecuencias de identificar la protección de la vigencia de la norma como función del Derecho Penal, deberá ser hecha con relación al análisis sistemático/análisis funcional de la conducta. En este ámbito, cambia la forma clásica de concebir la teoría jurídica del delito. El delito, en la teoría clásica, era concebido, desde un punto de vista ontológico, como acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, pasa a ser identificado como un evento comunicativo funcional calificado de ilícito por del sistema del Derecho.

“La discusión se sitúa, en consecuencia, en un plano netamente normativo, alejado de sujeciones naturalistas. Por ello, el concepto de acción no puede explicarse desde esta perspectiva si no es como una automanifestación por parte del autor- de un quebrantamiento de la norma, lo cual conlleva que se considere la inevitabilidad como presupuesto de la culpabilidad, y la culpabilidad como presupuesto de la acción. Por ello, el concepto de acción, para Jakobs, consiste en "hacerse culpablemente responsable por la lesión de la vigencia de la norma"¹⁰¹, y por ello la acción es un concepto funcional, construido por el Derecho, libre de connotaciones naturalistas, y perfectamente coherente con la idea del aseguramiento de la vigencia de la norma. (...) La acción en Derecho penal solo puede tener, desde el punto de vista comunicativo, un sentido en tanto unidad socialmente reconocida como tal. La aplicación de un método funcional conlleva rechazar cualquier partición ontológica, naturalista, etc. y extraer de ello consecuencias dogmáticas.”²⁵⁵

²⁵⁴ POLAINO-ORTS. Miguel; KINDHÄUSER, Urs. *Normativismo en Derecho Penal*. Estudios de dogmática jurídico-penal, *op. cit.*, p. 58.

²⁵⁵ POLAINO-ORTS. Miguel; KINDHÄUSER, Urs. *Normativismo en Derecho Penal*. Estudios de dogmática jurídico-penal, *op. cit.*, p. 64.

La acción sólo tiene sentido en cuanto dotada de sentido comunicativo, lo que sólo es posible si existe culpabilidad. Es decir, si la acción es la violación de la norma, y la culpabilidad se fundamenta en la violación de la norma, acción y culpabilidad están directamente vinculadas. Eso quiere decir que sólo hay acción penalmente relevante si ella está orientada a la violación de la norma, el fundamento de la culpabilidad. Sólo hay acción cuando uno actúa culpablemente²⁵⁶. La acción debe volverse a la culpabilidad, y la culpabilidad sólo existe mientras la acción existe como violación a la norma. Jakobs informa que:

“En todo caso, quien se limita a la vulneración de la norma de comportamiento se queda a medio camino. Y ello es así porque el injusto no produce por sí mismo la pena, sino que jurídico-penalmente es un mero concepto auxiliar. Por ello, un concepto de acción que almacene el programa completo del Derecho penal debe ser ampliado hasta la culpabilidad. Acción es convertirse a sí mismo en culpable; formulándolo de otro modo: acción es la asunción culpable de la competencia por una lesión de la vigencia de la norma. Este concepto de acción —y sólo este— es más que un concepto auxiliar jurídico-penal, es el concepto de aquel comportamiento que hace necesaria la imposición de una pena. Los conceptos que se ubiquen por debajo de este nivel acaso abarcan situaciones provisionales. Sólo si se extiende el concepto hasta la culpabilidad, adquiere un contenido vinculante desde el punto de vista del Derecho penal.”²⁵⁷

Eso presupone echar de menos la tradicional distinción entre elementos objetivos, plasmados en el injusto típico, y elementos personales, plasmados en la culpabilidad, lo que presupone un total cambio de paradigma para la actual teoría jurídica del delito, concebida a través de la evolución del sistema Liszt-Beling, hasta el finalismo, pasando por el neokantismo.

Desde esta perspectiva se rechaza la separación de injusto y culpabilidad. El delito es concebido como una unidad, que no es difícil de comprender. El delito presupone una acción que viola la vigencia de la norma, es decir, él presupone una acción, que materializa el precepto primario de un tipo penal, que establece una conducta que viola una norma, cuando no está amparada por una causa de justificación, es decir, sólo hay violación de la norma si la conducta realizada materializa un tipo penal de injusto.

En este contexto, sólo hay acción si dicha acción se orienta a la violación de la norma, que es lo que fundamenta la culpabilidad, es decir, sólo hay culpabilidad si hay una acción violadora de la vigencia de una norma. Acción y culpabilidad existen como un único ente.

²⁵⁶ En otras palabras: “La teoría de Jakobs sobre la acción y la pena también conduce a entender que la acción es una acción culpable. En efecto, si la acción es un acto comunicativamente relevante, en el cual el sujeto expresa con su comportamiento que para él no rigen las expectativas generalizadas de conducta, y por ende manifiesta un esbozo del mundo en el cual desautoriza la vigencia de la norma como modelo de contacto social, es lógico entender que sólo hay acción cuando actúa culpablemente. Si la persona, por ejemplo, incurre en un error de prohibición, su actuación no expresa un acto comunicativamente relevante en el cual se desconoce la vigencia de la norma.” MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Funcionalismo y normativismo penal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 48.

²⁵⁷ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*. traducción Enrique Peñaranda Ramos et. al., Madrid, Civitas, 1997, p. 124.

Así pues, un delito es una acción que viola la vigencia de la norma porque en dicha acción ya están incluidos los posibles juicios de medición de existencia de acción, antijuridicidad y culpabilidad. En este contexto la punibilidad es descrita como condición del enjuiciamiento de la acción pena, instituto de naturaleza procesal, no material

Así pues, establecer la vigencia de la norma como el elemento central de análisis de la conducta a través del Derecho Penal, presupone identificar la función del Derecho Penal la como protección de la vigencia de la norma como, presupone identificar como persona quien cumple su rol y sus correspondientes expectativas en el sistema social en que toma parte, y por fin, presupone identificar los elementos de la teoría del delito clásica en el concepto de acción que viola la vigencia de una norma, y tener dicho concepto como suficiente a la imposición de una pena.

7.2 Socialidad versus Subjetividad.

Algunos autores²⁵⁸ argumentan que el funcionalismo sistémico saca el individuo libre del centro de protección del sistema social. Conforme se ha analizado utilizar las expresiones individuo y funcionalismo sistémico en la misma frase puede sonar como algo incoherente y sin sentido.

Con la protección de la expectativa de conducta se busca mantener la identidad y el funcionamiento del sistema social. El concepto de ser humano se vincula a otros tipos de planteamientos teóricos ya expuestos, como los autores que siguen la teoría de la acción social, adoptada por Max Webber y Jürgen Habermas.

Así pues, afirmar que el funcionalismo sistémico saca el individuo del centro de protección del sistema social es como decir que la física cuántica está mal porque no se preocupa con la estética musical contemporánea. No tiene coherencia epistemológica una crítica de ese matiz.

Sin embargo, a través de planteamientos teóricos desde los cuales se reconoce la existencia de un ser humano como ente, no como sistema, como la teoría de la acción social, como se puede decir que es justamente al individuo al que se trata de proteger con la preservación de la configuración normativa social, a través de la estabilización de expectativas, garantizando la posibilidad de ocurrencia de la doble contingencia por la protección de la confianza.

²⁵⁸ Como, por ejemplo: COSTA JUNIOR, Heitor. Crítica à legitimidade do Direito Penal funcionalista. *Discursos Seditiosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto Carioca de Criminologia, n. 9, 2000.

Sí es posible esto. La necesidad de protección de la confianza no es inherente al funcionalismo sistémico. Autores que siguen la tradición sociológica de la teoría de la acción social, como Anthony Giddens, de acuerdo con lo ya citado, también reconocen la importancia de la protección de la confianza en las sociedades globalizadas.

En este contexto el individuo es el centro, aunque secundariamente remitido, pues se remite primeramente a la protección de la vigencia de la norma, y secundariamente, a todos los individuos que se benefician de tal vigencia. Podemos observar un ejemplo de tal protección: nosotros todos, indistintamente, nos beneficiamos de la protección a la vigencia de la norma penal que criminaliza la conducta homicida.

Ante la crítica que indica ser el funcionalismo la negación de la libertad individual²⁵⁹, porque sus presupuestos de funcionamiento del sistema social son supra-individuales, y la tutela del subsistema del Derecho no ocurre sobre la libertad individual, mas sobre expectativas de conducta, responde Jakobs²⁶⁰, en los siguientes términos.

“Una objeción muy común es que con lo antes dicho de funcionalismo se quita la máscara, mostrando su verdadera faz: se dice que pretende estabilizar la sociedad, sin aludir para nada al sujeto libre; se dice que pretende estabilizar normas, sin determinar si son normas que hacen posible la libertad o normas que aterrorizan. En lo que se refiere a la primera crítica, es correcta a medias: es cierto que desde la perspectiva funcional, de lo que se trata es del mantenimiento de un sistema que ha generado por diferenciación un sistema jurídico. Pero la segunda mitad de la objeción, la afirmación de que de este modo se pasa por alto al sujeto libre, no tiene nada que ver con la cuestión: éste estará presente exactamente en aquella medida en la que sea transmitido por medio de la comunicación, es decir, en la medida en que sea determinante de la autodescripción de la sociedad. Ciertamente, si el sujeto libre de hecho no aparece en la comunicación, efectivamente, carecerá de toda importancia; pero también puede suceder que se convierta en el objeto central de la comunicación, y entonces será el elemento dominante, por encima de todo lo demás. Por lo tanto, el punto de partida funcional no desplaza nada, sino que es neutral.”²⁶¹

El referido autor indica que la libertad individual necesita de fundamentación, en el contexto de un sistema social, que promueva el mayor número de posibilidades de desarrollo, y no debe ser vista como un valor absoluto, de origen natural o divino a ser tutelado independientemente de cualquier expectativa social que sirve de base a los casos relacionados con limitaciones socialmente necesarias a la libertad, como, por ejemplo, en los casos de aplicación de pena privativa de libertad.

²⁵⁹ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., p. 29.

²⁶⁰ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*, op. cit., p. 14.

²⁶¹ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., p. 29.

Acerca de tal crítica, informa el autor: “Contrariamente a eso cabe objetar a su vez que un sujeto libre casi que por gracia de la sociedad es demasiado poco, que este no debe ser fundamentado de modo derivado, pero debe constituir el principio y el objeto, vale decir, debe ser necesariamente el contenido principal de la empresa *Derecho Penal*.”²⁶².

Cuando observamos la tendencia gregaria del ser humano y las formas de interacción social existentes en nuestra sociedad, concluimos que la subjetividad solamente puede desarrollarse plenamente en condiciones de socialidad. “La subjetividad se genera a través de un proceso mediado por lo social”²⁶³. Así, la noción de parte, se forma a partir de, y en contraposición a la noción de todo. En el ámbito del análisis de los sistemas psíquicos, Sigmund Freud²⁶⁴ observó que la constitución psíquica del sujeto está formada por tres instancias distintas, por él denominadas de *ego*, *superego* e *id*.

El sistema psíquico se forma y funciona a partir de su diferenciación con el ambiente. El referido autor observó que los elementos de la constitución psíquica de un individuo (excepto el *id*, instancia preexistente) se forman a partir de la constitución psíquica de sus padres, por medio de identificaciones inconscientes con sus *ego* y *superego*²⁶⁵. La relación entre padres e hijos es el primer vínculo social que establecemos, en los preludios de nuestra vida, que marca la forma por la cual continuaremos relacionándonos en sociedad²⁶⁶.

Por estos motivos, Jakobs²⁶⁷ concluye que no es correcto contraponer las condiciones de constitución de la subjetividad a las condiciones de constitución de la socialidad, en los términos de la relación “aquí libertad” *versus* “aquí colectivismo”. Sin una sociedad en funcionamiento, faltan condiciones empíricas de formación y desarrollo de la subjetividad. Para Günther Jakobs:

“No se trata de que la sociedad, entendida como algo hecho y terminado, se anteponga al sujeto, pero también queda excluido lo contrario. Dicho de otro modo, la subjetividad no sólo es un presupuesto, sino también una consecuencia de la socialidad. Sin un mundo objetivo vinculante no hay subjetividad, y viceversa.”²⁶⁸

La relación de confianza que debe ser asegurada por el sistema social, en la medida que este se desarrolla, a través de la complejidad y de la contingencia, objetiva justamente ofrecer bases empíricas a eventos comunicativos en el sistema, posibilitando así, la doble contingencia y el funcionamiento del sistema.

²⁶² JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., p. 30.

²⁶³ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*, op. cit., p. 15.

²⁶⁴ FREUD, Sigmund. O ego e o id. In: *Edição Standard Brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Volume XIX. Tradução Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

²⁶⁵ LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, Jean-Bertrand. *Vocabulário da psicanálise*. 4.ed. Santos: Martins Fontes, 2002, p. 499

²⁶⁶ FREUD, Sigmund, (1923). *O ego e o id*. op. cit.

²⁶⁷ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*, op. cit., p. 18.

²⁶⁸ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., p. 34.

Como ya hemos dicho, el funcionalismo sociológico aplicado al Derecho Penal no tiene como objetivo la protección de una entidad ajena, distanciada de los individuos, denominada de sociedad, por el subsistema del Derecho, sino, a través del sistema social, observar como es posible garantizar la máxima posibilidad de confianza en las expectativas de conducta que dan soporte a las posibilidades humanas. En ese contexto, Anthony Giddens observa:

“Con el desarrollo de los sistemas abstractos, la fiabilidad en principios impersonales y también en algunos anónimos, resulta, impensable para la existencia social. Esta clase de fiabilidad no personalizada discrepa de la confianza básica. Poseemos una fuerte necesidad psicológica de encontrar gente de quienes fiarnos, en quienes confiar, pero carecemos de las conexiones personales organizadas institucionalmente que eran relativas a las situaciones sociales dadas en el mundo premoderno. Lo importante aquí no es principalmente que muchas características sociales, que previamente fueron parte de la vida diaria o de la vida mundana, hayan sido extraídas e incorporadas a los sistemas abstractos. Más bien, es que el tejido y la forma de la vida cotidiana han sido reconfigurados en conjunción con cambios sociales más amplios. Las rutinas estructuradas por los sistemas abstractos poseen un carácter vacío, no moral, y esto cobra validez en la idea de que lo impersonal inunda progresivamente lo personal. Pero no se trata simplemente de una disminución de la vida personal en favor de sistemas de organización impersonal sino de una genuina transformación de la naturaleza de lo personal. Las relaciones personales, cuyo principal objetivo es la sociabilidad, informadas por la lealtad y la autenticidad, se convierten tanto en una parte de las situaciones sociales de la modernidad como en instituciones que acompañan al distanciamiento de espacio-tiempo.”²⁶⁹

La crisis de la confianza en expectativas normativas institucionalizadas es una crisis del propio sistema social, que se utiliza del subsistema social jurídico para gerenciar perturbaciones en la confianza, a través de intervenciones que objetivan su restablecimiento, y consecuentemente, mayor seguridad en las relaciones sociales.

7.3 El riesgo en la sociedad compleja como elementos central del análisis funcionalista penal.

Según Luhmann²⁷⁰, el sistema social capta los riesgos que amenazan su funcionamiento, y trata de contenerlos a través de los mecanismos de que dispone. Así, uno de estos mecanismos es la imposición de pena, por el subsistema jurídico, al agente que promueva o incremente los riesgos de forma socialmente reprobable, según la configuración normativa de la sociedad. Tal procedimiento sancionatorio debe tener la mayor eficacia posible, a través del establecimiento de sanciones preventivas de un modo bien perceptible.

²⁶⁹ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad, op. cit.*, p. 116.

²⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New Brunswick: Transaction, 2008.

En ese contexto, la necesidad social de control de los riesgos indica que no se debe esperar que la vigencia de la norma sea turbada, y en consecuencia, la configuración normativa de la sociedad sea lesionada, para que se pueda imponer una sanción, con relación a conductas que en la mayoría de los casos son peligrosas e incoherentes con el sistema.

Sabemos que el contacto social implica riesgos, y sin ellos el sistema social no se desarrolla, sin embargo, en la sociedad contemporánea, marcada por la complejidad, contingencia y riesgos, la distancia que hay entre la conducta peligrosa y la frustración a la respectiva expectativa normativa es mucho menor que la distancia que había hace un siglo, lo que demanda una gestión del riesgo de forma diferente de la pretérita, por el sistema social. Luhmann observa que:

“Adicionalmente a las discusiones cálculo, percepción, evaluación y aceptación de riesgos aparece ahora el problema de la selección de riesgos para ser o no considerados. Y nuevamente la investigación disciplinaria específica puede descubrir que no se trata aquí de una causalidad: existen determinados factores sociales que guían el proceso de selección.”²⁷¹

Cuanto mayor el nivel de complejidad en la sociedad, mayor la posibilidad de defraudación de expectativas normativas institucionalizadas, y más difícil es la respuesta eficiente del sistema social a tales frustraciones. Un mecanismo útil de gestión del riesgo, por el subsistema jurídico, es el aumento de la severidad de las penas para la inobservancia de las determinaciones legales, cuanto mayor el riesgo causado por la conducta.

La pena funciona como el segundo elemento de la ecuación que la relaciona con el nivel de riesgo operado, siendo directamente proporcional a este, algo que, probablemente, debería inhibir la práctica de conductas peligrosas, y así reducir el grado de riesgos. Luhmann observa que, “desde un punto de vista secular, el cálculo del riesgo trata de un programa de minimización del arrepentimiento”²⁷², arrepentimiento relacionado a la falta de precaución tomada en el procedimiento de gestión de riesgos y de daños futuros.

Sabiendo que los riesgos son inherentes al funcionamiento del sistema social y su complejidad, y que el elevado nivel de ocurrencia de tales riesgos, con relación a la defraudación de expectativas normativas institucionalizadas puede comprometer el funcionamiento del sistema social, la temática relacionada y la selección, por el sistema social, de los riesgos tolerables se torna también central. Acerca de la cuestión, Luhmann señala que:

²⁷¹ LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*, op. cit., p. 48.

²⁷² GIDDENS, Anthony.; BAUMAN, Zygmunt.; LUHMANN, Niklas.; BECK, Ulrich. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*, Barcelona: Anthropos, 1996, p 133.

“La pregunta relevante a este respecto se ocupa de saber quién o qué decide si (y en qué horizontes objetivos y temporales) un riesgo en tanto tal ha de ser considerado o no. A las ya conocidas discusiones sobre el cálculo, percepción, valoración, y aceptación del riesgo, se suma ahora la problemática sobre la selección de riesgos, problemática que no trata sobre la causalidad, sino sobre la posibilidad de que los factores sociales puedan dirigir el citado proceso de selección.”²⁷³

En ese contexto, observamos que el sistema social capta en los procesos comunicativos de la sociedad informaciones acerca de los riesgos que esta considera tolerables o no, institucionalizando tales informaciones como normas.

Así, podemos identificar que, para el sistema social, hay riesgos aceptables, generalmente relacionados al poco potencial lesivo de las conductas que los representan, o con la esencialidad de las acciones para la vida en sociedad, tales como los riesgos inherentes al tráfico aéreo y terrestre, o hasta incluso los riesgos de una guerra, cuando sea necesaria para la manutención de una comunidad.

Podemos identificar también que, por otro lado, hay riesgos inaceptables, que son aquellos que las conductas que representan atacan la vigencia de las más básicas expectativas normativas, tales como los riesgos relativos al control del armamento nuclear. Sobre eso, informa Luhmann:

“Esta tradición racionalista basa la comprensión del problema en que los daños se deben evitar en lo posible. Esto limita de forma considerable posibilidades de acción, por ello hay que admitir y “arriesgar” acciones, que pueden desencadenar, según el cálculo de probabilidad, daños evitables. Todavía hoy los riesgos se indagan a través de la magnitud y de las probabilidades del daño. Con otras palabras, se trata de una extensión controlada de la esfera de la acción racional.”²⁷⁴

Así, podemos definir un esquema de observación de la realidad en el cual se puede, en principio, calcular todas las decisiones a partir de la probabilidad de ocurrencia del daño, representado por el nivel del riesgo al funcionamiento del sistema social que una conducta presenta, objetivando evitar los referidos daños.

Consonante a tal modelo, podemos también diferenciar los riesgos tolerables, soportables por determinado sistema social y coherentemente justificables, de los riesgos intolerables, que representan mayor costo que beneficio al funcionamiento del sistema social y a la vida en sociedad.

²⁷³ GIDDENS, Anthony.; BAUMAN, Zygmunt.; LUHMANN, Niklas.; BECK, Ulrich. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*, op. cit., p. 126.

²⁷⁴ GIDDENS, Anthony.; BAUMAN, Zygmunt.; LUHMANN, Niklas.; BECK, Ulrich. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*, op. cit., p. 135.

Sabemos que sin riesgo la sociedad no se desenvuelve²⁷⁵. Pero, la creación de un riesgo socialmente reprobable es un ataque a las legítimas expectativas de los miembros de la sociedad y su configuración normativa. Cabe a los sistemas sociales diferenciar cuáles son los riesgos que están permitidos y cuáles están prohibidos, y establecer la sanción correspondiente a la creación e incremento de los prohibidos.

8. El Derecho Penal del enemigo: concepto y funciones.

Para el funcionalismo penal sistémico, la sociedad es concebida como un sistema, un acuerdo normativo, que tiene reglas de funcionamiento propias. La sociedad se constituye de normas, y no por la suma de los individuos que toman parte en ella, y la identidad personal sólo es posible en un mundo objetivo vinculante. El triángulo sociedad – norma – persona ilustra bien la relación entre estos tres elementos:

“La sociedad es, en esencia, acuerdo normativo. No se origina por una mezcla ni por una suma de los individuos que la integran. No se perfecciona por una simple adición de los mundos individuales. Constituye, sin duda alguna, una realidad más compleja, cuya constitución tiene lugar a través de un proceso de normas. La norma se rige en un criterio básico –componente esencial, presupuesto irrenunciable- de todo mundo social y sirve de vehículo orientador de las relaciones entre ciudadanos, entre los integrantes de la estructura social. El triángulo norma – persona – Sociedad es algo más que un hallazgo feliz por parte de la dogmática funcionalista. Constituye un trípode de trascendental importancia en la explicación de la dinámica de funcionamiento de los contactos sociales. Sin él, carece de sentido una explicación del mundo social basado en instrucciones normativas y que señala a la persona –a la persona fiel al Derecho- como titular de derechos y deberes, esto es, como único interlocutor válido de la comunicación social, o lo que es lo mismo: como único receptos idóneo del mensaje normativo.”²⁷⁶

En este contexto, la pena debe ser entendida como la marginalización de un acto en su significado lesivo a la vigencia de una específica norma y, consecuentemente, la constatación de que la estabilidad normativa de la sociedad, que los sistemas sociales pretenden mantener, permanece inalterada. “(...) la pena misma no es sino una comunicación que resulta calificada en atención a un servicio funcional determinado.”²⁷⁷.

Según Günther Jakobs “La pena es la confirmación de la identidad de la sociedad.”²⁷⁸. El efecto confirmatorio es destinado a personas, a seres participantes de los procesos comunicativos presentes en la vida en sociedad. Jakobs observa que el daño infligido a través de la pena no objetiva causar miedo o

²⁷⁵ BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, op. cit.

²⁷⁶ POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona Bosch, 2009, p. 225.

²⁷⁷ NAVARRO, Evaristo Prieto; et alii. *Estudios de filosofía del derecho penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 272.

²⁷⁸ JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. trad. M. A. R. Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 51.

compasión al autor de la infracción, ya que posee apenas un significado: no se debe consentir con el acto infractor²⁷⁹.

La sociedad capta el significado de la comunicación referente a la pena, confirmando la integridad de su configuración normativa, en la medida que el infractor de la norma también recibe tal comunicación, como miembro de la sociedad, apto para reajustarse a los padrones normativos de la sociedad que le circunda. Conforme ya hemos informado, es papel del sistema social buscar mecanismos de reducción de riesgos producidos a la vigencia de la norma. Jakobs observa que:

“A parte de la certeza de que nadie tiene el derecho a matar, debe haber también la certeza de que muy probablemente nadie va a matar. Ahora, no sólo la norma necesita de un fundamento, sino también la persona debe ofrecer en cambio una cierta garantía cognitiva de que se comportará como persona. Sin dicha garantía, o cuando se la niega expresamente, el Derecho Penal deja de ser una reacción de la sociedad delante de una conducta de uno de sus miembros y empieza a ser una reacción en contra de un enemigo.”²⁸⁰

De acuerdo con Jakobs, tal individuo, el adversario, que no presenta garantía cognitiva alguna para la sociedad, que no ofrece la menor condición de atender a las mínimas expectativas normativas necesarias y esenciales para la vida en sociedad, debe ser tratado por el sistema social de forma diferente de la forma utilizada con el ciudadano regular, aquel que se presenta hábil para cumplir con sus deberes de diligencia y respeto a los derechos ajenos, consubstanciados en las expectativas normativas institucionalizadas por el sistema social.

De acuerdo con la teoría estudiada, el enemigo es quien que viola constantemente las normas penales, que tiene su vida pautada por la ilicitud. Sobre la caracterización social del opositor, Durkheim observa que:

“Se podría sentir la tentación de poner entre las formas irregulares de la división del trabajo la profesión del criminal y las demás profesiones nocivas. Constituyen la negación misma de la solidaridad, y, por tanto, están formadas por otras tantas actividades especiales. Pero, hablando con exactitud, no hay aquí división del trabajo sino pura y simple diferenciación, y ambos términos piden no ser confundidos. Así, en el cáncer, los tubérculos aumentan la diversidad de los tejidos orgánicos sin que sea posible ver en ellos una nueva especialización de las funciones biológicas. En todos esos casos, no hay división de una función común sino que en el seno del organismo, ya individual, ya social, se forma otro que busca vivir a expensas del primero. No hay incluso función, pues una manera de actuar no merece ese nombre, como no concurra con otras al mantenimiento de la vida general.”²⁸¹

²⁷⁹ JAKOBS, Günther, *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*, op. cit.

²⁸⁰ JAKOBS, Günther, *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*, op. cit. p. 55.

²⁸¹ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 368.

Atrayendo el análisis de la adecuación de la conducta individual a las expectativas normativas institucionalizadas, al comportamiento reiterado del individuo a lo largo del tiempo, observa Luhmann: “Así, la conducta individual o se adecua a las expectativas socialmente mantenidas por los grupos de referencia relevantes o bien responde a procesos de socialización específicos.”²⁸².

Así, si la conducta individual no se adecua al modelo social vigente de respeto a los individuos y a las expectativas normativas institucionalizadas por el sistema social, debe tal sistema crear y poner en práctica procesos de socialización apropiados a la situación. Un ejemplo de estos procesos es la pena, en su concepción clásica

En este contexto, para el autor, son inaceptables los riesgos que representa la libertad de aquellos individuos que no presentan predisposición individual a la adecuación al modelo social referente al respeto a las expectativas normativas institucionalizadas.

Sin embargo, Jakobs sostiene que situación de enemigo no permite que todo se haga a este individuo que vive como si el ordenamiento jurídico y la configuración normativa de la sociedad, no tuvieran ningún valor para direccionar su conducta.

No se pueden tomar contra él acciones desmedidas, más allá de lo necesario a la garantía de la estabilidad de las estructuras sociales²⁸³. Acerca de la necesidad de tal forma diferenciada de tratamiento jurídico-penal del enemigo, por el subsistema del Derecho, Durkheim observa que:

“[Sobre la proporcionalidad entre crimen y pena] En efecto, esta graduación no es necesaria si la pena no es más que un medio de defensa. Sin duda que para la sociedad habría un peligro en asimilar los atentados más graves a simples delitos; pero en que los segundos fueran asimilados a los primeros no habría, en la mayor parte de los casos, más que ventajas. Contra de un enemigo nunca son pocas las precauciones a tomar.”²⁸⁴

Una lectura de Durkheim, de acuerdo con el Derecho Penal del enemigo permite no sólo una reacción contra una agresión actual, sino también contra agresiones futuras. En este sentido, la reacción ideal contra la conducta del enemigo, direccionada a la protección de la configuración normativa de la sociedad no puede ser simplemente realizada a través de sanciones posteriores a actos lesivos, entendidas tales sanciones como la comunicación a los miembros de la sociedad que, aunque inobservada alguna expectativa normativa por alguien, se puede continuar pautando su conducta según tal expectativa.

²⁸² GIDDENS, Anthony.; BAUMAN, Zygmunt.; LUHMANN, Niklas.; BECK, Ulrich. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*, op. cit., p 126.

²⁸³ JAKOBS, Günther, *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*, op. cit., p. 55.

²⁸⁴ DURKHEIM, Émile, *Da divisão do trabalho social*, op. cit., p. 60.

Si la sanción, para Durkheim²⁸⁵, se presta a la satisfacción de los estados fuertes de la conciencia común, herida por el acto de un miembro de la sociedad que comparte de la misma conciencia, la sanción impuesta al enemigo, individuo que se excluyó del status de miembro de la sociedad, no puede estar direccionada a la satisfacción de tal conciencia, en virtud de que la referida infracción no fue perpetrada por un miembro.

De otra forma, para la teoría en cuestión, la sanción impuesta al enemigo debe estar orientada preventivamente, debe ser utilizada antes incluso que frustre la doble contingencia a través de la defraudación de expectativas seleccionadas por el sistema social, preservando la configuración normativa de la sociedad. Sobre eso, Luhmann observa que “Por prevención se entiende aquí la preparación contra daños futuros, lo cual hace disminuir, o bien la probabilidad de su aparición, o bien su magnitud. Se puede poner en práctica el mecanismo de la prevención tanto en caso de peligro como de riesgo.”²⁸⁶

En la presente situación, la sanción debe ser más que un mecanismo comunicativo de imputación de la discrepancia con relación a una expectativa, pero debe ser tratada como un medio de defensa de la sociedad y de cada uno de sus miembros. Debe ser resaltado que, para Jakobs, la preservación de la configuración normativa de la sociedad es una expectativa normativa, y la correspondiente sanción impuesta al enemigo se destina a la preservación de tal expectativa, en la medida en que se trata de neutralizar los inminentes y futuros daños relativos a la conducta del enemigo.

La neutralización del enemigo, en el contexto de dicha teoría, se justifica porque él ya demostró concretamente su tendencia de constante violación de las expectativas en cuestión, y la alta probabilidad de reiteración criminal. Para Jakobs, el enemigo que ya demostró el riesgo que representa a la confianza en las expectativas normativas institucionalizadas. “La noción de riesgo que es propia de la modernidad está íntimamente relacionada a la incorporación cultural de la noción de probabilidad.”²⁸⁷. Mary Douglas²⁸⁸ considera que el riesgo es la manera moderna de evaluar el peligro en términos de probabilidad, en un contexto de incertidumbre.

Acerca de la importancia del análisis de la probabilidad de comportamientos futuros para la sociedad contemporánea, informa Luhmann:

“En estos momentos únicamente interesa un aspecto más abstracto: ya que el futuro no se puede conocer (si no sería futuro) y ya que la sociedad actual no se

²⁸⁵ DURKHEIM, Émile, *Da divisão do trabalho social*, op. cit., p. 60.

²⁸⁶ GIDDENS, Anthony.; BAUMAN, Zygmunt.; LUHMANN, Niklas.; BECK, Ulrich. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*, op. cit., p. 150.

²⁸⁷ SPINK, Mary Jane P.; MEDRADO, Benedito; MELLO, Ricardo Pimentel. Perigo, probabilidade e oportunidade: a linguagem dos riscos na mídia. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, Porto Alegre, v. 15, n. 1, 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722002000100017&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 13 jul. 2012.

²⁸⁸ DOULGAS, Mary. *Risk and blame - essays in cultural theory*. London: Routledge, 1992.

puede explicar como consecuencia de su novedad estructural, tiene lugar una peculiar simbiosis de futuro y sociedad, es decir, de indeterminación determinada en la dimensión temporal y social. La consecuencia de todo esto parece conducir a una percepción del futuro sólo en el ámbito de la probabilidad, esto es, en todos sus rasgos más o menos probables o más o menos improbables.”²⁸⁹

Cuanto mayor es la probabilidad de que alguien produzca riesgos a la confianza en las expectativas normativas institucionalizadas por el sistema social, mayores son las posibilidades de que sea clasificado como enemigo. “La visibilidad de ciertos riesgos, daños, desvíos, vulnerabilidades tienen correspondencia en la identificación de específicas causas, enemigos y agresores.”²⁹⁰.

Para la teoría estudiada, el análisis de la probabilidad de nuevas violaciones de la confianza, sobre la conducta de alguien, se debe llevar en cuenta las conductas pretéritas del referido individuo, tales como las que fueron objeto de condenaciones judiciales anteriores, bien como la propensión a la reincidencia manifestada en tales decisiones. El resultado de estos análisis permite o no calificar a alguien como enemigo, a través del examen de su peligrosidad. Acerca de la peligrosidad, Laurza Zúñiga Rodríguez informa que:

“Cabe evocar que se trata de un concepto problemático porque es un juicio de pronóstico acerca de la probabilidad o relevante posibilidad de que el sujeto va a delinquir en el futuro. Como se sabe, la dimensión conceptual del concepto de peligrosidad criminal puede variar según qué se entienda por la misma. (...) La dogmática del peligro por oposición a la dogmática del daño que se ha desarrollado con las técnicas de adelantamiento de la intervención, propias de un Derecho Penal del riesgo, es otra muestra que la noción de peligrosidad es un concepto jurídico indeterminado, que debe ser concretado con requisitos y presupuestos para su hermenéutica. Cabe pues, fundamentar la llamada peligrosidad objetiva ex ante en todo caso, para comprobar su legitimidad.”²⁹¹

El control de los riesgos objetiva dar efectividad a la función de protección atribuida al Estado y mejorar el funcionamiento del sistema social. Tales preceptos, en el contexto del Derecho Penal de enemigo, significan que, por ejemplo, no se debe esperar que un terrorista detone su bomba para que le impida, y se le castigue por la conducta que iba realizar

Jakobs²⁹² informa cuales deben ser algunas de las particularidades típicas del Derecho Penal del enemigo, en contraposición al Derecho Penal dirigido a los ciudadanos, para que sea efectiva la reducción de riesgos. Una política criminal enfocada en el tratamiento ideal del enemigo debe presentar una tendencia a

²⁸⁹ GIDDENS, Anthony.; BAUMAN, Zygmunt.; LUHMANN, Niklas.; BECK, Ulrich. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*, op. cit., p. 170.

²⁹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*, op. cit., p. 321.

²⁹¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada, Comares, 2009, p. 161.

²⁹² JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. op. cit., p. 57.

la amplia progresión de los límites de la punibilidad, abandonando la perspectiva básica de acto practicado, para alcanzar la criminalización de actos aún no practicados, como ya ocurre en los tipos penales de formación de pandilla o bando²⁹³ y asociación para el tráfico ilícito de drogas²⁹⁴.

La referida política criminal también debe objetivar la creación de tipos penales de delitos de peligro abstracto, y el establecimiento de penas a estos delitos en niveles parecidos con las penas de tipos de delitos de lesión. Por fin, la referida política criminal también debe establecer legislación de combate a la criminalidad organizada o reincidente, paralelamente a la legislación penal regular.

Para Jakobs, la forma como el Estado puede comunicarse, que comprende la progresión de los límites de la punibilidad, la implementación de penas más elevadas y la reducción de algunas garantías procesales, no es la forma como debe comunicarse con sus ciudadanos, sino como debe comunicarse con los enemigos de la sociedad. Acerca de la calidad del miembro de la organización social, Luhmann apunta que:

“Un fenómeno muy distinto es el sistema social organizado formalmente (y es sólo en este sentido del término que debe estar refiriéndose a “organización”) que marca sus límites –y, por tanto, su modo de reproducción, por la distinción entre miembros y no miembros. Esta diferencia funciona como señal típica de identificación para la organización. Las organizaciones reconocen como suyas solamente comunicaciones entre miembros, y apenas cuando ellos se comunican como miembros. Dichas organizaciones pueden, sin embargo, hacer uso de tal diferencia por encima de todo para condicionar el comportamiento de los miembros, en oposición al de no miembros. Pueden hacer los actos de entrar y salir (emplear y dimitir), sujetos a ciertas condiciones, y como resultado describir esos procedimientos como decisiones. La decisión sobre la adhesión es también una decisión de aceptar las condiciones de adhesión, y esto significa decidir aceptar las premisas para decidir, incluyendo las condiciones para la alteración legítima o reespecificación de las referidas premisas.”²⁹⁵

En el contexto de la teoría estudiada, el enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, sino constantemente, en su comportamiento, en su ocupación profesional o ejerciendo una función en una organización criminosa, de forma presumiblemente permanente, abandonó el Estado de Derecho, se volvió

²⁹³ BRASIL. Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940, art. 288.

²⁹⁴ BRASIL. Lei Nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, etc. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 out. 2006, art. 35.

LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New Brunswick: Transaction, 2008, p. 188. Texto original: “A quite distinct phenomenon is the formally organized social system (and it is only in this sense of the term that we shall be referring to ‘organization’) that marks its boundaries – and thus its mode of reproduction – by distinguishing between members and nonmembers. This difference functions as the identification signal typical for the organization. Organizations acknowledge as their own only communications between members, and only when they communicate as members. They can, however, make use of this difference above all to condition the behavior of members as opposed to that of nonmembers. They can make joining and leaving (employment and dismissal) subject to conditions, and as a result describe these proceedings as decisions. The decision on membership is then also a decision to accept the conditions of membership; and this means deciding to accept the premises for deciding, including the conditions for the legitimate alteration or respecification of such premises.”

contra el sistema social, sin buenas razones que van más allá del egoísmo²⁹⁶. Tal calificación debe ser atribuida a quien es reincidente muchas veces, con innumerables condenaciones, en procesos en los que fueron observados los principios constitucionales del debido proceso legal, de la amplia defensa y del procedimiento contradictorio.

El enemigo, en este contexto, no ofrece garantía cognitiva alguna con relación a su comportamiento personal porque decidió pautar su conducta contra el sistema social, contra la configuración normativa de la sociedad, y contra las legítimas expectativas institucionalizadas, referentes al respeto mutuo entre los miembros de la sociedad. Se dice que su abandono al Estado de Derecho es manifestado por medio de su conducta, que crea riesgos inaceptables al sistema social, según las expectativas normativas vigentes.

En este contexto, se puede decir que la diferencia central entre el Derecho Penal del ciudadano y el Derecho Penal del enemigo, para Jakobs es su función. Todo que se ha dicho hasta ahora, con relación a la función de mantenimiento de la vigencia de la norma del Derecho Penal, sólo es aplicable a los ciudadanos. Con relación a los enemigos, Jakobs propone otra función, completamente distinta: función de eliminar peligros a la sociedad y al ordenamiento jurídico. Eso es coherente, si debe haber dos Derechos Penales, no se les debe asignar las mismas funciones, lo que sería redundante. Así pues, Jakobs informa que:

“El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, basta llegar a la guerra. Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz. Pero esto en nada cambia el hecho de que la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino sólo coacciona. El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros; con toda certeza existen múltiples formas intermedias.”²⁹⁷

Jakobs no se refiere al ciudadano común, que ocasionalmente practica delitos²⁹⁸, porque, aunque el practique un acto delictivo, no se distancia de una posición más o menos permanente de respeto a la configuración normativa de la sociedad y, por eso, ofrece garantía cognitiva de su conducta al sistema social. Pensando en una respuesta a las conductas delictivas realizadas por ciudadanos, fue institucionalizado el Derecho Penal clásico pues la idea de prevención, de reproche por no actuar de otro modo, de motivabilidad por la norma, parte del ideal de delincuente ocasional.

²⁹⁶ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., p. 65.

²⁹⁷ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*, op. cit., p. 33.

²⁹⁸ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*, op. cit., p. 32.

En este contexto, a libertad del enemigo representa un riesgo plenamente aceptable, coherente y esencial al funcionamiento del sistema social. A ese respecto observa Giddens:

“Lo que se ve como «riesgo aceptable» -la minimización del peligro-- cambia en diferentes contextos, pero es normalmente crucial en la sustentación de la *fiabilidad*. (...) Podemos definir «seguridad» como una situación en la que un determinado conjunto de peligros queda contrarrestado o minimizado. La experiencia de seguridad descansa corrientemente sobre el equilibrio alcanzado entre la *fiabilidad* y un riesgo aceptable. Tanto en su sentido objetivo como experimental (empírico), la seguridad puede remitir a enormes conjuntos o colectividades de personas -hasta e inclusive, la seguridad mundial- a individuos.”²⁹⁹

La necesidad de contención de los riesgos abundantes es lo que, en el contexto de esta teoría, justifica de forma material el tratamiento más severo al enemigo que al ciudadano. Conforme se ha demostrado, los valores de la sociedad actual ya son tan escasos y efímeros, que las actitudes contra ellos deben ser tratadas con más rigor en estos tiempos, de acuerdo con la teoría investigada.

En este contexto, para Jakobs la sociedad actual, posiblemente será grande el número de personas que no se adecuarán al modelo de vida en sociedad, en los países en los cuales se encuentran, en virtud de que tales ambientes hoy, más que nunca, conceden al individuo un gran número de posibilidades de construir su identidad al margen del marco de respeto a los derechos ajenos, o al menos, más de lo que se podría esperar en épocas en las que había un mayor vínculo entre las personas³⁰⁰.

Günther Jakobs sintetiza el pensamiento acerca de la pertinencia del Derecho Penal del enemigo en el contexto de la sociedad actual, de la siguiente forma:

“Así pues, la sociedad seguirá teniendo enemigos – visibles o con piel de cordero – deambulando por ella. A falta de seguridad cognitiva, una sociedad consciente del riesgo no puede dejar de lado esta problemática; pero tampoco puede solucionarla sólo a base de medidas policiales. Por ello, hoy en día no existe ninguna otra alternativa visible. La seguridad cognitiva, que en el Derecho penal de ciudadanos puede sobrevivir al mismo tiempo de un modo incidental, por así decirlo, se convierte en el Derecho penal de enemigos en el objetivo principal. En otras palabras, ya no se trata del mantenimiento del orden de personas tras irritaciones socialmente internas, sino que se trata del restablecimiento del orden de unas condiciones del entorno aceptables, por medio de la – *sit venia verbo* – neutralización de aquellos que no ofrecen una garantía mínima cognitiva, la cual es necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados actualmente como personas. Es verdad que el procedimiento para tratamiento de individuos hostiles está regulado jurídicamente, pero se trata de la regulación jurídica de la exclusión: los individuos son actualmente no-personas. Indagado en su verdadero concepto, el

²⁹⁹ GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*, op. cit., p. 44.

³⁰⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre la fragilidad de los lazos humanos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

Derecho penal de enemigos es, por tanto, una guerra cuyo carácter limitado o total depende (también) de cuanto se tema al enemigo. Todo esto suena chocante y, ciertamente, lo es, pues se trata de la imposibilidad de una juridicidad completa, es decir, que contradice la equivalencia entre racionalidad y personalidad. Pero solamente con la *ultima ratio* de Kant, según la cual cualquiera puede ser obligado a tomar parte de una relación jurídica con garantías, es decir, del Estado, no se esquivo el problema de cómo proceder frente a aquellos que si se dejan coaccionar ni se mantiene apartados y que, por lo tanto, persisten como entorno perturbador, como enemigos. Es tarea aún recién iniciada de la ciencia la de identificar las reglas del Derecho Penal de enemigos y separarlas de las del Derecho Penal del ciudadano para, dentro de éste último, poder insistir aún con mayor firmeza en el tratamiento del delincuente como persona inscrita en el derecho³⁰¹.”

9. La formas de criminalidad contemporánea y su relación con el Derecho Penal.

De la misma forma como se ha expuesto los diversos cambios radicales en los ámbitos de la tecnología y de la axiología se realizaron contemporaneidad en nuestra sociedad, cabe señalar ahora los cambios que se produjeron en ámbito de la criminalidad. La obra de Laura Zúñiga Rodríguez nos permite identificar cuáles son las características de dichas formas de criminalidad en la contemporaneidad, de la siguiente forma:

“1. La criminalidad moderna se presenta interrelacionada con las características de las sociedades modernas. Partiendo de las sociedades postindustrializadas en que vivimos, se puede decir que participa de sus caracteres de complejidad, comunicativa, de riesgo, globalizada, en continua transformación.

2. Es comunicativa, porque el fenómeno criminal se presenta como un proceso de intercomunicación entre individuo y Sociedad, en el cual la información, las imágenes y los símbolos juegan un papel fundamental en el proceso de configuración de lo que es el delito, las funciones de la pena, el autor, la víctima y los demás elementos de la conflictividad social que subyace. El delito y la pena se construyen así socialmente, culturalmente de acuerdo a determinados valores sociales potenciados por los medios de comunicación.

3. Es compleja, porque el fenómeno criminal se inserta en sociedades organizadas, institucionalizadas, donde las relaciones sociales se producen en organizaciones, colectividades. La criminalidad moderna se inserta en los diferentes subsistemas sociales y en organizaciones como la empresa, los sindicatos, los partidos políticos, etc., produciéndose serios problemas para individualizar responsabilidades. La lesión de bienes jurídicos suele ser el producto de una serie de conductas (dolosas y culposas, activas y omisivas) que se interrelacionan creando riesgos para bienes jurídicos, los cuales unidos a una serie de factores desencadenan el daño social.

4. La criminalidad moderna es una criminalidad del riesgo. Vivimos en una sociedad que asume para su bienestar una serie de riesgos para bienes jurídicos provenientes del desarrollo tecnológico. Muchos de estos riesgos sociales son los que producen finalmente daños a bienes jurídicos. La posibilidad de contenerlos con una serie de normas de control social es un deber político y ético, pero dicha

³⁰¹ JAKOBS, Günther. *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados*, México D. F., Porrúa, 2002, p.734.

contención se presenta difícil de delinear sin caer en posturas normativas totalizadoras. En esta tarea, las propuestas penales deben ser el último recurso, por lo que hay que delinear políticas criminales integrales según el tipo de riesgo.

5. La criminalidad moderna es una criminalidad globalizada. Es decir, los fenómenos de organización, comunicación y transnacionalización de las relaciones económicas y sociales, están conllevando que muchos comportamientos delictivos se realicen aprovechando las redes internacionales del comercio y de la información. La criminalidad organizada y empresarial, principalmente aprovecha los mecanismos del libre comercio para buscar las ventajas comparativas que le otorgan las diversas legislaciones penales en materia de impunidad, lagunas penales y demás facilidades para delinquir. La caída de fronteras entre los países de bloques económicos es aprovechada por esta criminalidad para transportar mercancías y ganancias ilícitas. Por el contrario, los bloques de países suelen carecer de homogeneidad en las legislaciones penales, por lo que se dificulta la persecución penal. La cooperación internacional en materia penal es una necesidad de la Política Criminal moderna.

6. La criminalidad moderna es buena muestra de los conflictos sociales que se muestran en las sociedades postindustrializadas, caracterizadas por una crisis del modelo económico del Estado del Bienestar. El desempleo, los recortes en gastos sociales, las políticas neoliberales que aumentan las desigualdades sociales, los cambios culturales que propician comportamientos insolidarios, las grandes urbes en las que conviven distintas culturas, son todos caldos de cultivo de una conflictividad social en cuyo vértice puede observarse la delincuencia.³⁰²

La gran cuestión es la falta de proporcionalidad entre las respuestas del Derecho Penal clásico a estos nuevos fenómenos criminales. El Derecho Penal clásico fue pensado como respuesta a eventos criminales puntuales, realizados por ciudadanos que de forma sólo transitoria realizan una determinada conducta delictiva, cuya culpabilidad se fundamenta en la capacidad de motivabilidad por la norma y en la posibilidad de poder actuar de otro modo.

En este contexto, el fin del Derecho Penal es limitar el poder punitivo estatal, lo que se puede percibir en la forma a través de la cual él fue concebido como realidad normativa, es decir, lo que poder ser observado en la forma por la cual los principios constitucionales influenciaron y basaron las categorías dogmáticas, con el fin de limitar el poder punitivo del Estado.

Sin embargo, las nuevas formas de criminalidad informan que la postura del Estado y del la sociedad debe ser otra. Un Derecho Penal orientado a tutelar garantías no es compatible con fenómenos de macrocriminalidad – como la criminalidad organizada y la transnacional – que representan fenómenos mucho más lesivos a intereses socialmente relevantes que los fenómenos delictivos a los cuales fue pensado el Derecho Penal clásico. Laura Zúñiga Rodríguez informa que:

³⁰² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Madrid, Colex, 2001, p. 270.

“La criminalidad organizada ha sido tratada políticocriminalmente con mayor severidad que la criminalidad común, esto es, con regulaciones de emergencia o Derecho Penal del enemigo, porque se considera que ostenta mayor peligrosidad para la sociedad, en definitiva, mayor capacidad para lesionar bienes jurídicos. Valoración que se hace en referencia a la criminalidad cometida por un individuo o un grupo de individuos. Y, es que lo primero que debe quedar claro es que la mayor peligrosidad de la criminalidad organizada está en referencia a los delitos cometidos por personas individuales, porque las categorías penales tienen como base de valoración la persona individual.”³⁰³

Muchas veces, el propio funcionamiento de dichas nuevas formas de criminalidad presupone la ineffectividad de la respuesta estatal o una postura garantista con relación al Derecho Penal, como por ejemplo, la corrupción masiva, que en muchos países posee penas privativas de libertad o sólo la pena de multa, establecidas bajo bandera del principio de intervención mínima.

Sin embargo, si la función de la Política Criminal es la prevención de la delincuencia, dicha prevención debe materializarse en un Derecho Penal orientado a la realidad social en la cual se inscribe. “Al ser la prevención de la delincuencia el objetivo fundamental del sistema penal y del control social en general, viene a constituir el eje de la Política Criminal moderna.”³⁰⁴

Si la función central de la Política Criminal es la prevención del delito, lo que coincide con la función de la pena aplicada cuando es aplicado el Derecho Penal, la sociedad debe diseñar el Derecho Penal eficiente y hábil a realizar dicho fin, teniendo en cuenta que las características de muchos fenómenos criminales han cambiado desde la creación del Derecho Penal clásico, lo que exige un cambio en la forma por la cual el Derecho Penal debe reaccionar, si todavía se busca su efectividad.

Es necesario, de acuerdo con la teoría del Derecho Penal del enemigo, que el sistema del Derecho y los otros sistemas sociales estén atentos a dichas nuevas forma de criminalidad, y cambien su forma de reaccionar frente a la criminalidad, orientándose a la efectividad de sus medidas, en el sentido de contención del fenómeno criminal. Zúñiga Rodríguez informa que:

“Nos enfrentamos a una nueva criminalidad propia de una sociedad en continua transformación. Las herramientas diseñadas como la teoría del delito, cuyas bases hunden sus raíces en concepciones causal-naturalistas del delito, se muestran incapaces para hacer frente a esta nueva criminalidad cuyas características se alejan totalmente de esos paradigmas. La macrocriminalidad está obteniendo respuestas del Estado cifradas en el expansionismo de la intervención penal, siempre a remolque de la realidad. Los principios de subsidiariedad e intervención mínima sólo tienen vigencia para los denominados «delitos clásicos» y aún en éstos con una cierta relativización.”³⁰⁵

³⁰³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal, *op. cit.*, p. 161.

³⁰⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*, *op. cit.*, p. 39.

³⁰⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*, *op. cit.*, 271.

Ante la situación expuesta, podemos señalar una de las características de la sociedad contemporánea occidental: ella está marcada por el riesgo de la constante posibilidad de defraudación de la confianza, el bien central de la vida en sociedad. Los modelos clásicos de legitimación del Estado no son aptos a su legitimación si él no realiza eficientemente su tarea de protección de la confianza y de la minimización de los riesgos que la amenazan.

La idea de un Estado, creado inicialmente como un ser superior a los hombres, destinado a proteger a los individuos, hoy no se efectiva de la forma como debería. Para Jakobs, no hay suficiente confianza en la vigencia de las expectativas normativas seleccionadas por el sistema social, como puede ser observado, por ejemplo, en el caso del Brasil, en el gran índice de sentimiento de inseguridad presentado por el pueblo brasileño³⁰⁶.

Conforme las observaciones de Luhmann³⁰⁷, el sistema social, a través del subsistema del Derecho, es el responsable por el proceso de selección e institucionalización de expectativas normativas en la sociedad. Sin embargo, sólo la selección e institucionalización no son suficientes para que el sistema social funcione bien.

Según Jakobs, es necesario que el sistema además de seleccionar, también cree mecanismos más eficaces de garantizar el respeto a tales expectativas, porque esta es también su función³⁰⁸. En ese contexto, para que la sociedad tenga suficiente confianza, por ejemplo, no basta que esté prohibido el homicidio, debe ser altamente probable que las personas no sean asesinadas.

En este contexto, Jakobs plantea una emergente necesidad de creación de un Derecho Penal diferenciado, orientado al enemigo, lo que simboliza algo evidente en nuestra sociedad, como se pretende demostrar en este trabajo: existen dos tipos de individuos en la sociedad.

El primer tipo hace referencia a las personas los que se adaptaron al modelo normativo y, por eso, viven regularmente y cumplen sus deberes de no defraudación constante de expectativas normativas institucionalizadas por el sistema social, que cumplen su papel de ciudadanos, y que esporádicamente frustran expectativas normativas seleccionadas por el subsistema del Derecho,

³⁰⁶ KAHN, Túlio; BESEN, Jacques; CUSTÓDIO, Rosier Batista. *Relatório da Pesquisa de Vitimização 2002 e Avaliação do Plano de Prevenção da Violência Urbana – PIAPS*. Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente. São Paulo, 2002.

³⁰⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I. op. cit.*

³⁰⁸ Acerca del funcionamiento de la confianza en los sistemas psíquicos y sociales, véase el capítulo que trata de este tema y: LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 2005.

El segundo tipo de personas está representado por el enemigo, individuo que no se adaptó al modelo de convivencia social, que pauta su conducta constante en la satisfacción de los propios intereses de forma ilícita, en el que la defraudación de las expectativas normativas con respecto a los demás individuos es una constante.

Lo que Jakobs³⁰⁹ propone, no es la eliminación por completo del enemigo, no propone que sea el enemigo muerto o exiliado, aunque presente un constante comportamiento antisocial. Lo que se busca es lo contrario, la utilización de un Derecho Penal diferenciado, proporcional, en el cual algunas de sus garantías son flexibilizadas para que neutralice mejor su conducta destructiva de la confianza, y reestructure lo más rápido posible la confianza en la configuración normativa de la sociedad.

Un Derecho Penal más riguroso, con leyes más duras y el adelantamiento de la intervención penal, es una alternativa del sistema penal para responder a fenómenos criminales de gran expresión, como la criminalidad organizada. La dogmática penal debe orientarse de acuerdo con la finalidad de la política criminal, lo que posibilita la creación de políticas criminales orientadas a la lucha contra dichos fenómenos criminales. Laura Zúñiga Rodríguez señala que:

“La cuestión es pues que las respuestas del sistema penal frente a la demanda social de intervención en el ámbito de la criminalidad organizada tendrán que entrar de lleno en la rediscusión de los principios clásicos, toda vez que la criminalización de las conductas más relevantes necesariamente discurren en el ámbito de la lesión previa al bien jurídico (actor preparatorios, tentativa, participación en conductas previas a la lesión de bienes jurídicos). En suma, la legitimación sobre el adelantamiento de la intervención penal, del qué y cómo, es el sino de la criminalización de las conductas perpetradas por la criminalidad organizada. Como bien refiere DONINI, la vieja dogmática deductiva constituida sobre las reglas, principios, sobre categorías sistemáticas y sobre esquemas conceptuales de nivel trascendente (acción, hecho, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad), no parece más que un esquema descriptivo que sirve para encajar un caso después que se ha resuelto, es decir, prácticamente cuando ya se sabe la solución; pero no sirve para resolver los casos difíciles, los *hard cases*. Pues efectivamente, con la criminalización de conductas propias de la criminalidad organizada nos encontramos en un *hard case*, donde las reglas fundamentales de imputación penal no son válidas para dar respuestas satisfactorias a las conductas de ámbito criminal que desarrollan las organizaciones criminales complejas”³¹⁰

Nuestra historia reciente demuestra ejemplos de normativización del Derecho Penal del enemigo. En la década de noventa del siglo pasado, Italia pasaba por una situación de crisis de seguridad. Gran parte de la

³⁰⁹ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo, op. cit.*

³¹⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal, op. cit.*, p. 212.

economía del país y los órganos del poder – Legislativo, Ejecutivo y Judicial – estaba corrompida por organizaciones criminosas, por la mafia³¹¹.

Así fue hasta que un grupo de jueces liderados por el juez Giovanni Falcone intentó acabar con la corrupción del sistema estatal, a través de la operación llamada de "Operación Manos Limpias". Consiguieron alterar la legislación del país – el autor del proyecto fue ejecutado – para una legislación de emergencia, que preveía, por ejemplo, prisión preventiva de hasta diez años.

Durante la operación, que llevó cerca de veinte años, 2.993 órdenes de prisión fueron expedidos, 6.059 personas estuvieron bajo investigación, incluyendo 872 empresarios, 1.978 administradores locales y 438 parlamentarios, de los cuales cuatro habían sido primeros-ministros³¹². El poder de la mafia italiana fue bastante reducido. El juez Falcone fue muerto en el año 1992, entre otros jueces, también muertos en el mismo año.

“Después de los asesinatos de 1992, los italianos percibieron que la criminalidad organizada al modelo mafioso, como indicado por los expertos Fabio Anibaldi y Francesco Silvestri, no era un hecho distante, imaginario, o alguna invención de alguna película americana. Dicha criminalidad se constituía en un mal concreto, que destruía las bases de la vida civilizada.”³¹³

Leyes duras fueron exitosas y necesarias para el combate de la Mafia siciliana, y ayudaron a dar un golpe mortal al poder de dicha organización criminal.³¹⁴ Se podría plantear que experiencias como esta muestran que un Derecho Penal de emergencia contribuye para la protección de derechos e intereses sociales, en situaciones que demandan su utilización, como es el de la situación actual del Brasil, con altos niveles de criminalidad organizada y general sentimiento de inseguridad del pueblo³¹⁵, como observa Rodrigo Carneiro Gomes:

“La primera imagen que vemos cuando se oye la palabra organización criminal - el objeto de este trabajo - no es una película de la mafia como se describe en "Hollywood", sino más bien el comercio de drogas y armas en las favelas y los barrios marginales, las bandas en las cárceles, con su propio estatuto, compartimentación y jerarquía, como el Primer Comando de la Capital (PCC), el Comando Rojo (CV), Amigos de los Amigos (ADA), Tercer Comando (TC) y el

³¹¹ MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Livro: História da Máfia - Das Origens aos Nossos Dias*. Disponible en <http://ibgf.org.br/index.php?data%5Bid_secao%5D=13&data%5Bid_materia%5D=145>. Texto original: “Depois das matanças de 1992, os italianos perceberam que a criminalidade organizada ao modelo mafioso, como lembrado pelos especialistas Fabio Anibaldi e Francesco Silvestri, não era um fato distante, folclórico, ou uma invenção de algum filme americano. Constituía-se num mal concreto, que destruía os alicerces das regras da convivência civilizada.”

³¹² MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Livro: História da Máfia - Das Origens aos Nossos Dias*, *op. cit.*

³¹³ MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Livro: História da Máfia - Das Origens aos Nossos Dias*, *op. cit.*

³¹⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal, *op. cit.*

³¹⁵ KAHN, Túlio; BESEN, Jacques; CUSTÓDIO, Rosier Batista. *Relatório da Pesquisa de Vitimização 2002 e Avaliação do Plano de Prevenção da Violência Urbana – PIAPS*, *op. cit.*

Tercer Comando Puro (TCP). Las organizaciones criminales, desde las cárceles, continúan practicando sus conductas delictivas a través de clonación de teléfonos celulares y de centrales clandestinas de teléfono, “palomas mensajeras” [personas intermediarias entre los reclusos y el resto del mundo], los disturbios y rebeliones organizados de ámbito regional y nacional, robos de bancos y cargas, el asesinato de rivales y funcionarios públicos (la policía y guardias de la prisión, en su mayoría), el tráfico de drogas y de armas, la financiación de la guerra entre bandas narcotraficantes rivales y las milicias y el crimen organizado. Estos grupos criminales tienen fácil acceso a granadas, fusiles, y ametralladoras anti-aéreos, punto 30 y punto 50 (capaces de derribar helicópteros y blindajes) de uso exclusivo militar nacional o extranjero (procedente de la zona de frontera seca, especialmente de Paraguay y Argentina, con destino a Río de Janeiro) o de cohetes y fusiles de fabricación casera, y son responsables por el escape de la prisión de jefes de bandas criminales, a través de la corrupción, el uso de la tecnología, y de fraudes judiciales.”³¹⁶

Lo que Jakobs plantea es que no basta que sean creadas normas para la protección de los individuos y de la sociedad, es necesario que ellas sean efectivas. Para el citado autor, el enemigo es un individuo que se recusa a ingresar en el estado de ciudadanía, y por eso no puede gozar de todos los beneficios inherentes a la cualificación de ciudadano. Para Jakobs dicha forma de expresión del sistema social es capaz de colaborar con el aumento de la confianza y así, mejorar la actividad estatal, en la tutela de derechos.

Jakobs también propone ver el problema desde un punto de vista contractualista. Para él, la crisis del pacto social proviene de aquellos que se recusan a darle cumplimiento. Quien no cumple el contrato social de forma sistemática, a través de una vida dedicada al delito, no puede beneficiarse plenamente de dicho contrato.

No faltan construcciones teóricas que dan soporte a la teoría del Derecho Penal del enemigo y su relación con el contrato social. En este contexto, Boaventura Santos observa que es inherente al contrato social la creación de sus criterios de inclusión y exclusión con relación a los actores sociales:

“El contrato social es la metáfora que basa la racionalidad y la política de la modernidad occidental. Los criterios de inclusión/exclusión que él establece serán el fundamento de la legitimidad de la contractualización de las interacciones económicas, políticas, sociales y culturales. Él ámbito de posibilidades de contractualización tiene como contrapartida la separación radical entre incluidos y excluidos. Por eso, excluidos son declarados vivos en muerte de régimen civil.”³¹⁷

³¹⁶ GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da Convenção de Palermo*. 2a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 1.

³¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. *op. cit.*, p. 318. Texto original: “O contrato social é a metáfora fundamentadora da racionalidade social e política da modernidade ocidental. Os critérios de inclusão/exclusão que ele estabelece vão ser o fundamento da legitimidade da contractualização das interações econômicas, políticas, sociais e culturais. A abrangência das possibilidades de contractualização tem como contrapartida a separação radical entre incluídos e excluídos. (...) Por isso, os excluídos são declarados vivos em regime de morte civil.”

Jakobs propone que, en virtud de que existen en la sociedad individuos renitentes al cumplimiento de sus deberes relativos al contrato social y que por eso, se excluyeron de su ámbito, hay una necesidad de dispensarles un tratamiento penal y procesal penal diferenciado. En ese contexto, Rodrigo Gomes identifica que:

“Entre los diversos y múltiples conceptos jurídicos, económicos y políticos, hay un consenso. La existencia del crimen organizado es una demostración de un poder paralelo no legitimado por el pueblo, que ocupa las lagunas dejadas por las deficiencias del Estado Democrático de Derecho y demuestra también la falencia del modelo estatal de represión a la macrocriminalidad. La importancia de represión de la macrocriminalidad organizada viene de la real amenaza que ella representa al Estado Democrático de Derecho. Ella usurpa sus funciones y se aprovecha de situaciones de caos urbano y político para el establecimiento de su poder paralelo. Dicho poder está amparado por un sorprendente poder económico, en la deterioración del Estado de Derecho (nace y alimentase de lagunas legales), y corrompe, intimida, viola leyes y derecho personales, no tiene frenos, y materializa su imperios a través de actos como el constreñimiento y la intimidación, hasta actos de extrema violencia asesinatos y torturas.”³¹⁸

Boaventura de Sousa Santos llega a equiparar tal modelo de organización criminal, que destruye la esencia del pacto social, a una nueva forma de “fascismo social paraestatal”, resaltando su preciosidad para la vida en sociedad, de la siguiente forma:

“El Estado pierde centralidad y el derecho oficial desorganizase pasando a coexistir con un derecho no oficial de muchos legisladores de hecho, los cuales, a través del poder económico que comandan, transformaron lo que es factico en norma, disputando con el Estado el monopolio de la violencia y del derecho. La proliferación caótica de sus poderes hace difícil la identificación de las víctimas. (...) La segunda forma de fascismo social es el fascismo paraestatal. Se trata de usurpación de prerrogativas paraestatales (de la coerción a la regulación social) por parte de actores sociales muy poderosos, muchas veces con el asentimiento del propio Estado, que a veces los neutralizan, y a veces no realizan su propio control social.”³¹⁹

³¹⁸ GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da Convenção de Palermo, op. cit.*, p. 3. Texto original: Entre diversos e múltiplos conceitos jurídicos, econômicos e político-sociais, há um consenso. “A existência do crime organizado é uma demonstração de um poder paralelo não legitimado pelo povo, que ocupa lacunas deixadas pelas deficiências do Estado Democrático de Direito e demonstra a falência do modelo estatal de repressão à macro-criminalidade. A importância de repressão à macro-criminalidade organizada decorre da real ameaça que representa ao Estado Democrático de Direito. Usurpa suas funções e se aproveita das situações de caos urbano e político para a instalação de seu poder paralelo. Um poder paralelo amparado em surpreendente poder econômico, na deterioração do Estado de Direito (nasce e se alimenta dele e das brechas e proteções legais), que dissemina a corrupção, intimida, viola leis e pessoas, sem freios, concretizando seu império por atos que variam do constrangimento e a intimidação até atos de extremada violência com assassinatos e tortura.”

³¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Gramática do Tempo: para uma nova cultura política. op. cit.*, p. 324. Texto original: “O Estado perde centralidade e o direito oficial desorganiza-se passando a coexistir com o direito não oficial de múltiplos legisladores fácticos, os quais, pelo poder econômico que comandam, transformam a facticidade em norma, disputando ao Estado o monopólio da violência e do Direito. A proliferação caótica dos poderes torna difícil a identificação dos inimigos, e por vezes, apropria identificação das vítimas. (...) A segunda forma do fascismo social é o fascismo paraestatal. Trata-se da usurpação de prerrogativas estatais (de coerção e de regulação social) por parte de actores sociais muito poderosos, muitas vezes com conivência do próprio Estado, que ora neutralizam, ora suplementam o controle social produzido pelo Estado.”

En el ámbito de los temas organización criminal y terrorismo es mucho más fácil encontrar adeptos del Derecho Penal del enemigo y teorías que le dan soporte. Así pues, la necesidad emergente de contención de la actuación de las organizaciones criminosas, y de la conducta constantemente defraudadora de la confianza en las expectativas sociales de respeto a los individuos, también es observada por Beck³²⁰. El autor indica que es preciso la adopción de una postura estatal diferenciada para el referido combate, especialmente con relación a los terroristas, de la siguiente forma:

“Ahora bien, los atentados terroristas tampoco son sólo un “crimen”, un caso para la “justicia nacional”, como tampoco el concepto y la institución “policía” son apropiados para hechos cuyos efectos devastadores son equiparables a ataques militares. La policía no está en condiciones de eliminar a una cuadrilla de criminales a los que evidentemente nada atemoriza.³²¹ (...) Pues la otra cara de admitir la presencia de peligros es reconocer el fracaso de las instituciones, cuya legitimidad se deriva de su afirmación de dominar el peligro.³²² (...) Si hasta ahora la mirada militar se dirigía a sus iguales, esto es, a organizaciones militares de otros Estados nacionales y a su defensa, ahora son las amenazas transnacionales de criminales y redes subestatales las que desafían a los Estados del mundo entero, de modo que hoy experimentamos en el ámbito militar lo ya ocurrido en el cultural, es decir, la muerte de las distancias, o sea el fin del monopolio estatal de la violencia en una civilización en la que al final todo puede convertirse en un cohete en manos de fanáticos resueltos. Los símbolos de paz de la sociedad civil pueden transformarse en instrumentos de infierno, cosa que, en principio, no es nueva, pero si omnipresente ahora como experiencia clave.”³²³

Así, identificamos que existen construcciones teóricas orientadas a identificar una necesidad social contemporánea de institución de tratamiento penal diferenciado a los que deben ser calificados como enemigos, porque exponen a riesgo socialmente inaceptable, a través de su conducta, las expectativas más básicas de la vida en sociedad y del funcionamiento del sistema social, finalidad para la cual no sirve el Derecho Penal clásico. Sin embargo, dicho contexto social no autoriza, por sí sólo, la adopción de medidas típicas del Derecho Penal del enemigo, de acuerdo con lo que se explicará a seguir.

10. Algunas consideraciones críticas acerca del Derecho Penal del enemigo.

Aunque haya autores que identifiquen existir la necesidad social de un tratamiento penal diferenciado apuntada en el apartado anterior, la existencia de dichas necesidades es muy cuestionada por muchos, tales como Leo Zaibert³²⁴, Mario Durán Migliardi³²⁵, Luiz Flávio Gomes³²⁶, y otros, a seguir, conforme a seguir

³²⁰ BECK, Ulrich. *Sobre el terrorismo y la guerra*. Trad. R. S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2002.

³²¹ BECK, Ulrich. *Sobre el terrorismo y la guerra*, op. cit., p. 10.

³²² BECK, Ulrich. *Sobre el terrorismo y la guerra*, op. cit., p. 18.

³²³ BECK, Ulrich. *Sobre el terrorismo y la guerra*, op. cit., p. 28.

³²⁴ ZAIBERT, Leo. “Política, ciudadanía y liberalismo: El derecho Penal sin penas.” En: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMES JARA-DÍEZ. *Derecho Penal del Enemigo*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, vol. 2, pp. 1149-1173.

³²⁵ DURÁN MIGLIARDI, Mario. “El Derecho Penal del Enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho Penal.” En: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMES JARA-DÍEZ. *Derecho Penal del Enemigo*, op. cit., vol. 1, pp. 725-756.

se expone. Además el Derecho Penal del enemigo sufre numerosas críticas de diversos grandes estudiosos del Derecho Penal contemporáneo, especialmente, los vinculados al pensamiento garantista³²⁷.

Tales críticas parten desde la alegación de que la utilización de mecanismos típicos de Derecho Penal del enemigo no es capaz de surtir efecto real ninguno, oriunda de la falta de aptitud del Derecho Penal en reducir la criminalidad³²⁸, hasta sus consecuencias nefastas y perjudiciales a la tutela, por el sistema penal y por el Estado, de derechos fundamentales, su objetivo en el modelo de Estado Democrático de Derecho³²⁹.

Vemos, por ejemplo, Eugenio Raúl Zaffaroni, apuntar que Jakobs, con la más absoluta buena intención³³⁰, defiende un tratamiento penal diferenciado a los enemigos, para salvaguardar la legislación penal regular contra el envenenamiento por normas típicas de tal tratamiento penal, y así, contener la amenaza a los propios fundamentos del Derecho Penal, en el Estado Democrático de Derecho.

Tal objetivo también es buscado por el propio Zaffaroni³³¹, pero, este autor observa que la propuesta para la solución del problema del envenenamiento del ordenamiento jurídico formulada por Jakobs no puede prosperar, por ser imposible que conviva en el marco del Estado Democrático de Derecho, dos legislaciones, una que afirma tal marco y otra que lo niega.

Para el autor porteño, la creación de un tratamiento penal diferenciado, aunque por buenas razones, camina hacia la ausencia de límites al arbitrio estatal y se aproxima del Estado Absoluto³³², lo que niega los propios objetivos para los cuales el Derecho Penal fue creado y los objetivos que legitiman la tutela penal en el Estado Democrático de Derecho.

El autor llega a esta conclusión al observar que las prácticas del sistema penal siempre tienden a la negación de los derechos fundamentales, motivo³³³ por lo cual, la mera grieta abierta al enemigo, concepto que no soporta límites, según el referido autor, ciertamente se extendería a todo el sistema penal. Sería un remedio que mata al paciente³³⁴. Para el autor, en otros términos:

³²⁶ GOMES, Luiz. Flávio. *Mídia e Direito Penal. Em 2009, o populismo penal pode explodir*. Jus Navigandi, Teresina: ano 13, n. 2040, 31 jan. 2009.

³²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. L. F. Gomes et alii. São Paulo: RT, 2002.

³²⁸ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O sistema penal em questão*. Trad. M. L. Karam, 2ª ed, Rio de Janeiro: LUAM, 1997.

³²⁹ FERRAJOLI, Luigi. Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale, *op. cit.*

³³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Trad. S. Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 159.

³³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*, *op. cit.*, p. 165.

³³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*, *op. cit.*, p. 160.

³³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*, *op. cit.*, p. 161.

³³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*, *op. cit.*, p. 167.

“El estado de derecho *concreto* que invoca el profesor de Bonn, es decir, el que queda en los hechos librado al juicio acerca de la necesidad que haga el soberano y al espacio de poder real del que éste disponga, anula el estado de derecho *abstracto*, o sea, que cancela el principio mismo del estado de derecho, quedando el límite al poder en manos de un soberano contra el que no puede ofrecerse resistencia y que individualiza *enemigos* por decisión política. La prevalencia de una pretendida razón instrumental -por otra parte, con base empírica falsa- lleva a la *razón de estado* y a la consiguiente negación del estado de derecho”³³⁵

Paralelamente a la crítica hecha por Zaffaroni, Francisco Muñoz Conde observa que el Derecho Penal del enemigo serviría para la manutención del funcionamiento del sistema social, conforme fue demostrado. Se trata de un servicio funcional bien direccionado, que se hace a costa de la reducción de derechos y garantías fundamentales de los seres humanos, algo típico de los sistemas penales en regímenes autoritarios. En ese contexto, el ser humano no tendría valor inherente y pasaría a ser instrumentalizado, como objeto de la política de funcionamiento del sistema social.

El funcionamiento del sistema social sería un valor superior a la protección de la dignidad humana, en algunos casos. Tal hecho es observado por el referido autor, de la siguiente forma: “En mi opinión, la tesis de Jakobs sobre el “Derecho Penal del Enemigo” es una construcción valorativamente ambigua, que lo mismo vale para un sistema democrático, que para un totalitario. El sistema, el que sea, y su mantenimiento, a toda costa, eso es lo único que importa.”³³⁶.

Las críticas al Derecho Penal del enemigo siguen en la obra del referido autor, en el sentido del cuestionamiento acerca de la posibilidad de delimitación del concepto de enemigo, de su utilidad práctica y del análisis de su conformidad con la Constitución³³⁷.

Desde el concepto de persona formulado por Jakobs, según el cual, persona es el ser humano tratado como sujeto de derechos por el ordenamiento jurídico, Gracia Martín³³⁸ realiza su crítica al tratamiento penal diferenciado utilizando el principio de la igualdad.

Según el referido autor español, no se puede tratar a los seres humanos de forma distinta, negando derechos a algunos, no respetando su carácter humano, en virtud de simples disposiciones normativas, porque tal carácter es lo que atribuye legitimidad al Derecho, al Estado y a la intervención penal. Para este autor: “Si el Derecho, pues, *debe* partir de la concepción del *hombre* como persona responsable, ello implica de un modo necesario que aquello que hace al hombre precisamente una persona responsable, y no algo distinto, tiene que estar ya previamente dado en la estructura *ontológica* del mismo ser humano, o si

³³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El enemigo en el derecho penal, Ediar Sociedad Anónima, 2006. p. 160.

³³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*, op. cit., p. 70.

³³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*, op. cit., p. 69.

³³⁸ GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Trad. L. R. Prado e É. M. de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

se prefiere en la naturaleza humana.”³³⁹ Dicha postura es iusnaturalista porque considera que existen derechos inherentes al hombre, y por eso, no se constituyen en una construcción social.

Para Gracia Martín, la estructura ontológica del ser humano, el ser existente, debe necesariamente ser respetada por el Derecho, porque se constituye el fundamento de la dignidad humana. El autor considera la dignidad humana no como un producto o resultado de ninguna construcción normativa, sino como algo de lo que es portador en sí mismo todo hombre por el mero hecho de su existencia³⁴⁰. Continúa el autor:

Dignidad humana la poseería en igual medida que cualquier otro hombre, aquél que decidiera apartarse por completo de toda comunidad de hombres para vivir completamente sólo y en un estado completamente inactivo. Así pues, teóricamente sería posible imaginar, como describe el discurso del Derecho penal del enemigo, que algún o algunos hombres renunciaran a la sociabilidad y optaran de ese modo por configurar su vida fuera y al margen de la sociedad, e incluso por oponerse frontalmente al orden de la misma. En estos casos ninguna razón puede haber para negar que una decisión semejante sea la expresión de un hombre éticamente libre, con lo cual también quienes decidieran separarse de un modo duradero de un orden social tendrían que ser reconocidos como personas responsables y ser tratados como tales, es decir, de acuerdo con su dignidad humana.³⁴¹

Así, observamos que el concepto de Derecho Penal del enemigo, sus funciones y sus consecuencias parecen no ser compatibles con el modelo de Estado Democrático de Derecho. Para los referidos autores, la diferenciación entre seres humanos, destinada a su instrumentalización, al funcionamiento del sistema social, no es compatible con el referido modelo de Estado, teniendo a su destrucción y a su sustitución por un Estado autoritario.

10.1 Algunas observaciones acerca de las críticas expuestas.

Ante los conceptos informados, debemos analizar la posibilidad de compatibilizar las normas relativas al tratamiento penal diferenciado con los objetivos del propio Estado de Derecho, referentes a la seguridad de la sociedad y de los ciudadanos, estampada en el respeto a la dignidad del ser humano. Ferrajoli, con clareza, informa que:

Esto quiere decir que más allá de cualquier argumento utilitario el valor de la persona humana impone una limitación fundamental a la calidad y a la cantidad de la pena. Es éste el valor sobre el que se funda,

³³⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-02, p. 02:1-02:43. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf> [RECPC 07-02 (2005), 11 ene], p. 39.

³⁴⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), *op. cit.*, p. 39.

³⁴¹ GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), *op. cit.*, p. 40.

irreductiblemente, el rechazo de la pena de muerte, de las penas corporales, de las penas infamantes y por otro lado de la cadena perpetua y de las penas privativas de libertad excesivamente largas. Debo añadir que este argumento tiene un carácter político, además de moral: sirve para fundar la legitimidad del estado únicamente en las funciones de tutela de la vida y los restantes derechos fundamentales; de suerte que, conforme a ello, un estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes.³⁴²

La utilización del Derecho Penal del enemigo como forma oculta de eliminación de los seres humanos que no están de acuerdo con un régimen político autoritario ciertamente es ilegítima, porque desvía de los objetivos de tal forma de tratamiento (Derecho Penal del enemigo) y le transforma en arma contra la propia democracia, contra el Estado de Derecho y contra la sociedad.

Sin embargo, aunque los citados juristas estén de acuerdo, creemos que es posible compatibilizar el Derecho Penal del enemigo con el marco del Estado Democrático de Derecho, siempre que el tratamiento penal diferenciado sea una expectativa normativa social, institucionalizada por un proceso racional y democrático, sea extremadamente necesaria, lo que debe ser constatable por el análisis de las formas y niveles de criminalidad existentes en determinada sociedad, y que posean límites muy rígidos y bien definidos.

Tales límites, por ejemplo, pasan por la necesidad de que la cualificación de enemigo sea definida apenas por las acciones y omisiones pretéritas del individuo, únicamente consideradas las conductas que fueron objeto de sentencias judiciales condenatorias pasadas en cosa juzgada, en procesos en los que se observó el debido proceso legal, la amplia defensa y el contradictorio, principios típicos del derecho procesal penal constitucional, y van hasta la prohibición de las penas crueles y de la pena de muerte.

En este contexto, no se trata de instrumentalizar el individuo o suprimir su carácter de persona, sino de someterlo a una respuesta proporcional a su grado de peligrosidad, como una forma de gestión del riesgo, lo que puede ser identificado como lícito, constitucional y democrático, de acuerdo con las premisas de las cuales se imparta.

Sabemos que en el marco del Estado Democrático de Derecho no existen normas, principios, valores o derechos absolutos, lo que permite la convivencia excepcional de dos formas de tratamiento penal en su ámbito, cada una, proporcionalmente adecuada a un tipo diferente de situación, a un tipo diferente de necesidad de regulación social.

³⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. L. F. Gomes et alii. São Paulo: RT, 2002, p. 318.

No creemos que sea compatible con tal marco las doctrinas que se apoyan en el argumento de la existencia de derechos y principios absolutos, que no comportan flexibilización alguna, como si fuesen dogmas, en manifiesto descompaso con las necesidades sociales en el ambiente en el cual están inseridas. En la obra de Luis Roberto Barroso, encontramos:

“La ponderación de valores, intereses, bienes o normas consiste en una técnica de decisión jurídica que se puede utilizar en casos difíciles, que implican aplicación de principios (o excepcionalmente, de reglas) que encuentran en línea de colisión, indicando soluciones diferentes y contradictoras para la cuestión. El razonamiento ponderativo, que todavía busca baremos de objetividad, incluye la selección de normas y de hechos importantes, con la atribución de pesos a los diversos elementos en disputa, en un mecanismo de concesiones recíprocas que busca mantener, en la mayor medida posible, los valores contrapuestos.”³⁴³

No se puede reconocer en un Estado Democrático de Derecho la posibilidad de ponderación entre principios, especialmente con relación a la restricción de actividades que pueden tener una lesividad social de elevada entidad. Donini informa que la postura inflexible con relación a los principios es una forma de aristocracia penal, que no permite la realización de la democracia, de la siguiente forma:

“El cuarto postulado de la aristocracia penal (letra d) merecería un amplio examen que no puedo afrontar en este momento, baste resaltar por ahora, que el vicio más destacado de la tesis según la cual sobre los principios no decide la mayoría, consiste en consentir, por el contrario, que se decida sobre ellos por sentencia. Se ha delegado completamente en el Poder Judicial la «gestión democrática» de los principios; ésta es, en el fondo, la indicación política que proviene también de las posiciones de DWORKIN y FERRAJOLI. El problema, como veremos (infra § 3.0), no es que en el diálogo entre ciencia, política, y judicatura se continúe con la misma política de vetos mutuos, sino que consiste en hacer fiable el papel de concreción de principios en vía hermenéutica que, necesariamente, hay que confiar también a la judicatura. En realidad, sobre los principios se decide continuamente por mayoría porque sólo su ‘núcleo’, a veces muy genérico, es indisponible (por ejemplo: «la libertad personal es inviolable», art. 13.1, Const. italiana) y todos sabemos que un principio puede ser compatible con al menos cien códigos penales y procesales penales diversos (que constituyen distintos modos de disponer de la libertad). Si estos principios no se concretan de forma democrática y plural, inevitablemente se decidirá sobre ellos de forma autoritaria. El constitucionalismo extremo (neoiusnaturalista) es sólo una forma aún más aristocrática, y si se quiere, también más controlada racionalmente, de tomar esta decisión.”³⁴⁴

³⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 376. Texto original: A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de objetividade, inclui a seleção de normas e de fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos.

³⁴⁴ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Estudios de derecho penal, *op. cit.*, p. 265.

En este contexto, el principio de dignidad humana no es, y no puede ser, absoluto. Un buen ejemplo de eso es la propia pena de privación de la libertad. Privar a alguien de su libertad es una forma de menoscabar su dignidad humana – lo que puede ser identificado en la criminalización del secuestro y de las detenciones ilegales. Sin embargo, el Estado, bajo la autorización de la Constitución, sigue aplicando penas privativas de libertad – y así, menoscabando la dignidad humana de millares de personas – justamente porque este no es un principio o valor absoluto.

Y es justamente a través del menoscabo de la dignidad humana de unos, autorizada en situaciones especiales, como la imposición de pena privativa de libertad, que se busca proteger la dignidad humana de otros, consecuencia de la aplicación del principio de protección de bienes jurídicos que debe llevar en cuenta el Estado, porque se cree en los fines preventivos de la pena. Es decir, a través de los fines preventivos de la pena, que presuponen una limitación de la dignidad humana del condenado, el sistema penal busca tutelar bienes jurídicos, lo que indica que ni este principio es o debe ser absoluto.

Lo mismo se puede decir acerca del principio de igualdad. Igualdad no es tratar a todos de la misma forma, sino que tratar a todos los iguales igualmente, en la medida de su igualdad, y tratar a todos los desiguales desigualmente, en la medida de su desigualdad, lo que permite que el sistema penal trate con más rigurosidad quienes realizan conductas más lesivas y quienes representan mayores peligros a la sociedad, de las personas que no realizan delitos de esta naturaleza ni representan tales riesgos.

Interpretar de esta forma el principio de igualdad permite al Estado reaccionar de forma proporcional y eficaz contra algunas formas de criminalidad contemporáneas, sumamente más peligrosas que las clásicas, para las cuales fue pensado el Derecho Penal clásico, orientado a la garantía de los ciudadanos a través de la limitación de *ius puniendi*.

En este contexto, se puede identificar el enemigo como el individuo que se alejó en un grado muy alto de los valores de la sociedad expresados en sus normas, lo que no se hace del análisis solamente del delito practicado, sino que de la conducta delictiva precedente del individuo, de la forma de ejecución del delito, del grado de lesividad social de su conducta y de sus características que indiquen que volverá a practicar delitos.

En el seno de esta teoría, se puede identificar que no es enemigo alguien que realiza un homicidio impudente en toda su vida, y no presenta propensión de realización de conductas más lesivas socialmente, como en involucramiento con pandillas armadas, por ejemplo.

Sin embargo, puede ser identificado como enemigo por el sistema de Derecho, un terrorista islámico, arrestado antes de explotar la bomba que llevaba, que hace un pedido formal al juzgado en que tramita su proceso, de aplicación de pena de muerte (aunque eso no sea posible), porque cree que ya ha cumplido su misión en la tierra, para que se encuentre con su Dios, y los otros beneficios que le esperan en el paraíso, bajo la amenaza que, en libertad, realizará el acto que no pudo realizar.

Creemos que, en razón de los criterios que se ha informado, un político que, con su corrupción, causa daños sociales de gran entidad o un empresario que lesiona de forma grave, a través de un fraude, un mercado financiero de un país, están mucho más cercanos del concepto de enemigo que una persona pobre que ha realizados más de veinte pequeños hurtos en los últimos cinco años. El grado de lesividad de las conductas y los riesgos que representan los primeros son incomparable con el segundo.

Los dos ejemplos puestos informan de forma clara que se puede identificar, de acuerdo con la teoría que estudiada, ciudadanos y enemigos en grupos distintos, teniendo en cuenta como criterio central el grado de peligrosidad que su libertad representa para la sociedad. Será posible también identificar un grupo de casos que se quedarán en situaciones límites, como por ejemplo, los criminales habituales que realizan reiteradamente conducta de pequeña lesividad social, cómo las personas que bien en la calle y realizan pequeños hurtos en tiendas comerciales que, en nuestra opinión no pueden ser calificados como enemigos.

El proceso de identificación de un enemigo hay que ponderarse la totalidad de los datos acerca de los hechos realizados, la conducta anterior, y el grado de peligrosidad de la libertad del individuo representa a la sociedad. De la misma forma que la doctrina penal contemporánea no encuentra problemas en ponderar principios flexibles para alejar la responsabilidad penal, ámbito que no presenta una regulación estricta acerca de las materias sobre las cuales disponen, como el principio de insignificancia, utilizados de diversas formas para reconocer la inexistencia del *ius puniendi* en muchos casos, es posible sí manejar criterios abiertos (clausulas generales) en el ámbito penal para identificar si un individuo debe ser identificado como enemigo o no, sin que se viole el principio de legalidad, que no es absoluto, como se ha demostrado.

El baremo más conocido en el mundo para identificar un enemigo de la sociedad es la llamada doctrina del *three strikes and you're out*, (tres fallos y estás fuera), muy popular en los países de cultura anglosajónica, que hicieron parte de la *Commonweath*, que califica como enemigo quienes realizan tres delitos de cualquier naturaleza, y como consecuencia, la imposición de pena de prisión perpetua, o pena privativa de libertad en un grado muy alto, como sobre veinticinco años.

“En los Estados Unidos, las personas inicialmente sujetas las leyes que establecen la reglas de *three strikes and you're out*, *three time loser* y *three strikes for life*

fueron los delincuentes habituales y criminales reincidentes en delitos graves, especialmente delitos violento contra las personas (Skolnick 1995; Surette 1996; US Dept of Justice 1998). La regla *three strikes and you're out* establece prisión perpetua para personas condenadas por una tercera vez en un delito grave. (...) La regla *three strikes* establece que la condenación por una tercera vez basa una punición cuya severidad es desproporcional a la entidad del delito actual, y en este contexto, la punición es orientada al pasado, no al delito actual, objeto de la condenación. La regla *three strikes* es parte de una tendencia de tener un papel directo en la determinación de la pena, por parte del legislador, a través de la selección de determinados delitos (Skolnick 1995). De las 24 jurisdicciones que establecieron la regla *three strikes* en los Estados Unidos desde el 1993 hasta 1996, excepto de uno de ellos, todos estos estados ya tenían leyes que castigaban con más severidad a criminales reincidentes (Clark et al. 1997). El impacto de las leyes que establecieron la regla *three strikes* en la mayoría Estados de EE. UU., así pues, fue mínimo; en estos Estados, dicha regulación sólo hizo que sentencias más severas fuesen una obligación, más que una posibilidad disponible al juez (Reske 1996; Gatland 1998; US Dept of Justice 1998). Como James Q. Wilson observó en 1994: 'los jueces ya enviaban los más peligrosos delincuentes con historiales criminales más largos a la cárcel' (citado en Skolnick 1995:11)" ³⁴⁵

Así pues, no creemos que los criterios herméticos, como la doctrina del *three strikes and youre out*, sean eficientes desde un punto de vista político criminal, ni que son hábiles para la real identificación del grado de peligrosidad de un delincuente y su calificación como enemigo. Dicha calificación sólo que debe ser hecho a través de la ponderación de los citados datos acerca del criminal, su pasado y su futuro, lo que permite un conocimiento no del futuro, que es imposible, sino del grado de peligro actual que representa la libertad de la persona sometida a un proceso criminal.

Sin embargo, los argumentos expuestos en este apartado no autorizan la implementación de una política criminal de Derecho Penal del enemigo, que debe estar sujeta a criterios socialmente válidos de medición de su real efectividad, y basada en razonamientos teóricos sólidos y bien estructurados, lo que no existe en el caso en cuestión, de acuerdo con lo que será explicado en los siguientes apartados.

³⁴⁵ HINDS, Lyn. Three strikes and you're out in the west: A study of newspaper coverage of crime control in Western Australia. *Current Issues In Criminal Justice Justice*, Vol. 17, n. 2, 2005-2006, p. 239. Texto original: "In the United States, the stated targets of *three strikes and you're out*, *three time loser* and *three strikes for life* laws are habitual, repeat offenders convicted of serious, primarily violent offences (Skolnick 1995; Surette 1996; US Dept of Justice 1998). Three strikes and you're out laws typically mandate life terms of imprisonment for offenders convicted of a third serious crime. (...) Three strike laws mandate that conviction for a third nominated offence entails a punishment, the severity of which is out of proportion to the seriousness of the actual offence; punishment targets the offender's past history, not the current offence of conviction. Three strike laws are part of a trend of the legislature taking a direct role in determining sentences by mandating punishments for select offences (Skolnick 1995). Of the 24 US jurisdictions enacting three strike laws between 1993 and 1996, all but one already had existing statutes that imposed more severe sentences on repeat offenders (Clark et al. 1997). The impact of three strike laws in the majority of US states, therefore, has been minimal; in the majority of US states three strike laws make harsher sentencing of repeat offenders mandatory rather than discretionary (Reske 1996; Gatland 1998; US Dept of Justice 1998). As James Q Wilson observed in 1994: 'judges already send the most serious offenders with the longest records to prison' (quoted in Skolnick 1995:11)."

11. Análisis de la viabilidad del modelo de funcionalismo sociológico de Jakobs, con relación al modelo epistemológico adoptado (Luhmann).

La crítica al modelo propuesto por Jakobs, en el seno de esta investigación, no es guiada por teorías de otros matices epistemológicos, como la teoría de la acción social, la filosofía o el constitucionalismo. Hemos elegido analizar sus propuestas desde un punto de vista crítico interno, a través de método adoptado en esta investigación, que en tese, coincide con el método adoptado por Jakobs en sus investigaciones.

Una cosa que se debe reconocer es el carácter de mera retórica de los argumentos puestos por Jakobs. Después de haber estudiado la teoría funcional de los sistemas sociales de Luhmann en este trabajo, ya sabemos lo suficiente para identificar que las conclusiones a que llega Jakobs no corresponden a esos puntos de partida.

Es decir, si el sistema social es realmente autorreferente y autopoietico, como postula Luhmann, lo que significa que él tiene una clausura operativa, pues ninguna conducta delictiva, ni la conducta del peor de los enemigos que se puede imaginar es capaz de perturbar el funcionamiento de ningún sistema, ya que el ser humano y su acción no existen como elementos de ningún sistema social. Por esta razón, la conducta humana no representaría ningún riesgo al funcionamiento de ningún sistema social, en la medida que es la expresión de su propio funcionamiento autorreferencial.

Es decir, en virtud del sistema funcionar de forma autorreferente y autopoietica, los datos identificados en su entorno, como la conducta humana delictiva, no son capaces de perturbar su funcionamiento. Dichos datos entran en el sistema como comunicaciones ilícitas, y son tratados en el sistema a través de mecanismos propios, lo que no representa un riesgo al sistema, sino su funcionamiento normal.

Tampoco es verdad que el sistema social funciona mejor con normas típicas del Derecho Penal del enemigo en el sistema penal. La verdad es que, cualquier delito practicado, sea por el mejor ciudadano o por el peor enemigo de la sociedad, entra en el sistema del Derecho simplemente como ilícito.

Es decir, independientemente de la vida de, o del número de veces en que practica un delito, un delincuente, su conducta será procesada simplemente como ilícita y tendrá el mismo tratamiento por el sistema que cualquier otra conducta, aunque las consecuencias jurídicas sean diferentes. El sistema no funciona mejor porque se impondrá una pena mayor o menor a cualquier persona, en virtud de las otras conductas que realice o del peligro para las otras personas que represente.

El problema de garantizar la confianza es otra falacia. Después de haber estudiado el mecanismo de funcionamiento de la confianza en el sistema psíquico, no es posible imaginar como la pena puede aumentar la confianza. Aunque se practique un delito y no se imponga una pena al delincuente, la sociedad sabe que aquella conducta continúa a ser delictiva, y que puede confiar en la expectativa que dicha norma tutela.

Si fuese verdad este planteamiento, en el momento que la primera persona que practicase un homicidio consiguiese huirse del sistema penal, todas las personas de la sociedad nunca más saldrían de sus casas porque perderían su confianza. Sin embargo, en realidad sólo una pequeña parte de la sociedad conoce la práctica de la mayoría de los delitos, lo que hace con que la confianza de la gran parte de la sociedad ni siquiera sea amenazada.

Otro postulado completamente incompatible con la teoría funcional de los sistemas sociales de Luhmann es la idea de Jakobs de *configuración normativa de la sociedad*. Si una de los puntos de partida de la teoría de Luhmann es la negación de las fronteras como límites de los sistemas sociales, no es posible pensar que el ordenamiento jurídico de cada país constituye la configuración normativa de su sociedad, porque el concepto de sociedad va más allá de las fronteras que limitan la aplicación de dichos ordenamientos jurídicos.

Una cosa más que la teoría de Luhmann parece no compartir son los postulados de Jakobs es el concepto de rol social propuesto por este. En este contexto, es persona los seres humanos a quién el sistema de derecho atribuye personalidad. Para Jakobs, el sistema del Derecho hace eso en la medida en que la persona cumple su rol social, y eso es precisamente lo que permite la calificación de alguien como enemigo o amigo.

Sin embargo, cuando se concibe un sistema social formado de subsistema, la personas física, ser ontológico, no tiene sentido, y por eso carece de sentido decir que dicha persona tiene un rol o que tiene que cumplir determinadas expectativas para recibir una determinada calificación del sistema social. En dicho contexto, las personas no existen como tal, y por eso, no se les puede atribuir ningún rol en ningún grado, lo que solamente es posible hacer a los sistemas, que no tiene roles, sino funciones.

La terminología rol social es típica teorías de la acción social, como la de Max Webber, que poseen matiz epistemológico diametralmente opuesto a los presupuestos funcionales adoptados por la teoría de sistemas sociales funcional, cuñada por Luhmann.

Por estas razones no se puede decir que Jakobs propone un modelo funcionalista coherente con la teoría funcional de sistemas sociales de Niklas Luhmann, lo que indica que la afirmación de autoidentificación realizada por Jakobs con dicha teoría, y el uso de sus términos típicos, representa mecanismos de un intento de dotar de aparente credibilidad construcciones teóricas propias, con el recurso a teorías innovadoras y bias estructuradas ajenas, que con ellas no tienen nada que ver.³⁴⁶

Así pues, el teste de falseabilidad de la hipótesis de que el funcionalismo de Jakobs condice con la teoría de sistemas de Niklas Luhmann ha resultado que la hipótesis es falsa por no se sostener después de comparados los modelos teóricos investigados.

12. Ni con Dios, ni con el diablo: El Derecho Penal del enemigo simplemente como un fenómeno social.

Ante los conceptos informados, un Derecho Penal clásico orientado a los individuos que no se adaptaron al modelo de vida en sociedad y a la necesidad del respeto a las expectativas sociales institucionalizadas más básicas de la convivencia, no es la solución de los problemas sociales contemporáneos.

Jakobs propone la referida forma de tratamiento tan sólo como una contribución, para que la intervención estatal en el ámbito del Derecho Penal sea más proporcional y coherente con las legítimas expectativas de la sociedad, y con el funcionamiento del sistema social.

Investigadores del Derecho Penal de alto nivel, como Zaffaroni y Muñoz Conde, rechazan por completo la posibilidad de que, de forma legítima, constitucional y democrática, el Estado establezca una política criminal orientada a tratar de forma diferente al delincuente con un el Derecho Penal del enemigo, por violación a las propias bases del modelo de Estado Democrático de Derecho, tales cómo el principio de igualdad y dignidad humana.

En esta investigación, a pesar de se haber demostrado construcciones teóricas a favor o en contra el Derecho Penal del enemigo, no se adopta la posición de proponerlo, ni de rechazarlo. La posición que se

³⁴⁶ Dicha incompatibilidad entre punto de vista teóricos es incluso aludida por Alejandro Aponte, de la siguiente forma: “En una entrevista personal del autor de este escrito con Alesandro Baratta, en la sede del Instituto para Derecho y Filosofía de la universidad de Saarland en Alemania, en el verano de 1997, este se refirió a una conversación con Niklas Luhmann, en la cual el creador de la teoría de sistemas le expresó su total desconocimiento de la incorporación de su teoría al modelo funcionalista de Jakobs. De otra parte, el profesor de derecho penal y filosofía del Derecho, de la misma universidad, Heinz Koriath, también en entrevista personal con el autor de este escrito, de manera muy crítica e irónica se refirió a la supuesta “fidelidad” de la adopción de Jakobs, de la teoría de Luhmann. De manera general, se puede afirmar que existe escepticismo en los conocedores de Niklas Luhmann, acerca no sólo de la fiabilidad, sino de los alcances y contenidos de la interpretación que de Luhmann hace Jakobs. APONTE C, Alejandro. *¿Derecho Penal de enemigo o Derecho Penal del Ciudadano?* Bogotá, Editorial Temis, 2005, p. 1.

adopta es de aceptarlo, aceptar que él existe en la legislación, en la jurisprudencia que lo ratificó incluso por los más altos tribunales, y por tanto, aceptarle como objeto de investigación.

Se trata de aceptar que los ordenamientos jurídicos de los países occidentales cada vez más vienen positivando instrumentos normativos típicos del Derecho Penal del enemigo, como el adelantamiento de la punibilidad a estados muy previos y lejanos a lesiones a bienes jurídicos, con la punición cada vez más intensa a delitos de peligro abstracto, con el aumento cada vez mayor de las penas para reiteraciones criminales, delitos de formación de pandilla y para ciertos delitos como el terrorismo.

En el marco teórico elegido, se trata de aceptar que esto simplemente existe, que no es bueno, no es malo, que simplemente es una realidad del Derecho positivo que como juristas debemos abordar científicamente. Se trata de aceptar la necesidad de comprender los mecanismos sociales envueltos en su constitución. Así pues, “El análisis funcional utiliza el proceso de la relación con el fin de comprender lo existente como contingente, y lo diverso como comparable.”³⁴⁷

La comprensión del fenómeno envuelve el funcionamiento básicamente dos sistemas sociales: el derecho y la política, en el área de su acoplamiento estructural, representado por el proceso legislativo.

La teoría del Derecho Penal del enemigo puede ser vista como una especie de diferenciación funcional del subsistema del Derecho, específicamente en contraposición al Derecho Penal clásico. Dicho subsistema es estimulado con las nuevas comunicaciones, que vienen de las precisamente del acoplamiento estructural entre sistema del Derecho y sistema político, de la siguiente forma.

Todo empieza en el sistema político, que estimulado por informaciones en el entorno que dicen respeto a la elevación de los índices de criminalidad y a la sensación de inseguridad ciudadana (basada en hechos reales o no), pone en marcha el procedimiento de atribución de sentido a dichas informaciones.

A través de su código binario mayoría/minoría, dicho sistema atribuye sentido a las comunicaciones que recibe, es decir, cuando el sistema recibe dichas comunicaciones (*e.g.*, de inseguridad ciudadana), manifestadas en la necesidad de tomar alguna medida legislativa típica del Derecho Penal del enemigo, él pone en marcha el proceso propio de atribución de sentido a dichas informaciones – el proceso legislativo – con el cual se decidirá si será o no creada una determinada norma típica del Derecho Penal del enemigo.

Si a la información se le atribuye el código mayoría, su contenido es transformado en norma. Ahí empieza la actuación del sistema de derecho. El sistema del derecho recibe la información que contiene dicha

³⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, *op. cit.*, p. 51.

norma, transforma la su complejidad en un elemento propio a través de la reducción de complejidad, y pasa a operar con dicha norma como su propio elemento.

Es muy común, como se ha informado, que sistemas jurídicos occidentales tengan normas típicas del Derecho Penal del enemigo. Sin embargo, este es un problema de contingencia, es decir, la configuración normativa de dichos sistemas podría ser diferente, pero no es. Lo que quiero decir con esto es que, desde un punto de vista científico, debemos observar lo existente como contingente, teniendo en cuenta que dicha realidad podría ser de otro modo, pero no lo es. La realidad es contingente porque simplemente existe, de la forma como existe, y es de esta forma que debe ser observada.

Lo que creo que tenemos que reflexionar es porque dichas informaciones llegan al sistema político y hasta qué punto dichas informaciones representan la mayoría en dicho sistema, pues es precisamente en este momento, en virtud de la apertura cognitiva del sistema político, con la posibilidad de realización de debates democráticos sobre los temas tratados, que se puede analizar la racionalidad o no de las normas basadas en la ideología del tratamiento penal diferenciado.

Esos son los límites de la investigación y del derecho como ciencia social. Se ha elegido un marco teórico puramente científico, y con eso, extravasar el ámbito de la mera descripción, para la proposición de uno o de otro modelo, sería más que traicionar el método elegido, sino que sería proponer modelos de los cuales no se tiene datos empíricos que informan su efectividad, y así, disponer de cualquier credibilidad que se proponga tener.

Los modelos que se hacer referencia son los dos, el del Derecho Penal del enemigo y del modelo garantista de no-al-Derecho Penal de enemigo. Si no se tiene datos empíricos para estudiar hasta qué punto el aumento de la severidad del sistema penal con relación a ciertos individuos puede efectivamente mejorar la sociedad, no se puede proponerla, ni rechazarla.

No se tiene también datos empíricos para basar la adopción de una postura garantista que efectivamente garantiza derechos fundamentales, ya que verdaderas atrocidades ya fueron cometidas bajo sistemas penales garantistas, y en la misma medida que no se sabe cuántos delitos y daños sociales fueron posibilitados por medidas garantistas minimalistas, que sacaron de la cárcel determinados individuos. Acerca de eso, informa Massimo Donini:

“Al mismo tiempo, el método experimental de las ciencias llamadas naturalísticas, aporta al saber penal el control empírico y la prueba de efectividad (*infra*, §§ 4.0-8.0), sin el cual el *hortus conclusus* de nuestra ciencia se parece al de una teología

civil.”³⁴⁸ (...) “Si individualizamos «*rationes*», «*finis*», o bien, «*funciones*» de forma puramente idealista, teórico-abstracta o ideológica, se opera con valores, con fines, con el «deber ser» *pero no se verifican nunca las auténticas funciones preventivas* a la luz de investigaciones empíricas. Esta «prevención», si no está sujeta a verificación y a falsabilidad, no es más que un puro disfraz ideológico, una organización intelectual de lo que existe para que sea culturalmente aceptable.”³⁴⁹

Conforme se ha informado, si se quiere mantener un mínimo de rigurosidad metodología y credibilidad de las investigaciones científicas acerca del tema, desde un punto de vista de las ciencias sociales, en las cuales, se encuentra el Derecho, hay que no se puede inferir datos o proponer modelos de política criminal cuando no existen datos empíricos acerca de la efectividad de normas calificadas como típicas de Derecho Penal del enemigo. Zúñiga Rodríguez informa que

“Por otro lado, las concepciones actuales funcionalistas del Derecho Penal consideran que es función de la intervención penal lograr fines sociales de prevención de la criminalidad. Función que sólo cumplen en el plano del mundo ideal, o por lo menos el sistema penal no muestra preocupación por verificarlo. Las funciones simbólicas de la pena, propias de un instrumento coercitivo y de dirección social, vienen a constituir prácticamente la única función real objetivable, llegando al extremo de sólo legitimarse por su misión de afianzamiento de la fidelidad a las normas (JAKOBS). El intercambio científico entre los saberes empíricos y normativos, pese a tener los mismos fines que la prevención de la criminalidad, es prácticamente nulo. De esta manera es muy difícil, sino imposible cumplir con los efectos preventivos deseados.”³⁵⁰

En este contexto epistemológico, lo único que se puede hacer es describir el Derecho Penal existente y los mecanismos que subyacen los procesos internos del sistema del Derecho. A pesar de la caída de la ciencia como gran relato, todavía se cree en las posibilidades de desarrollo de la sociedad y mejoría de las condiciones de vida en el globo a través de los métodos establecidos por la ciencia.

Con eso, no niego que investigaciones de otros matices epistemológicos – tales como investigaciones en el ámbito de la filosofía – puedan llegar a conclusiones diferentes y transponer los límites que aquí se expone, y de hecho, es exactamente eso que hacen los autores citados, tanto Jakobs, proponiendo, cuando los otros, negando la viabilidad del modelo de respuesta estatal de Derecho Penal del enemigo.

13. Conclusiones.

1. La teoría política de Thomas Hobbes, a pesar de los cuestionamientos hechos, claramente establece la posibilidad, desde fundamentos contractualistas, en el ámbito de la política, del Estado defenderse con todas sus fuerzas, como es estuviera en una guerra, en contra los enemigos, que pueden ser estados

³⁴⁸ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Estudios de derecho penal, *op. cit.*, p. 272.

³⁴⁹ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Estudios de derecho penal, *op. cit.*, p. 285.

³⁵⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*, *op. cit.*, p. 271.

extranjeros, o persona que presentan algún peligro al Estado o a su población, desde que nunca o no más sometidos al contrato social. Un individuo puede excluirse del contrato social a través de la negación de su fundamento, lo que equivale a ponerse en lugar de enemigo de la sociedad o del Estado.

2. Los tempos actuales nos presentan características sociales muy distintas de la sociedad moderna. La evolución muy rápida de los medios tecnológicos, un cambio central de los valores compartidos socialmente, y la ausencia de un proyecto de colectivo como el proyecto moderno, constituido por el progreso y la esperanza, hace la sociedad actual tener muchos parámetros de orientación de su actividad. Dicho contexto fomenta la efemiridad de las relaciones humanas, la frivolidad y el consumismo.

3. A ese contexto, se debe añadir una nueva preocupación. La entidad de los riesgos a los cuales la gran parte de los ámbitos de actividad humana está expuesta es extremadamente grande, lo que hace que dicha incertidumbre en general sea aún mayor y más sentida por la sociedad, que no puede siquiera contar con los expertos y los macros mecanismos de control, que ya han probado que no son suficientes para controlar los riesgos actuales, situación que no tiene precedentes en la historia. Las características actuales de la sociedad nos permiten llamarla de *sociedad de riesgos*, nomenclatura eminentemente posmoderna.

4. La teoría de sistemas estructuralista funcional elaborada por Niklas Luhmann se imparte de la imposibilidad de describir con un grado más grande de complejidad las relaciones sociedad actual. Dicha teoría establece que la sociedad actual no está constituida de hombres, sino que de sistemas sociales, que al lado de los sistemas psíquicos, sistemas orgánicos y sistema mecánicos. que se sustituye en una forma de organización de elementos en la cual dichos elementos no tiene una relación estática, sino dinámica.

5. La confianza ejerce un papel central en el acoplamiento estructural entre los sistemas psíquicos y sociales. A través de ella, es posible la generalización de la situaciones que representa y la reducción de la complejidad reflejada en situaciones que no se conoce al cierto. Ella nos permite planear nuestras acciones en el futuro y reajustar nuestros planes a nuevas situaciones, de acuerdo con las frustraciones que se realicen en el camino. Ella es un elemento esencial de la vida en sociedad en la actualidad.

6. El funcionalismo penal sistémico informa que la función del Derecho Penal y de la pena es mantener la identidad normativa de la sociedad. La pena sirve como un mecanismo de protección de la confianza en la vigencia de la norma en termos contrafáticos, puesto en marcha por el subsistema social del Derecho cuando una expectativa normativa institucionalizada (norma) es violada. En este contexto, la pena es un evento comunicativo a través del cual es subsistema social jurídico informa a la sociedad que la aunque violada una norma, la sociedad puede seguir confiando en la vigencia de la norma, lo que opera reducción

de complejidad y seguridad cognitiva, valores centrales en una sociedad donde hay un número creciente e incontrolable de riesgos a la actividad humana, como la nuestra.

7. El Derecho Penal del enemigo es identificado como un modelo político criminal en el cual el subsistema social del Derecho responde a delitos de dos formas, de acuerdo con las características de sus autores. La primera forma, más leve, es orientada a la confirmación de la norma cuya vigencia fue violada por uno de los ciudadanos de forma puntual, lo que tiene por fin mantener la confianza en dicha vigencia. La segunda forma, más gravosa, es orientada a la eliminación de la fuente de peligros que representa el individuo calificado como enemigo, calificación esta obtenida por presentar más riesgos que seguridad cognitiva a la sociedad. En el contexto de dicho modelo de política criminal se puede flexibilizar mucho los límites al Derecho Penal, y llegar hasta la aplicación de penas muy largas y muy duras.

8. En general se identifica el sentimiento de inseguridad ciudadana, el crecimiento de los índices de criminalidad, las nuevas formas de criminalidad, la criminalidad organizada o el terrorismo, y la necesidad de contención de los riesgos en nuestra sociedad, muy abundantes actualmente, como condiciones sociales favorables a la implementación de una política criminal del Derecho Penal del enemigo, orientada a la reducción de los riesgos y al aumento de la seguridad cognitiva en la sociedad. En este contexto, la dogmática penal tradicional garantista no es hábil a contrarrestar de la forma apropiada a los fenómenos criminales contemporáneos que causan graves daños sociales, como la criminalidad organizada y la corrupción de los altos cargos, lo que no autoriza, por sí sólo, la adopción de medidas típicas del Derecho Penal del enemigo.

9. Las críticas que la doctrina, en general, hace al modelo de política criminal Derecho Penal del enemigo están especialmente vinculadas a su inconstitucionalidad. Se plantea que dicha forma de diferenciación entre seres humanos es atentatoria al principio constitucional de dignidad humana, al principio constitucional de igualdad, y por eso, a los modelos de estado adoptado por los países de cultura occidental, es decir, del modelo de Estado Democrático de Derecho.

10. Después de hecho un análisis detenido de los presupuestos del funcionalismo penal sistémico, no se puede decir que los conceptos y presupuestos de la teoría de funcional de sistemas sociales son debidamente utilizados. Muchos conceptos, como el concepto de rol, acción, función, confianza, y especialmente, el concepto de persona, fueron creados o son utilizados por estas dos teorías desde orígenes epistemológicos diversos, lo que nos permite afirmar que el recurso de los teóricos del funcionalismo penal sistémico a los términos y conceptos de la teoría de los sistemas sociales son retóricos y acaban por funcionar como puntos de apoyo incoherentes de una teoría que no se sostiene y no sirve de base teórica a una política criminal de Derecho Penal del enemigo.

11. El Derecho Penal del enemigo existe como fenómeno social. De acuerdo con el marco teórico elegido, sólo se lo puede describir. Se puede informar que su creación es llevada a cabo a través de un procedimiento de acoplamiento estructural entre el sistema de la política y el sistema del Derecho. Se puede observar que a través de dicho procedimiento se están creando cada vez más normas típicas del Derecho Penal del enemigo. Sin embargo, en virtud de la necesidad de atenerse a la característica descriptiva de la ciencia como se la concibe en este trabajo, no se puede afirmar que el Derecho Penal del enemigo es bueno o es malo, es funcional o no es funcional. Eso no nos permite hacer un juicio de valor sobre sus efectos, en respeto a la validez de las conclusiones del método adoptado, cuando no hay datos claros lo suficiente para informar su efectividad o ineffectividad, como pasa en el caso en cuestión.

Bibliografía

- ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo, Martins Fontes, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006,
- BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro, Zahar, 2000.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo Veintiuno, 2002.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*. Barcelona, Paidós, 2008.
- BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt, Suhrkamp, 1986.
- BECK, Ulrich. *Sobre el terrorismo y la guerra*. Trad. R. S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2002.
- BERTALANFFY, Ludwig von. *Perspectivas en la Teoría General de Sistemas*, Madrid, Alianza Editorial, 1979.
- BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed., Leipzig, Felix Meiner, 1922.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, São Paulo, RT, 2007.
- BRASIL. Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940, art. 288.
- BRASIL. Lei Nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, etc. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 out. 2006, art. 35.
- BUNGE, Mario. *La investigación científica. Su estrategia y su filosofía*, Barcelona, Ariel, 1986.
- BUSATO, Paulo César *et alii*. *Thomas Hobbes Penalista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

- GÓMES JARA-DÍEZ. *Derecho Penal del Enemigo*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2006.
- CASTRO NOGUEIRA, Luis; CASTRO NOGUEIRA, Miguel Ángel; MORALES NAVARRO, Julian. *Metodología de las Ciencias Sociales*. Una introducción crítica, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 2008.
- CHARON, Joel. *Sociologia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo, Saraiva, 1999.
- COSTA, Marcia Regina da; PIMENTA, Carlos Alberto Máximo. *A Violência: natural ou sociocultural?*. São Paulo, Paulus, 2006.
- COSTA JUNIOR, Heitor. Crítica à legitimidade do Direito Penal funcionalista. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto Carioca de Criminologia, n. 9, 2000.
- CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, Mexico D.F., Anthropos, Universidad Iberoamericana, ITESO, 1996.
- DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Estudios de derecho penal, Lima, Ara Editores, 2010.
- DOUGLAS, Mary. *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*. Traducción de Víctor Abelardo Martínez, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1996.
- DOULGAS, Mary. *Risk and blame - essays in cultural theory*. London: Routledge, 1992.
- DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo, Martins Fontes, 1999.
- DURKHEIM, Émile. *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales* Madrid, Alianza, 2000.
- EISLER, Riane. *El cáliz y la espada*, Santiago, Cuatro Vientos, 1991.
- Equipo de Redacción. *El Tribunal Europeo de DDHH dictamina la ilegalidad de la Doctrina Parot*. 10 de julio de 2012. Disponible en : <http://www.insurgente.org/index.php/template/tribunales/item/910-el-tribunal-europeo-de-ddhh-dictamina-la-ilegalidad-de-la-doctrina-parot>. Aceso en 19 de Julio de 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 829.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. L. F. Gomes et alii. São Paulo: RT, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. “Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale.” *Panóptica*, Vitória, año 2, n. 10, nov. 2007 – fev. 2008.
- FREUD, Sigmund. (1930). *El malestar en la cultura*. Obras completas. Amorrortu Editores, XXI. Buenos Aires, 1976.
- FREUD, Sigmund. (1923). O ego e o id. In: *Edição Standard Brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Volume XIX. Tradução Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- FREUD, Sigmund. (1913 [1912-13]). “Tótem y tabú. Algunas concordancias en la vida anímica de los salvajes y de los neuróticos”. Obras completas Amorrortu Editores, XIII. Buenos Aires, 1976.
- GAMBRA, Refael. *Historia sencilla de la Filosofía*, 21ª edición, Rialp, Madrid, 1996.

- GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo, Ed. Unesp, 1991.
- GIDDENS, Anthony.; BAUMAN, Zygmunt.; LUHMANN, Niklas.; BECK, Ulrich. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*, Barcelona, Anthropos, 1996.
- GIDDENS, Anthony. *En defensa de la sociología*, Madrid, Alianza, 2000.
- GIDDENS, Anthony. *Las consecuencias de la modernidad*. Traducción de Ana Lizón Ramón, Madrid, Alianza Editorial, 1993.
- GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. Tradução de Saul Barata, Lisboa, Editorial Presença.
- GIDDENS, Anthony. *Un mundo desbocado*. Los efectos de la globalización en nuestras vidas. Traducción de Pedro Cifuentes, Madrid, 2000.
- GOMES, Luiz. Flávio. *Mídia e Direito Penal. Em 2009, o populismo penal pode explodir*. Jus Navigandi, Teresina: ano 13, n. 2040, 31 jan. 2009.
- GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da Convenção de Palermo*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2009.
- GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo. *Filosofía y Metodología de las Ciencias Sociales*, Madrid: Alianza, 2003.
- GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-02, p. 02:1-02:43. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf> [RECPC 07-02 (2005), 11
- GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Trad. L. R. Prado e É. M. de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- HINDS, Lyn. Three strikes and you're out in the west: A study of newspaper coverage of crime control in Western Australia. *Current Issues In Criminal Justice*, Vol. 17, n. 2, 2005-2006, p. 239. Texto PONTE C, Alejandro. *¿Derecho Penal de enemigo o Derecho Penal del Ciudadano?* Bogotá, Editorial Temis, 2005.
- HOBBS, Thomas. *Del ciudadano*. Traducción de Andrée Catrysse. Caracas, Instituto de Estudios Políticos, 1966.
- HOBBS, Thomas. *De Cive*. Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society. Or, A Dissertation Concerning Man in his severall habitudes and respects, as the Member of a Society, first Secular, and than Sacred. London, Printed by J.C. for R. Royston, at the Angel in Ivie-Lane. 1651.
- Hsu; Yu-Hsiu (eds), *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure*, Taipei, 2003.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O sistema penal em questão*. Trad. M. L. Karam, 2ª ed, Rio de Janeiro: LUAM, 1997.
- IHERING, Rudolf von. *La dogmática jurídica*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1946.
- IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, Barcelona, Anthropos, 1990.

- JAPIASSU, Hilton. *O mito da neutralidade científica*. Rio de Janeiro, Imago Editora, 1975.
- JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. trad. M. A. R. Lopes. Barueri: Manole, 2003.
- JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid, Civitas Ediciones, 2003.
- JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Tradaducción de Gercélia Batistas de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Madrid, Editorial Civitas, 2004.
- JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*. traducción Enrique Peñaranda Ramos *et. al.*, Madrid, Civitas, 1997.
- JAKOBS, Günther. *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados*, México D. F., Porrúa, 2002.
- JAKOBS, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft - Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1999.
- JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Traducción de Manuel Cancio Meliá, "Cuadernos de conferencias y artículos n° 16", Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pág. 33.
- JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas Ediciones, 1996.
- JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*. trad. M. A. R. Lopes. Barueri: Manole, 2003.
- KAHN, Túlio; BESEN, Jacques; CUSTÓDIO, Rosier Batista. *Relatório da Pesquisa de Vitimização 2002 e Avaliação do Plano de Prevenção da Violência Urbana – PIAPS*. Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente. São Paulo, 2002.
- KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa Calpe, 1983.
- KUHN, Thomas Samuel. *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996.
- LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, Jean-Bertrand. *Vocabulário da psicanálise*. 4.ed. Santos: Martins Fontes, 2002.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A era do Vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Barueri: Manole, 2005.
- LIPOVETSKY, Gilles. *El Crepúsculo del Deber*. La ética indolora en los nuevos tiempos democráticos. 3º Edición. Barcelona, Editorial Anagrama, 1994.
- LIPOVETSKY, Gilles. *O Crepúsculo do Dever*. A ética indolor dos novos tempos democráticos. 4º Edição. Tradução de Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. Alfragide. Publicações Dom Quixote, 2010.

- LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New Brunswick: Transaction, 2008.
- LUHMANN, Niklas. Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives, in Gambetta, Diego (ed.) *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, University of Oxford, pp. 94-107, 2000. Disponible en: <<http://www.sociology.ox.ac.uk/papers/luhmann94-107.pdf>>.
- LUHMANN, Niklas. "Globalization or World Society: How to Conceive of Modern Society?" In: *International Review of Sociology - Revue Internationale de Sociologie*, Vol. 7, n. 1, 1997.
- LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*, México D. F., Anthropos, 1996.
- LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad*. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Traducción de Carlos Fortea Gil, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1997.
- LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, Reinbek, Rowohlt Verlage, 1972.
- LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. 3ª Edición. Traducción Silvia Pappé, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura. México D. F., Universidad Iberoamericana, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos, 1998
- LUHMANN, Niklas. *Sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. S. de R. L. de C. V., Editorial Herder, 2007.
- LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme*. Grundriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt, Suhrkamp, 1984.
- MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Livro: História da Máfia - Das Origens aos Nossos Dias*. Disponible en <http://ibgf.org.br/index.php?data%5Bid_secao%5D=13&data%5Bid_materia%5D=145>.
- MALMESBURY, Thomas Hobbes of. *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*. London, printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard, 1651.
- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *El árbol del conocimiento*. Santiago: OEA/Editorial Universitaria, 1984.
- MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann Explained*. From Souls to Systems. Peru, Open Court Publishing Company, 2006.
- MOELLER, Hans Georg. *The Radical Luhmann*, New York, Columbia University Press, 2012.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Funcionalismo y normativismo penal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, 2ª ed. Buenos Aires: B de f, 2001.

- NAVARRO, Evaristo Prieto; *et alii*. *Estudios de filosofía del derecho penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2007.
- ORDOÑEZ NORIEGA, Francisco. *La fundamentación del derecho natural*, Bogotá, Kelly Editorial, 1967.
- POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Barcelona, Bosch, 2009.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos. La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal de enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-03, p. 03:1-03:14. Disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc10-03.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 10-03 (2008), 28 ene]
- REX, John. *Problemas fundamentales de la teoría sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1985.
- PIAGET, Jean. *El Estructuralismo*, Buenos Aires, Proteo, 1968.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Estudios de Filosofía Política y del derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- POLAINO-ORTS. Miguel. *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*. Barcelona Bosch, 2009.
- POLAINO-ORTS. Miguel; KINDHÄUSER, Urs. *Normativismo en Derecho Penal*. Estudios de dogmática jurídico-penal. Yrigoyen, Contexto Libros, 2011.
- RAMOS TORRE, Ramón; GARCÍA SELGAS, Fernando; (org.). *Globalización, riesgo, modernidad*. Tres temas de la teoría social contemporánea Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1999.
- ROMERO, José Manuel. "Cuatro atentados simultáneos causan una matanza en trenes de Madrid", en: *El País*, Madrid, n. ° 9.779, 11 de marzo de 2004.
- ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Cia. das Letras, 1993.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo, Cortez, 2006,
- SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2005. (Reinventar a emancipação social para novos manifestos; vol. 4). p. 21-121.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. O Social e o político na pós-modernidade. 7ª edição, Edições Afrontamento, 1994.
- SERRETTI, André Pedrolli. "La sociología del derecho penal del enemigo", en *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, n.º. 14, Madrid, 2010.
- SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. México D.F., Editores Mexicanos Unidos, 2010, p. 27.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2001.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. O substrato clássico e os novos paradigmas. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SPINK, Mary Jane P.; MEDRADO, Benedito; MELLO, Ricardo Pimentel. Perigo, probabilidade e oportunidade: a linguagem dos riscos na mídia. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, Porto Alegre, v. 15, n. 1, 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722002000100017&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 13 jul. 2012.

STF. Súmula nº 715 - 24/09/2003 - *DJ de 9/10/2003, p. 6; DJ de 10/10/2003, p. 6; DJ de 13/10/2003, p. 6.*

VILLEY, Michel. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*, Ediar Sociedad Anónima, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Trad. S. Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de António Cabral de Moncada, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1974.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada, Comares, 2009.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Madrid, Colex, 2001.