

CRIMINOLOGÍA

Sección dirigida por el Prof. Dr. Antonio García-Pablos de Molina
y coordinada por el Prof. Dr. Per Stangeland

SOBRE EL CONCEPTO DE DELITO

KLAUS SESSAR*

I. Introducción

Los intentos de desarrollar un concepto criminológico de delito han resultado, hasta el momento, poco fructíferos científicamente. Se agotan en constatar que debe comprender (simplemente) todo, lo iusnaturalista, lo jurídico-penal, lo científico-social, etc.¹, como si aclaraciones previas de estos conceptos fuesen necesarias para poder trabajar criminológicamente —donde el propio concepto pertenece a la obra, quizá incluso sea la tarea misma—. Resulta llamativo que casi siempre se insiste en un concepto de delito dominado por el Derecho penal, para utilizarlo como punto de partida (Kaiser, 1996, p. 9), como criterio decisivo (Eisenberg, 1995, p. 8) o como concepto que determina el objeto de la criminología (Lüderssen, 1984, p. 159; similar también Schneider, 1987, p. 76; de otra opinión Kürzinger, 1996, p. 20, que requiere una valoración normativa general, pero no necesariamente

* Publicado originalmente con el título «Zum Verbrechensbegriff», en ALBRECHT, H.-J. / DÜNKEL, F. / KERNER, H.-J. / KÜRZINGER, J. / SCHÖCH, H. / SESSAR, K., y VILLMOW, B. (Hrsg.), *Internationalen Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag*, Zweiter Halbband, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pp. 427-454. Traducción del Dr. Mariano Melendo Pardos (UNED).

¹ Se distingue en función de un concepto de delito jurídico-positivo (jurídico-penal), material iusnaturalista, sociopolítico-normativo (criminológico) y pragmático (KAISER, 1996, pp. 317 y ss.), según definiciones ético-iusnaturalistas, jurídico-penales-legales, sociales, sociales-jurídico-penales positivas, orientadas al conflicto, psico- y sociodinámicas, realistas (SCHNEIDER, 1987, pp. 67 y ss.), a través de criterios jurídico-penales, naturales y sociológicos (SCHWIND, 1996, pp. 2 y ss.; KÜRZINGER, 1996, pp. 16 y ss.) —clasificaciones con apariencia dogmática, que precisamente por ello, jamás se desarrollan teóricamente—.

jurídico-penal). El concepto rector, la mayoría de las veces implícito, aunque en ocasiones aparezca de modo explícito, es el principio *nullum crimen sine lege*, por lo que, evidentemente, la criminología no debe investigar como criminal algo que no lo sea jurídico-penalmente (el principio, claro está, tiene un doble filo, pues constituye precisamente una prueba para la tesis constructivista del *labeling approach*). Un concepto de delito propiamente criminológico, orientado a la desviación o la peligrosidad social, por ejemplo, se rechaza con frecuencia por la carencia de límites de la que pecaría (*cf.*, por ejemplo, Leferenz, 1967, p. 20; más cauto en este punto Kaiser, 1996, pp. 2, 317). Como vía de escape, por así decirlo, el carácter estricto del concepto se elude con la ampliación de los campos de investigación: o se ceden a la criminología justamente «las sobras», la investigación de los presupuestos y consecuencias no normativas del Derecho penal: intereses, sufrimientos, cualidades humanas, fines políticos, debilidades personales, fuerzas, destinos, predicciones científicas (Lüderssen, 1984, p. 16); o se le permite que incluya el proceso de elaboración de la norma (!), así como el marco previo, la predisposición criminal, el paso al hecho o incluso también las autoridades que, fuera (!) del Derecho penal, se ocupan del delito (Eisenberg, 1995, p. 8)².

Dejando al margen algunos desarrollos del Derecho penal de los que nos ocuparemos más adelante, que es posible que inviertan su propio concepto de delito, el obstáculo de la criminología se fundamenta en un malentendido científico que, presumiblemente, tiene que ver con la formación jurídica de los criminólogos en este país. El principio del *nullum crimen sine lege* parece tan embriagador que hay que vincularse al mismo, sin ver cómo difieren entre sí las condiciones de teoría del conocimiento de ambas disciplinas. Dicho más exactamente: en el principio mencionado se trata de una regla de autovinculación impuesta por el Derecho y, así, visto desde la teoría de sistemas, de una proposición programática en un sistema de expectativas normativas, que sigue el código lícito/ilícito. Pretender contribuir a semejante autovinculación significa querer trasponerla a un sistema de expectativas cognitivas, que se rige por el código científico verdadero/falso (sobre

² Así pues, claramente, no en el interior del propio Derecho penal. En el mismo sentido también LÜDERSSEN, que habla de una «caja negra» y con ello distingue los procesos jurídico-penales de control en *input* y *output*; como procesos técnicos son, «aquello que interesa a la *Ciencia del Derecho penal*; el resto es para la *Criminología*» (1984, p. 16, subrayados por el autor). Simplemente: la «caja negra» ha resultado muy fructífera para la investigación criminológica de instituciones, lo que se explica no sólo porque «lo esencial ocurre más allá de la «caja negra»», sino porque también tiene lugar dentro de ella.

la distinción anterior, que tomamos aquí como base, Luhmann, 1992, pp. 317 y ss., e *infra*, IV). La transposición tiene que fallar por falta de posibilidades de integración. Es cierto que la criminología puede ser irritada (excitada) por el Derecho, algo que ocurre constantemente, pero esto no lo hace en el nivel de las diferenciaciones jurídico-penales, sino en *su* nivel de búsqueda de conocimiento, en el sentido de procesos de aprendizaje, ampliación de conocimientos y propio desarrollo ulterior. Por esta razón, la criminología considera cada vez más la exigencia anterior como la tentativa (algo tardía) de detenerla en su evolución, de manera que permanece indiferente. Y construye su propio aparato conceptual.

Por lo demás, lo anterior se pone de manifiesto para la criminología si se considera que el recurso a un concepto jurídico-penal de delito le sustraería toda seguridad en lo que afecta a la imprevisibilidad de criminalizaciones y descriminalizaciones, a la inestabilidad y variabilidad de la norma y la aplicación de la norma y, consecuentemente, del comportamiento jurídico-penalmente relevante. Si recurrimos a una discusión de más de 20 años en la moderna criminología, la cuestión es si los aspectos dinámicos de cualquier construcción conceptual han de tenerse en cuenta. La respuesta es negativa: tienen que señalarse previamente, aspecto al que pertenecen las condiciones de la variabilidad de los procesos de selección y definición sociales y jurídicos y, por cierto, tanto en el marco legislativo como de aplicación de la norma. Dado que el Derecho penal define el comportamiento como realidad criminal a través de sus procesos de decisión, pero debido a su tradicional trasfondo ontológico parte más bien de que los conoce por medio de esos procesos, el pensamiento penal puede dificultar comprender la definición, esto es, el elemento constructivista, como realidad (propia) (más lejos llega Kunz, 1998, p. 25, que habla de una desontologización del concepto penal de criminalidad y quiere abrir a la criminología un acceso específico a las definiciones jurídico-penales previas de la criminalidad, es decir, a sus criterios de construcción. *Cfr.* también el resumen y valoración del debate angloamericano sobre el concepto de delito en Henry/Milovanovic, 1996, pp. 99 y ss.).

Las construcciones conceptuales científicamente necesarias se encuentran, probablemente, sólo en sus comienzos. En este punto, resulta característica otra consideración que tiene que ver con el concepto de «criminalidad». Según la misma, la criminalidad sería la suma de muchos delitos (Schneider, 1987, p. 82), la suma de las acciones jurídico-penalmente desaprobadas (Kaiser, 1996, p. 40). Esto no es falso, naturalmente, cuando se suman los hechos punibles sobre la base del Derecho positivo y, con ello, se describe, por ejemplo, la expansión o el incremento o, en su caso, el descenso de los hechos punibles *en los*

registros policiales. Por supuesto, queda sin aclarar qué beneficio, que vaya más allá de lo anterior, se obtiene con esta forma de actuación. Sin embargo, es difícil penetrar en clasificaciones y categorías construidas normativamente sin haberlas hecho previamente legibles científico-socialmente³.

De todos modos, tampoco se puede permanecer estancado en este concepto de criminalidad surgido con esta técnica de balance. La criminalidad no es únicamente la suma de los hechos punibles, sino, al mismo tiempo, una entidad propia con su dinámica independiente, igual que la opinión pública es algo distinto de la suma de las opiniones individuales y la pobreza algo diferente a muchos hombres pobres. Es cierto que las grandes unidades o conceptos sociales no existen sin sus elementos y que cambian también cuando se producen modificaciones dentro de los mismos, pero en modo alguno en correspondencia con las variaciones de los respectivos elementos. Por ello, se trata de observar el contenido específico de realidad de semejantes unidades y conceptos, una realidad construida por medio de comunicación—social, jurídica, científica—, pero que también es ella misma, entonces y por medio de esos procesos, un tipo de comunicación.

II. La congruencia del concepto penal y criminológico de delito – Un intento fracasado

1. *Un concepto jurídico-penal de delito*

¿A qué concepto jurídico-penal de delito podría haberse hecho realmente referencia? Muchos querrían partir del tradicional *bien jurídico* (incluso para la determinación del concepto de víctima; en cualquier caso, según una concepción temprana, la criminología o la victimolo-

³ Naturalmente, todo depende de un interés cognitivo individual, mas hay que pedir teoría si se quiere estudiar criminológicamente, por ejemplo, una sentada ante un depósito de armas (coacción, art. 240 StGB), desinflar una bicicleta (daños, art. 303 StGB), viajar sin billete (obtención fraudulenta de prestaciones, art. 265a StGB) o contratos en los servicios públicos o empleando documentación falsa, pese a que se trate de una prestación lícita (estafa, art. 263 StGB), bajo la perspectiva de la violencia y el engaño. También el concepto de asociación del Tribunal Supremo Federal alemán (dos personas son suficientes) daría resultados negativos, así como muchos casos de criminalidad relacionada con drogas. Para investigaciones desde la perspectiva de los controles del comportamiento sin relación entre sí o del control de la disposición de ánimo, estas construcciones son, claro está, un material de investigación apropiado.

gía sólo debían hablar de víctima cuando el Derecho penal hubiese definido los correspondientes bienes jurídicos protegidos, Zipf, 1970, p. 2). Esta concepción, es obvio, cada vez tiene menos éxito. Con razón llama la atención Kaiser (1996, pp. 320 y s.) sobre un «creciente alejamiento del bien jurídico», por ejemplo con la introducción progresiva de un mayor número de delitos de peligro abstracto —si se diera el caso, incluso prescindiendo de la lesión de un bien jurídico que haya podido concretarse, el peligro debería ser real (por ejemplo en la posesión de drogas, *cfr.* Nestler, 1998, pp. 379 y ss.)—. En esta misma línea se encuentra también la criminalización independiente de actos preparatorios o la tendencia a definirlos como hechos consumados o a la ampliación del comienzo de la tentativa de manera que puedan ser criminalizados (Roxin, 1997, p. 20). Nos encontramos, por tanto, en el marco de la expansión del control penal. Por ejemplo, en el mencionado principio *nullum crimen sine lege* (unido lógicamente con el principio *nullum poena sine lege* del art. 103, ap. 2, de la Ley fundamental) se ve cada vez menos la Charta Magna del ciudadano y cada vez más la Charta Magna del autor, lo que hace más fácil relajar la vinculación a la ley o incluso prescindir de la misma y que ello resulte comprensible (Naucke, 1995, p. 66)⁴. Una consecuencia de lo anterior es, en todo caso, el paso, creciente y visible, de la interpretación subjetiva de la ley, que quiere averiguar la voluntad del legislador, a la interpretación objetiva, con la que se busca un sentido actualizado en cada caso⁵. Hay que temer que esto suponga una pérdida de seguridad jurídica. Por supuesto, no puede esperarse que el proceso anterior se vea así, pues precisamente no puede ser visto de ese modo: la circularidad con la que el sistema jurídico responde las preguntas dirigidas al mismo, por ejemplo por la conformidad de sus decisiones con el Estado de Derecho, lo impide. Las exigencias del mandato de determinación no pueden exagerarse en atención a «la modificación de las circunstancias» o de «la multiplicidad de la vida», como señala el Tribunal Constitucional Fede-

⁴ Totalmente en esta dirección, apuntando a las consecuencias de estas modificaciones, también FREHSEE (1999, p. 15): «En lugar del principio rector de la seguridad de la libertad ciudadana por el derecho procesal aparece... la libertad de los órganos de persecución penal en cuanto a posibilidades de investigación e ingerencias que el Derecho debe impedir en la menor medida posible».

⁵ La semántica sorprende, pues apenas puede uno imaginarse una interpretación más subjetiva (JESCHECK y WEIGEND, 1996, p. 157: subjetivismo encubierto). El «sentido» buscado es trasladado de la ley a su aplicador, es decir, al Juez, que escucha en su interior para extraer lo que es correcto (*cfr.*, por ej., El Tribunal Supremo del Estado de Baviera, *Juristische Rundschau*, 1978, p. 153). Lo que el juez no ve (no puede ver) es que el sentido surge en tanto él lo encuentra: «El sentido jamás es principio u origen, es producido» [DELEUZE, 1969, p. 87; citado por LUHMANN, 1997, p. 44].

ral (Tribunal Constitucional Federal, 14, p. 251; 73, p. 235. Sobre toda la problemática Naucke, 1995, p. 74). El Estado de Derecho requiere vinculación a la ley, pero convive con su relajación. Todavía más: se rinde ante una pretensión de persecución penal sin sujeción alguna, que, entre otras cuestiones, considera compatible con el Derecho (sobre ello Frehsee, 1997, pp. 15 y s., 32 y s., con referencias adicionales) la inversión de la carga de la prueba, los deberes de tolerancia y colaboración de personas no sospechosas, las ingerencias en el núcleo de los derechos de terceros o su inducción —impune— a la comisión de delitos por la policía (*cf.* n. 8).

El Estado de Derecho es, en definitiva, lo que se denomina así a sí mismo. También es compatible con él que el mencionado alejamiento del bien jurídico se transforme, de modo prácticamente general, en una progresiva renuncia al concepto de bien jurídico. Basta observar cómo se abandona su primigenia limitación a los «intereses vitales de la comunidad» (Jescheck/Weigend, 1996, p. 256) y se extiende a las funciones (vulgo: intereses) de subgrupos o subsistemas sociales —hasta llegar al extremo opuesto: a proscribir amenazas globales con ayuda de normas penales—. Nuevos bienes jurídicos son, por ejemplo, la capacidad de funcionamiento conforme a sus fines de la economía, de la administración de justicia o del ejército alemán⁶, los «intereses en la seguridad» de los consumidores, la «estabilidad» del sistema bancario (Heine, 1995, p. 53), el «medio ambiente como un todo» (arts. 324 y ss. StGB; sobre este malentendido Bloy, 1988) o la «seguridad pública» o «interna», o, mejor dicho, el «orden estatal» (arts. 129, 129a, 261 StGB). Dado que en el último caso el mismo fin del Derecho penal se convierte en bien jurídico, éste desaparece⁷. Finalmente, es posible que, en breve, tengamos un Derecho penal del riesgo, en el que el caso fortuito puede convertirse en ilícito (Prittwitz, 1993, p. 378 y ss.), lo que daría, definitivamente, el golpe de gracia al viejo concepto de bien jurídico.

⁶ Referido a un tipo penal planeado, «ultraje al ejército», art. 109b StGB.

⁷ Cuantos más bienes jurídicos debe proteger una norma, más se aleja la misma de la protección de bienes jurídicos concretos y se convierte en protección general del ordenamiento jurídico. El bien jurídico, entonces, es el ordenamiento jurídico y ya no es necesario (KNORZ, 1996, pp. 130 y ss., en referencia al tipo del blanqueo de dinero del art. 261 StGB). El carácter tautológico de esta construcción, esto es, la imposibilidad de distinguir la norma y su objeto de protección, lo demostró WELZEL de la mano de la moralidad: la moralidad consiste sólo en normas, que, por ello, no pueden convertirse en un bien jurídico (sobre ello, AMELUNG, 1991, pp. 274 y s.). El temor a un concepto de delito sin límites no afecta por tanto sólo a la criminología (EINSENBURG, 1995, pp. 10 y s.), sino también al Derecho penal.

Así, la actual discusión sobre el bien jurídico en el Derecho penal produce en ocasiones la impresión de una lucha por la supervivencia dogmática, pues en ella se expresa la aspiración de no perder la vinculación con formas altamente complejas de criminalidad y con las modernas situaciones de peligro y riesgo. Se adivina fácilmente, y a veces también puede vislumbrarse entre líneas, que la dogmática pronto ya no podrá adaptarse o que sólo podrá hacerlo a los delitos tradicionales (*cf.* la discusión en Roxin, 1997, p. 21) y aquí sólo cuando se realicen de la forma más usual posible. Con todo, la cuestión de los fines de un Derecho penal concebido de forma premoderna, abocado a la distribución previsible del bien y el mal y a causalidades lineales, se plantea de manera cada vez más acuciante. La crisis tiene que ver, no en último término, con el hecho de que los acreditados esquemas de la patología, que permitían identificar no sólo el delito y el delincuente, sino también garantizarlos como manifestaciones excepcionales, han perdido su validez (más exactamente: nunca han tenido esta validez, pero sólo en este momento es algo patente). Simplemente, la criminalidad está presente de forma masiva, en todas partes, y son la mayoría de las veces únicamente la profesión, el círculo vital, las ocasiones, relaciones, etc., las que deciden sobre el tipo (sobre delincuencia y profesión Kaiser, 1996, pp. 845 y ss.; *cf.* también Sessar, 1997, pp. 17 y ss.). La relación regla-excepción amenaza así con invertirse. Mas la criminalidad no es solamente un hecho cotidiano, sino parte de la estructura social y, algunas veces, una condición de su funcionamiento: ¿el soborno del funcionario de urbanismo como lubricante de la economía de la construcción? ¿La aceptación de regalos como compensación porque un cobro determinado mediante tarifas impide ganancias personales? ¿El trabajo negro para recibir de nuevo dinero negro? ¿La comisión de delitos por policías para conseguir una igualdad de armas con los delincuentes?⁸ En su concepción macro-

⁸ Nos referimos a la inducción a terceros ajenos a la comisión de delitos relacionados con el tráfico de drogas para llegar a los proveedores que se encuentran detrás. Contra esta participación policialmente producida es posible la persecución penal según la comprensión jurídica del Tribunal Supremo Federal (*Strafverteidiger*, 1986, p. 47). Se producen así nuevos grupos de autores, lo que recuerda una frase de Karl KRAUS, según la cual el psicoanálisis es la enfermedad para cuya terapia existe el mismo. Para gustos más refinados: en la aplicación a sí misma de esta situación producida por la policía, ésta tendría que combatirse a sí misma —una paradoja cuyo desarrollo podemos dejar aquí, pese a que, según la misma comprensión del Derecho, la comisión de semejantes delitos no termina castigándose la mayoría de las veces (en general, NESTLER, 1998, pp. 852 y ss.)—. Por tanto, el fin justifica cada vez más los medios, y se puede estar expectante, pues lo que aparece bajo los signos del «Derecho» se nos atribuye aquí, todo, a nosotros (lo que ocurre porque el Derecho se defi-

estructural y considerando las leyes del mercado, la criminalidad se inserta, de modo prácticamente inadvertido, en las economías que operan legalmente y se convierte en parte de ellas. Y de ahí precisamente los grandes riesgos (centrales nucleares, industrias químicas, etc.), cuyas causas generadoras de catástrofes se encuentran en su complejidad (Perrow, 1989, p. 108), lo que no sólo plantea la pregunta por un concepto moderno de causalidad (¿no lineal?), sino que significa, al mismo tiempo, que un autor o ya no es identificable en absoluto o tiene que ser construido trabajosamente: afecta, por el momento, a quien ha apretado erróneamente un botón, pero no al sistema que ha producido catástrofes por la defectuosa utilización de botones.

En el fondo, resulta patente que el Derecho penal no puede volver atrás sino que tiene que adaptarse, esto es: expandirse. Si ya desde hace tiempo se ven planteamientos de un Derecho penal de la disposición de ánimo (Roxin, 1997, p. 20), habrá un día un Derecho penal del riesgo y un Derecho penal de la empresa (alentado posiblemente por investigaciones sobre la identidad corporativa o la unidad de imagen de empresas y por la reflexión de que las prestaciones reparadoras de los Consorcios a los antiguos prisioneros de los campos de concentración pueden interpretarse como «culpabilidad-colectiva», *cfr.* Teubner, 1992, pp. 203 y ss.). Pero el tradicional concepto de bien jurídico y el concepto de delito desaparecen tras el horizonte, razón por la que la criminología, una vez más, adoptará el rol de observador científico del control social jurídico-penal.

Como resultado intermedio podemos constatar que la diferencia entre orientación cognitiva y normativa no sólo excluye un concepto de delito igual o similar en el Derecho penal y la Criminología, sino que semejante concepto estaría a nuestra disposición cada vez en menor medida. Siendo así, ya no puede tratarse de cultivar un mundo común, sino únicamente de mencionar las diferencias y seguir operando con ellas; ya no se pregunta por una *ilusión cuidada*, sino por una *incongruencia fomentada* (Luhmann, 1989, p. 223, refiriéndose, claro está, a otra cuestión).

2. *Un concepto criminológico de delito*

El concepto tradicional de delito y delincuente estaba estrechamente unido con la idea de la existencia de defectos biológicos o psí-

ne a sí mismo, siempre es Derecho, pese a que no puede identificarse con correcto [ver *infra*, IV], de modo que no podemos quedarnos tranquilos de ninguna manera).

quicos en la personalidad del autor. Esto no tenía por qué ser así, mas ésta era la herencia, y la incansable búsqueda de diferencias entre autores y no autores en su perfil social, su comportamiento social o en su constitución psíquica y en su misma constitución física emprendida, entre otras, en gigantescas investigaciones longitudinales (americanas y británicas), hacía que uno se sintiese siempre obligado a seguir aquel concepto. La sociología del comportamiento desviado (sociología de la desviación), que surgió en Estados Unidos tras la Segunda Guerra Mundial y que a finales de los años 60 se hizo común también en Europa, pareció ofrecer una salida y una nueva concepción, apropiada también para la criminología; sí, una concepción precisamente «liberadora». La criminalidad se convirtió en parte (central) de la desviación, a la que también se atribuyeron el alcoholismo, el consumo de drogas, la prostitución, la homosexualidad, el suicidio, los «sin techo», etc. Sin embargo, con ello no se eliminó el aspecto del comportamiento, pues muchos de los ejemplos mencionados fueron asociados con elementos deficitarios de la personalidad y la investigación giró entonces, justamente, a la búsqueda de la antisocialidad; se partió de la existencia de elementos sustanciales comunes entre desviación y criminalidad, con posibilidad de transposición, o de la existencia de factores que explicarían ambas.

De todos modos, la ganancia en sentido estricto radicó en la nueva localización de ambos conceptos en el contexto más amplio de las *diferencias sociales del comportamiento*. Ya Durkheim, padre de toda la criminología moderna también en este punto, había puesto de relieve no sólo la normalidad del delito, es decir, la imposibilidad de uniformidad colectiva, sino que por medio de este hecho puso de relieve la existencia de un espectro de comportamiento social que abarcaba desde la conducta socialmente conforme hasta la delictiva pasando por el comportamiento desviado. Lo esencial era ahora que las respectivas definiciones debían basarse en ideas valorativas comunes, en la conciencia colectiva (*conscience collective*); de modo que no podían ser extraídas del comportamiento como tal ([1895] 1984, pp. 158 y s.; en profundidad sobre este aspecto Sumner, 1994, pp. 16 y s.), algo que llegaba tan lejos que Durkheim, en su ejemplo del monasterio ideal y perfecto, presumía la transformación de los deslices morales en delitos, si estos últimos debían, hipotéticamente, desaparecer. Esto es, se trataba de *diferencias del comportamiento socialmente definidas*. Esta dependencia del delito de decisiones valorativas sociales no era nueva, pues a ello se habían referido ya algunas objeciones frente a *Lombroso* en su propia escuela. Lo que constituía una novedad, sin embargo, era la idea, elaborada sistemáticamente, de una relación normativamente fundamentada entre conformidad y desviación o, en su caso, criminalidad.

La sociología del comportamiento desviado y la moderna criminología han continuado impulsando esta concepción: el espectro de comportamiento mencionado es al mismo tiempo el catálogo de lo que en una sociedad resulta culturalmente pedido, aceptado, tolerado, meramente desaprobado y desaprobado y penado, y esto no de manera estática, sino en una evolución permanente. El concepto de desviación permitía así, de forma mucho más sutil que el concepto de delito, establecer la medida respectiva de comportamiento tolerado y no tolerado, conocido por medio de la marginación social, la criminalización y la psiquiatrización (Sumner, 1994, p. 203), quizá incluso pudiese concretar también la resocialización y las necesidades pedagógicas. Con ello se convertía al mismo tiempo en un tema de discusión el aspecto del poder; un aspecto rico en consecuencias de esta ampliación de la perspectiva radicó en el descubrimiento del «enorme poder de las agencias de control social para formar la identidad de las personas, el comportamiento y el estilo de vida; para restringir la habilidad de la gente para “hacer sus propias cosas”» (Sumner, 1994, p. 203). Faltaba poco para que la criminología se convirtiese en una Ciencia de la Sociedad.

Al mismo tiempo, con el cambio había desaparecido el delito como magnitud de referencia fija. Sin embargo, ello no condujo a situar ahora el comportamiento desviado en su lugar, pues a ello se oponía su dependencia sociocultural. Delito y desviación se incluyeron, más bien, en el contexto más amplio de su construcción social y jurídica (pese a que ésta experimentó sólo progresivamente una conceptualización más precisa, también teórica). Si se quería hablar en este ámbito de un *concepto criminológico de delito*, era en todo caso más complejo que el jurídico-penal, puesto que se tenía que introducir en el proceso de observar y se materializaba en este proceso mismo, si bien, claro está, no como su resultado: *Era el proceso mismo*. La criminología investiga, por ejemplo, cómo surge la criminalidad por complicados procesos de atribución y de no atribución. En este aspecto no puede aceptar nada dado jurídicamente de forma previa, sino que el Derecho penal es concebido como modelo o marco para observar lo que se incluye y lo que no respectivamente, cómo se modifican dichos marcos, para poder incluir o no determinadas formas de conducta. Y quizá tenga suerte y llegue tras el «porqué» y el «porqué no».

La exposición precedente necesita mayor precisión. Concretamente, no se trata únicamente de la norma, sino de la diferencia, más importante, entre la norma y su aplicación. Las normas penales no permiten saber de una vez por todas, si o cómo son lesionadas (de lo contrario no necesitaríamos ningún comentario al Código penal alemán o bastaría con que fuesen mucho más escuetos). Más allá de ello, de las

normas no se puede esperar que nos digan si sus lesiones conllevan también la correspondiente reacción (sanción), en el sentido de una congruencia, producida como sea, entre expectativa y frustración. Por ello —algo que sólo muy limitadamente tiene que ver con las condiciones del proceso penal formal— la norma se completa por un segundo grupo de reglas que introduce la gramática rectora de la decisión en caso de aplicación (y por tanto también en caso de no aplicación). En este contexto hablamos de reglas de aplicación o de un «segundo código», que sigue sus propias leyes, según la idea de que la sociedad «produce el Derecho por su actuación y no por su promulgación» (MacNaughton-Smith, 1975, p. 199. Más modernamente se diría hoy que el Derecho surge por medio de su aplicación en operaciones circulares ocultas del sistema jurídico, Luhmann, 1995, pp. 306, 404. *Cfr.* también n. 5). Entra en escena el *labeling approach*. Se diferencié entre quien define (signifiers) y el definido (signified); los objetos de conocimiento pasaron a ser los procesos de interacción que tienen lugar entre ellos, en los que se elaboran acontecimientos sociales de forma que de ahí resulta o no el comportamiento desviado o criminal. Si son necesarios en cada caso esfuerzos de definición, entonces ya no estamos ante puras descripciones, sino —y precisamente esto forma el segundo código— ante atribuciones o imputaciones (o prejuicios). Fue Sack el que introdujo, para fundamentar el *labeling approach*, entre otros elementos, la diferencia entre descripción y adscripción, esto es, opuso a la tradicional concepción de la constatación de hechos por el proceso penal la observación de la atribución de hechos y, así, la selección (1968, pp. 466 y ss., con referencia a Hart [1948/49] 1963). De aquí resulta que la decisión jurídico-penal supone también un acto constitutivo respecto a la realidad del delito; atribución y decisión ya no se pueden separar una de otra, sino que tienen lugar conjuntamente (concepciones que fueron reforzadas por las observaciones de Kaiser, 1972, pp. 76 y ss., según las que la selección en este sentido comienza ya con el procedimiento previo al proceso penal y no sólo con la determinación de la pena)⁹.

Parecía que ya no había lugar para hechos punibles fuera de la atribución. Simplemente porque las definiciones en general no se producen en el vacío, sino que encuentran puntos de apoyo en

⁹ Toda una serie de investigaciones ha podido confirmar directamente esta concepción, por ejemplo, el hecho de que el concepto de violencia en Derecho penal tiene que ser visto como un concepto frecuentemente abierto, que se cierra «caso por caso», lo que quiere decir que la interpretación del tipo se puede dirigir con ayuda de conceptos de dolo e imprudencia de contenido indeterminado (SESSAR, 1981).

modelos de comportamiento normativamente delimitados, que deben cumplir expectativas sociales, por lo que pueden ser defraudadas (en este sentido también Hess/Scheerer, 1997, p. 100). Esto obliga a reconocer que existe un proceso recursivo entre definición y comportamiento. Sólo entonces tenemos la oportunidad de medir y registrar diversas reacciones frente a los mismos o similares comportamientos, lo que ha llevado a uno de los mayores ámbitos de investigación de la criminología, a la investigación de instancias, que ha revelado precisamente semejantes atribuciones diferenciales. Por esta razón, también se la ha comparado acertadamente con «reglas de construcción» (que son un ejemplo afortunado del ya mencionado segundo código), que se ocupan de que los insignificantes sean encarcelados y los poderosos queden libres (Popitz, 1968, p. 17). Semejantes dicotomías nos remiten a una lógica binaria en las ideas que tenemos de los autores, con la que hacemos invisible una de sus caras: los «poderosos», autóctonos, adultos, triunfadores, los «autores de escritorio» (por ejemplo, el asesino) etc., y señalamos y hacemos visible otra: los «insignificantes», extranjeros, menores, perdedores, los que actúan violentamente (por ejemplo, el asesino), etc. (cfr. Young, 1996, pp. 1 y s.). Las consecuencias son conocidas: diferencias en la sanción, en la formación de carreras criminales y, por último, en el emplazamiento social. Por eso, la observación de la relación entre definición y comportamiento sirve igualmente para conocer los procesos que llevan a hacer invisibles a determinados autores, por lo que también aquí se trata de la no atribución y no imputación (y de la ausencia de ideas preconcebidas)¹⁰. Al mismo tiempo evitamos así el cinismo que amenaza cuando posponemos los prejuicios físicos, psíquicos y materiales de las víctimas frente a la pregunta por los procesos de definición referidos a estas cuestiones¹¹.

¹⁰ El *labeling approach* no cultivó la relación entre imputación y renuncia a la misma, sino que comprendió muy unilateralmente las selecciones en el sentido de criminalización y penalización (hacer visibles), dejando sin utilizar teóricamente el correlato de no criminalización y de renuncia a la pena (hacer invisible). Mas las prestaciones selectivas de las instancias de control consisten a menudo en no aplicar una regla de atribución que está en juego en el caso concreto o en referencia a determinados grupos, así, dotar a las definiciones de cláusulas de exclusión (por ejemplo con causas de justificación). Por tanto, la selección significa también *extraer* a alguien de una definición consentida (sobre ello, SCHUR, 1974, pp. 27 y s.). Estas referencias recíprocas, que determinarán en adelante las observaciones criminológicas, incluyen, sin ruptura teórica, el nivel del comportamiento en el *labeling approach*.

¹¹ LUHMANN (1987, p. 440, n. 125) habla en referencia a esta cuestión de una «falta de exactitud bien localizada» en el *labeling approach*.

Se puede comprobar que la criminología no ha buscado su salvación en la desviación como nuevo concepto de referencia, sino que con ayuda de éste ha dado al delito su carácter de proceso; llevó al primer plano la criminalización (incluyendo la no criminalización, aunque, claro está, de forma muy limitada). No queremos detenernos en este punto, sino señalar algunas especialidades en el tratamiento científico del delito que aconsejan dar mayor dinamismo, en general, al conocimiento criminológico. Lo intentaremos con ayuda del concepto de criminalidad.

III. Criminalidad como construcción

El trato social con el delito nos conduce al concepto, más amplio, de criminalidad, porque también la comprensión cotidiana está expuesta a una continua generalización. Uno puede inquietarse por un delito en particular, mas, sin embargo, la irritación pronto deja paso al conocimiento de que en este mundo todo es posible, de modo que existirían tendencias no observables que llevarían a su transformación en imágenes colectivas o modelos de sentido (Knorr-Cetina/Cicourel, 1981), que permiten irritarse de un modo sistemático, construir orientaciones y tomar postura. El caso concreto produce únicamente informaciones limitadas, describe, en el fondo, un problema privado, local, y, normalmente, no supone una amenaza general.

Así pues, la criminalidad. Su heterogeneidad (cohecho, homicidio doloso e imprudente, lesiones o falso testimonio) impide realizar un análisis cerrado de la misma. Clasificaciones de mayor homogeneidad y menor extensión sólo ayudan limitadamente (delitos violentos, contra la propiedad, sexuales), pues las categorías normativas, debido a la descontextualización del mundo vital que les sirve de base (estafas por impago de consumición, fraude de subvenciones como estafa) conducen a error. Naturalmente se pueden realizar limitaciones todavía más específicas en función del delito (violación, defraudación de impuestos) pero modifican el tema objeto de nuestra atención, pues entonces ya no se trata «del todo».

A pesar de lo anterior, la criminalidad como un todo o en grandes marcos es discutida, deplorada, temida, combatida. Se trata de algo que ocurre mientras los elementos de los que consta se descuidan con gran amplitud, para que la misma pueda ser un tema específico que, a pesar de todo, debe continuar siendo empírico. Una de las cuestiones básicas, por ejemplo, es cuánta criminalidad tenemos. Esta pre-

gunta no se puede responder, dado que no se puede conocer su cuantía¹²; sólo se puede medir si en un año comparado con otro o en el propio país comparado con otro distinto hay más o menos criminalidad. Las mediciones necesarias para responder a la pregunta inicial requieren fuentes que, a la vez, se han mostrado erróneas: estadísticas oficiales y encuestas a la población.

Sólo de forma sumaria pueden exponerse a continuación las escasas posibilidades de éxito que ofrece comprender la criminalidad como realidad. El problema estriba en que la realidad sólo se alcanza en el camino de atribuciones de sentido. Por lo tanto, depende de cómo observamos, diferenciamos y designamos, es decir, también de cómo no observamos, no diferenciamos y no designamos —procesos influidos por un incalculable número de factores que, según las circunstancias, proceden del sistema afectado o de su entorno—. Con otras palabras: las imágenes que nos hacemos de la criminalidad, así como las que no nos hacemos, y sobre las que, por tanto, nos comunicamos, son la criminalidad (en el mismo sentido Hess/Scherer, 1997, pp. 87 y ss., sólo que el discurso social al que aluden también pertenece a este marco, lo que no se dice).

1. *Conocer/ignorar*

Entre los factores a los que hemos hecho alusión se encuentra el conocimiento que tenemos sobre la criminalidad. Los procesos habituales de nuestra adquisición de conocimiento son, por esta razón, interesantes. Las estadísticas policiales únicamente reproducen los acontecimientos que la población —creyendo que son punibles— da a conocer a la policía y que ésta registra; en ámbitos menores o sectorialmente se añaden los casos sospechosos según la propia policía. Ahora bien, desde el siglo XIX se sabe no sólo que hay una gran zona oscura, sino también que ésta se estructura de forma distinta a la zona iluminada, es decir, que se registran delitos diferentes en su tipo y estructura a los que no se registran. Pese a todo, todos nosotros —también, y no en último lugar, la Política— consideramos los datos policiales indicadores serios de determinados desarrollos de la criminalidad y de las medidas político-criminales o preventivas a seguir a partir

¹² En esta cuestión también DURKHEIM nos deja desamparados al negar la normalidad del delito: «...cuando aparece en cantidad más elevada» ([1895] 1984, p. 156). Con todo, se trataba de un primer acercamiento al problema de la localización de la criminalidad en la sociedad: normalmente hay que vérselas con posiciones de tertuliano como «cada violación es demasiado», lo que impide cualquier discurso.

de los mismos, lo que en vista de los déficits de conocimiento resulta extremadamente problemático; más aún, es, como tal, imposible. Naturalmente, el problema es conocido y se han intentado sustituir las estadísticas policiales por las denominadas *Victim* o *Crime Surveys* (encuestas a las víctimas incluyendo la denuncia, encuestas al autor que incluyen la posibilidad de ser descubierto) para obtener una imagen de la criminalidad más conforme con la realidad. La consecuencia fue un enorme incremento de conocimiento experimentando, al mismo tiempo, una ignorancia todavía mayor, pues igual que «el progreso científico produce más problemas irresueltos que resueltos», la ignorancia creció «supraproporcionalmente» (Luhmann, 1987, p. 440; 1997, p. 1106). Se vio cada vez con mayor claridad, precisamente, que los métodos a disposición no estaban en situación, siquiera de forma aproximada, de sondear el mar de la criminalidad, del que se tenía una lejana idea, cuando se topaba con el coto de la criminalidad en el ejercicio de la profesión, económica o del medio ambiente (sobre ello los ejemplos en Frehsee, 1991 y Walter, 1993) o, más en general, con ámbitos delictivos en los que la percepción, control y registro sólo existía (en caso de que así fuese) de modo asistemático y que, por ello, resultaban poco esperados, o mejor dicho, sólo se esperaban accidentalmente (delitos sin víctima o aquellos delitos con víctimas de escasa o nula capacidad de protesta, como por ejemplo niños y personas mayores). Las investigaciones sobre la zona oscura, que iluminaban una criminalidad mucho más extendida de lo que se creía, nos dieron a la vez el conocimiento de que con la misma no nos aproximábamos a la realidad, sino que nos alejábamos de ella. Hay que soportar esta paradoja y no eliminarla allanándola, por ejemplo por medio de una pragmática orientada a la necesidad, que siempre ha temido las cautelas teóricas y metodológicas.

Como muy tarde desde este momento hubiese tenido que aparecer, junto al conocimiento, la ignorancia, como su otra cara, lo que hubiese significado introducir, más allá del problema de los limitados métodos de investigación, la criminalidad que permanece en la oscuridad en la construcción de la moderna criminología. Es decir; ¿cuando una estrella fugaz ha caído del cielo y nadie la ha visto, ha caído una estrella fugaz del cielo? ¿O es un pecador secreto un pecador, lo que discute, como es sabido, el Tartufo de Molière? La cuestión podía estar clara en el pensamiento positivista, si las respuestas se derivan de leyes naturales o normas. Por supuesto, es difícilmente comprensible cómo pueden plantearse semejantes preguntas si tanto la estrella fugaz como el pecador permanecen «en la oscuridad»; no sabríamos absolutamente nada de ellas. Resulta evi-

dente que necesitamos un observador, de modo que llegamos a la cuestión que domina todo, abandonando ya ambos ejemplos, hasta qué punto el observador puede conocer un mundo objetivo independiente de sí mismo. No puede, como sabemos desde Kant.

«La comprensión kantiana de la estructuración subjetiva de la realidad por el espíritu humano —y, con ello, en último término, de la naturaleza relativa y no fundamentada del saber humano— ha sido ampliada y profundizada por infinidad de desarrollos posteriores, desde la antropología, la lingüística, la sociología del conocimiento y la física cuántica hasta la psicología cognitiva, la neurofisiología, la semiótica y la teoría de la ciencia, desde Marx, Nietzsche, Weber y Freud hasta Heisenberg, Wittgenstein, Kuhn y Foucault. El consenso es absoluto: el mundo es, en el fondo, una construcción. El conocimiento humano es, de una vez por todas, interpretación. No hay hecho alguno independiente de una perspectiva. Todo acto de percepción y conocimiento es contingente, mediado, vinculado al lugar y contexto, impregnado completamente por teoría. El lenguaje humano no dispone de base alguna en una realidad independiente del mismo. El significado se produce sólo por el espíritu, no vive dentro de un objeto cualquiera en un mundo más allá del espíritu, pues es imposible contactar con este mundo sin que este encuentro se vea determinado completamente por el estado del espíritu. Domina una profunda y fundamental inseguridad, pues, al final, lo que vale como conocimiento y experiencia es mera proyección» (Tarnas, 1997, p. 525)¹³.

Si la criminología quiere seguir siendo (o llegar a ser) una ciencia a tomar en serio no podía evitar plantearse semejantes exigencias, de modo que tenía que incluir en el objeto de observación (bajo determinadas circunstancias dirigido a un fin)¹⁴ los métodos de observación y conocimiento. El primer paso vino con el *labeling approach*, que, claro está, perdió sus planteamientos de teoría del

¹³ Nada queda libre de estas ideas: «Cuando las proposiciones de las matemáticas se refieren a la realidad, no son seguras, y cuando son seguras, no se refieren a la realidad» (EINSTEIN, *cfr.* DRÖSSER, 1994, p. 14. Similar, LUHMANN, 1992, p. 201, en relación con esta cuestión, al hablar de la determinación de su forma y de la indeterminación de su aplicación). Y la biología: «Como las demás ciencias naturales, la biología ha perdido numerosas ilusiones. Ya no busca la verdad; construye su verdad» (JACOB [Premio Nobel de Medicina], 1972, p. 24).

¹⁴ SIMMEL (1895, p. 45): «... la utilidad del conocimiento produce para nosotros, al mismo tiempo, los objetos de conocimiento».

conocimiento —la sustitución de la descripción por la adscripción, por ejemplo— en sus reproches críticos al poder y al control (el inevitable discurso en relación con este problema ha sido abierto nuevamente y de modo más implacable por Boers, 1999 en su polémica con el concepto criminológico de causalidad). La ignorancia, para retomar el hilo, transcurre junto al conocimiento, incluso es constitutiva de éste —igual que, a la inversa, tal y como hemos visto, el conocimiento produce desconocimiento—. Aplicado a nuestro asunto, «la criminalidad», conocimiento e ignorancia conducen a la *comunicación* sobre ellos, aunque la ignorancia se produzca reflexivamente y no se haga referencia a la misma de modo continuo. Por tanto, el aspecto de acción, con el que frecuentemente se unen criminalidad y desviación, retrocede (*cfr.* Luhmann, 1997, pp. 37 y ss.).

La ignorancia tiene, así, sus propias cualidades; la teoría de sistemas se refiere a ello como funciones latentes. Una variante es la falta de esclarecimiento de hechos punibles, esto es, la policía ha registrado un hecho o una sospecha, pero no tiene un sospechoso (la tasa de falta de esclarecimiento definida así alcanzó en 1996 el 51%). Para ambas, para la criminalidad no descubierta y para la no esclarecida vale su efecto estabilizador del sistema (en referencia a la ignorancia subrayado ejemplarmente por Popitz, 1968). Una sociedad apenas puede permitirse elaborar y reconocer como criminalidad mucha más de la que realmente tiene lugar, con lo que las soluciones a los problemas que habitualmente se introducen en este campo no existen de modo aislado, sino que indican, en primer lugar, la producción de capacidades sociales, por no hablar de lesiones amenazantes y reglas de distribución: cuantos más delitos —y en correspondencia autores— son perseguidos, tanto mayor peligro existe para la relación, cuidadosamente elaborada, regla-excepción entre fidelidad a la norma e infracción de la misma, con la que la distribución de la criminalidad a las —dicho groseramente— capas superiores o inferiores corre paralela (con rasgos inversos podría verse el caso de la criminalidad que se olvida, *cfr.* Sessar, 1989).

Dos cálculos para hacer plausibles las reflexiones realizadas. Referida a la criminalidad policialmente registrada (sin incluir los delitos contra la seguridad del Estado ni los delitos contra la seguridad del tráfico; Estados antiguos, en 1996 todo Berlín), el porcentaje de los condenados mayores de 20 años respecto a los sospechosos de un hecho del mismo grupo de edad descendió, entre 1984 y 1996, del 40% al 34%; o de otro modo: mientras los sospechosos crecieron en este tiempo hasta alrededor del 44%,

en los condenados sólo se produjo hasta el 22%. Una relación tanto en el año 1996 como en 1984 hubiese llevado, permaneciendo constantes otras variables, hasta 77.600 o un 18% más de condenados. O: la cuota de esclarecimiento ascendía en 1996 en el «hurto con circunstancias agravantes» (arts. 243, 244, 244a StGB, en su vieja redacción) al 13,6 %, lo que eran 158.702 sospechosos en edad penal. La estructura de la sanción del mismo año para este grupo de delitos muestra 30.841 condenados, de los cuales 10.334 fueron condenados a una pena privativa de libertad/pena juvenil con custodia y 7.291 a una pena semejante sin custodia (todas las cifras de las estadísticas criminales policiales y de la judicial —condenas ejecutivas—, para los respectivos años). Si uno se imagina simplemente una cuota de esclarecimiento el doble de alta que todavía permanecería muy por debajo de la media, esto es, coloca la cifra de sospechosos en alrededor de 320.000 y utiliza la estructura sancionadora correspondiente, habría que esperar también, de nuevo bajo control de todos los demás factores, una duplicación de las condenas privativas de libertad; hubiesen sido necesarias, sólo para este grupo de delitos, alrededor de 7.000 plazas penitenciarias adicionales.

De aquí se deduce con claridad que una noticia, descubrimiento y persecución selectivos de delitos no son déficits o averías distribuidos en distintos sistemas, sino que, conjuntamente, dan forma a la relación entre Derecho e ilícito y, en lugar de facilitar el colapso social, que amenazaría en otro caso, ayudan a evitarlo. La petición realizada frecuentemente de que la población debería contribuir por medio de mayor número de denuncias a una mejor lucha contra el delito sólo puede explicarse, por tanto, con una subcomplejidad cognitiva en el tratamiento con relaciones de sistemas.

2. *Criminalidad/Conformidad*

Muy cercano a lo que ignoramos sobre la criminalidad, de modo que en el plano de la construcción hasta dicho punto no tenemos criminalidad, se encuentra la otra cara, la conformidad. El parentesco resulta de que la «criminalidad» insondable no se consideraba como conformidad, de forma que el aparato conceptual aplicado no era muy preciso (o era falso). Esto resulta llamativo. Sin embargo, cuando la sociedad está organizada de manera que, entre otras razones, sólo puede admitir —por causas homeostáticas— una determinada medida de comportamiento como criminal (*cfr.* Doleschal, 1979), el

«resto» (o, en todo caso, una gran parte de él) se considera implícitamente como conforme, para que la sociedad misma no caiga constantemente en situaciones de necesidad. ¿Si el pecador secreto no es un pecador, qué ocurre entonces?

Como siempre, tenemos problemas de diferenciación. Las ciencias criminales recubren, con su tema criminalidad, el tema conformidad (de manera similar a la construcción de la medicina a partir de la enfermedad y no de la salud, pese a que, en el fondo, se trata de esta última); así saben más sobre la criminalidad y tienen también mayores posibilidades de enlace preparadas para, por ejemplo, desarrollar programas político-criminales y resocializadores en lugar de programas preventivos y socializadores. De este modo la criminalidad es vista como un factor de distorsión, cuya eliminación, por difícil que sea, produce conformidad. Probablemente se trata de un gran malentendido. Se han olvidado las condiciones de su constitución que están en «relación recíproca» con las condiciones que llevan a la conformidad; son dependientes entre sí. Precisamente ahí podría estar el hueco de teoría del conocimiento: en no observar las referencias recíprocas, en negar la unidad que se extiende por la diferencia entre desviación y conformidad. Recordemos la semántica del bien y el mal y el modo y manera en que el mal era y es excluido o tratado como «apóstata» y, de hecho, nuestro tema se puede derivar de aquí desde una perspectiva de historia de la cultura: el delito como *supuesto* de pecado, el delincuente como ángel caído (Becker, 1997, pp. 333 y ss.). Sin embargo, se debe ser consciente de la referencia que obliga a la unidad de bien y mal y a la inversa, y como no es extraño que los poetas posean un saber «más completo» que los demás, debemos dejar hablar aquí a Thomas Mann:

«El mal contribuye a la completitud del universo y sin aquél éste jamás hubiese llegado a ser completo, por eso lo permite Dios, pues él era pleno y tenía que querer por ello lo completo, no en el sentido del bien completo, sino en el sentido de la ubicuidad y de un reforzamiento recíproco de la existencia. El mal era mucho peor si existía el bien y el bien mucho mejor si existía el mal, quizá —se puede discutir— incluso el mal no sería completamente malo si no existiese el bien, el bien no sería completamente bueno si no existiese el mal. San Agustín llegó al menos tan lejos como para decir que la función de lo malvado era dejar aparecer más claramente lo bueno, pues tanto más resalta y es digno de admiración, cuando se lo compara con lo malvado» ([1947] 1986, p. 139).

Nos falta, con otras palabras, conciencia de la «continua coproducción de lo malo y lo malvado por la moral» en la comunicación moral (Luhmann, 1992, p. 596)¹⁵. Esto también vale a la inversa, el establecimiento de una norma de expectativa social o jurídica no sólo conduce al status de infractor de la norma (del malo) en caso de defraudación de la expectativa, sino también al status de fiel a la norma (bueno) en caso de cumplimiento de la expectativa. El art. 242 StGB produce no sólo al ladrón, sino también al que no roba¹⁶. Con el par complementario conforme/criminal o, más en general, conforme/desviado conseguimos nuevas libertades y conocimientos. En la criminología la conformidad ya no lleva entonces a una existencia aparente, incluye la ignorancia global sobre la criminalidad y desaparece, cuanto más descubrimos; de modo correspondiente actúan los mecanismos sociales y jurídicos que garantizan la ignorancia y, con ello, la conformidad (consideraciones estructurales, por ejemplo a través de un derecho penal que opera selectivamente). La conformidad, de este modo, es en todo caso construcción, su relación con la criminalidad no es únicamente el resultado de realidades interpretadas, sino también ponderadas (en función de fines). Si esto es así, en el plano del comportamiento no sólo se puede investigar mejor por qué la criminalidad masculina es mayor que la femenina, sino también por qué la conformidad es mayor en las mujeres que en los hombres (lo que son dos preguntas). En los denominados delincuentes de carrera resulta esencial no sólo su diferencia con los delincuentes ocasionales, o, caso de que los haya, con los no delincuentes, sino también la observación de que su currículum vital está determinado por comportamiento conforme y no desviado, que el delito también en ellos es una excepción, algo que, simplemente, pone en duda el concepto completo de carrera criminal y prácticamente destruye cualquier prognosis (Boers, 1999).

¹⁵ Dicho de otro modo, lo malo parece tener que agradecer menos al malvado que al hecho de que resulta, sin querer, de la actuación buena —¿consecuencia de la separación del bien y el mal?—: «Es imposible distanciarse y diferenciar teóricamente aquí, porque es precisamente esta distancia, esta diferencia, la que porta el mal. No puede haber, por tanto, pensamiento alguno que sólo fuese bueno. Posiblemente, la comprensión del origen diabólico del conocimiento humano, que hay que realizar, sería, incluso, lo mejor de lo bueno». Y: «El ser bueno demostrativo, igual que el mal querido, es un elemento de la monstruosidad posthistórica» (KAMPER, 1995, p. 226).

¹⁶ Aparentemente esto se realiza en la medición de la pena, cuando el no haber sido penado anteriormente recompensa al condenado. El Juez no sólo castiga más duramente en caso de existencia de una pena previa, sino también más débilmente cuando falta aquélla.

IV. Criminalidad como comunicación

«Actúa siempre de modo tal que el número de posibilidades crezca»

(HEINZ VON FOERSTER)

Tenemos que vérnoslas aquí con la teoría de sistemas de Luhmann, presente ya, en gran medida, hasta ahora, y que, de hecho, debía y debe tener un rol directriz del conocimiento (sólo que no hay que tomarla al pié de la letra o leerla demasiado rápido, tal y como el propio Luhmann aconseja enérgicamente, *cfr.* Horster, 1997, p. 46), que representa, sin embargo, una nueva orientación en teoría de la sociedad, que la criminología no puede permitirse ignorar sin sufrir daños irreparables¹⁷. Una parte de la misma es lo que se ha denominado *teoría de la observación*. Recurrirémos a la misma, por supuesto en la medida en que (incluso por meras razones de espacio) sea conveniente para delimitar nuestro tema: hay que conceder que las simplificaciones resultantes de ello pueden llevar a un mero esbozo.

Si la criminalidad, en este marco, es comprendida como tema de comunicación social, esto significa que todos los aspectos de teoría del comportamiento quedan excluidos. Comunicación es siempre, de forma exclusiva, comunicación sobre algo y tiene lugar por medio de la observación, definida desde la teoría de sistemas como denominación de la mano de una distinción (*cfr.* Kneer/Nassehi, 1997, p. 96).

Previamente hay que hacer algunas observaciones generales sobre la teoría de sistemas. En este artículo tenemos que vérnoslas con dos sistemas funcionales, con el Derecho (y el Derecho

¹⁷ Sobre ello hasta ahora, entre otros, SESSAR, 1992 sobre (entonces todavía no «visto» así, pero sí mencionado de forma esperanzadora) los puntos ciegos de la teoría de sistemas en atención a la destructividad de los sistemas funcionales frente a su entorno; BUSSMANN, 1996, respecto al intento de elevar al plano de la comunicación de la teoría de sistemas las teorías que sustentan la pena, el Derecho penal y sus efectos y, así, cerrarlas allí para la investigación criminológica; BOERS, 1997a, 1999 sobre la banalidad, fundamentada teórico-causalmente, de la explicación y el pronóstico del transcurso de las carreras y la oferta de continuar de nuevo con ayuda de modelos de análisis simétricos (esto es, con modelos estructurales en lugar de modelos explicativos). Que el planteamiento de teoría de la criminalidad de HESS y SCHEERER (1997) crea poder salir bien librado sin la teoría de sistemas es arriesgado: la n. 17 en p. 91, no es suficiente como explicación de dicha abstinencia, además, la criminalidad apenas podría realizarse como sistema, sino que es, y esto lo escriben estos autores en la misma página, tema y medio de comunicación, con lo que también llegarían a nuestro tema.

penal como subcaso) y con la Ciencia (y la criminología como subcaso). La criminología, como también el Derecho, observa su respectivo entorno en atención a exigencias sistemáticas específicas. Éstas y, lógicamente, los programas y métodos son, por supuesto, distintos: la comprobación del Derecho (normativa) y el desarrollo del conocimiento científico (cognitiva). Por fuerza de su común tradición ontológica se trata de conocer allí la *naturaleza* del Derecho y aquí la *naturaleza* del delito, operaciones que se realizaban sin contar con conceptos contrapuestos o aspectos contrarios. Es cierto que existía lo ilícito, pero no se situaba de modo complementario al Derecho, de forma que tampoco se distinguía de lo que no es Derecho (Luhmann, 1995, p. 27). Ciertamente, existía la conformidad, pero no era el par conceptual del delito y, por ello, tampoco podía distinguirse de otras clases de denominación del comportamiento. Así, el delincuente representaba frecuentemente una determinada forma del ser (*lo malo, lo antisocial*) y precisamente de esta manera trabajaron las primeras escuelas antropológicas del siglo XIX (*cfr.* en Derecho penal todavía hoy el art. 211 StGB: Asesino *es*, quien...). En el lenguaje de la lógica clásica esta clase de observaciones tiene a su disposición dos valores, de los que uno designa el ser (Derecho, realidad) y el otro se puede elegir libremente para la comunicación de errores sobre lo anterior y para realizar correcciones (los errores se producen, posiblemente, de manera concreta sobre relaciones, mas no sobre el ser, que es lo que es). El no ser está excluido por la afirmación del ser y no es, por tanto, un concepto contrapuesto al primero. Una consecuencia de este planteamiento era la coincidencia de verdad y corrección (*cfr.* Luhmann, 1992, p. 88, con remisión a Heidegger), esto es, con independencia de un observador.

En el curso de un desmentido general de la ontología, esto es, al conocer que el observador participa en la construcción del ser (del Derecho, de la realidad), que sólo entonces encuentra sus rasgos, se produce un cambio de conocimiento paradigmático, que es necesario mencionar, de una unidad pensada ontológicamente a una *unidad de la diferencia*, un punto central de la moderna teoría de sistemas. En ésta, las viejas identidades «Derecho» o «verdad» se apoyan en diferencias, que llevan a los pares complementarios «lícito/ilícito» en el sistema funcional Derecho y «verdadero/falso» en el sistema funcional Ciencia. Valor y contravalor ya no se excluyen más, sino que se abarcan por exclusión. Ahora, cuando el Derecho o la Ciencia observan su entorno, lo hacen con ayuda de distinciones (no se trata de otra cosa), lo que, precisamente, significa al mismo tiempo que lo observado depende de las distinciones utilizadas (véase Heisenberg). Si se trata, como aquí, de distinciones de un sistema, las mismas tienen lugar según un código binario, con un valor positivo (Derecho; verdad) y un contravalor negativo

(ilícito; falsedad); por medio de esa operación binaria se excluyen terceros valores (hay que añadir que «positivo» y «negativo» no tienen nada que ver con clasificaciones morales o valorativas de cualquier otro tipo). En la referencia recíproca de los contrarios se produce contingencia, en el sentido de mayores y más complejas posibilidades de continuar la comunicación jurídica o científica. El valor positivo garantiza la capacidad de enlace de todas las demás operaciones y desarrollos y abre nuevas posibilidades de acción; el valor negativo, por el contrario, acompaña de forma reflexiva; es lo otro que se menciona al mismo tiempo. Dado que los valores ya no se excluyen resulta posible pasar de un valor a otro (un cruce, *crossing*), con lo que puede investigarse, por ejemplo, el problema de si lo desviado fue clasificado también correctamente y lo conforme también falsamente. O qué funciones o correspondencias tienen los aspectos latentes. Para ello se necesita un programa teórico. Derecho y verdad ya no son sinónimos de corrección (con carácter general, Luhmann, 1992, pp. 198 y ss.; 1995, pp. 174 y ss.; 1997, pp. 750, 895 y ss.).

Las consideraciones anteriores sobre las formas de diferenciación conocimiento/ignorancia y criminalidad/conformidad encuentran ahora su lugar adecuado. Mediante la actualización de los otros aspectos se adquirieron conocimientos más amplios y la comunicación científica sobre la criminalidad continuó. A favor de lo anterior habla, en general, un considerable interés de conocimiento. Si en el ejemplo mencionado de la medicina el valor positivo es «enfermo» (*cfr.* Luhmann, 1993, p. 187) y en la criminología «criminal» o «desviado», y para estos conceptos existen todos los enlaces teóricos y prácticos en forma de teorías de diagnosis y prognosis y de programas de curación y lucha, se puede rastrear «en el otro lado» una creciente necesidad teórica y práctica de profundizar en conceptos como «sano» y «conforme»: en sanidad existe una medicina preventiva que se va expandiendo, para evitar la enfermedad y en la criminología las primeras teorías del control, para explicar el comportamiento conforme (¿por qué él/ella *no* lo hizo?) y, así y todo, una orientación a la prevención (Sessar, 1997).

Si los opuestos ya no se excluyen recíprocamente, sino que se incluyen (se atraen), es posible también una polémica, accesible a la teoría, con la observación de que el delito tiene funciones que fomentan la sociedad. Esto es bien conocido en criminología desde Durkheim. La criminalidad es, si sobrepasa su nivel normal, una señal de alarma de la existencia de perturbaciones sociales (*cfr.* [1895] 1984, p. 161) y remite entonces a *su* eliminación. Igualmente, la criminalidad es parte de los específicos procesos de modernización y trans-

formación (Boers, 1997) e indicador de cambio social o de una conciencia jurídica modificada. El caso opuesto afecta a la relación entre *obediencia*, como expresión clásica para la conformidad, y criminalidad. Aunque según una observación fundamentada se cometen más delitos por obediencia a la norma que por desobediencia, no se encuentra, prescindiendo de la «Macrocriminalidad» de Jäger (1989), ninguna criminología que haya abordado este problema sistemáticamente; el concepto ni siquiera aparece en los índices de materias de los manuales de criminología (con la excepción de Eisenberg, 1995), enciclopedias o distintos tipos de diccionarios. Se trata de una cuestión que, probablemente, tiene que ver con la orientación jurídico-penal de una criminología que ha contribuido al olvido, normativamente obligado, pero, por el contrario, incomprensible científico-socialmente, de las nociones de conformidad, adaptación y obediencia, aunque éstas, a manera de ejemplo, ofrecen un considerable material explicativo de la aparición del delito¹⁸. Gracias a Dios hay libros, fuera de la criminología, que informan sobre este hecho, por ejemplo «Anatomía de la destructividad humana» (1974) de Fromm, «Eichmann en Jerusalén» ([1964] 1986) de Arendt, y, naturalmente, el experimento Milgram, de cuyo resumen sólo citamos una frase: «Algo muchísimo más peligroso (que la ira, la venganza, el odio, la furia; Klaus Sessar) se pone de manifiesto: la capacidad del hombre para eliminar su humanidad, incluso la inevitabilidad con la que lo hace cuando asocia su personalidad individual con estructuras institucionales supraordenadas» (Milgram, 1974, p. 216)¹⁹.

¹⁸ Con ello puede estar conectado el hecho de que la criminología nunca se ocupe de crímenes de guerra, genocidio, terrorismo de Estado, persecución de minorías, etc. Falta, por ejemplo, una criminología de la guerra, *cfr.* JÄGER, 1989, pp. 14 y ss., o de la criminalidad de Estado, *cfr.* WALTER, 1993, p. 119. Por lo demás, la idea de que con (sin) virtudes secundarias como diligencia, puntualidad, pulcritud, obediencia y amor al orden se puede dirigir un (ningún) campo de concentración, no era, en modo alguno, criminológica. Pero entre tanto nos encontramos con este tema y se concibe progresivamente el holocausto como resultado de una cultura burocrática, «en la que las reflexiones sobre costes-beneficios, cuestiones financieras y regulaciones unitarias jugaban un rol... la decisión (sobre la solución final: Klaus SESSAR) fue tomada en medido de serios esfuerzos por alcanzar las soluciones más racionales posibles respecto a situaciones problemáticas que se iban modificando... el holocausto no es en modo alguno el surgimiento irracional de reliquias no superadas de la barbarie premoderna. (Él) es un morador legítimo en casa de los modernos, de hecho no podría haber estado en cualquier otra casa» (BAUMAN, 1992, pp. 29 y ss.). ¿Cuándo, oh cuándo, se deshará la criminología de la preocupación por los hurtos de vehículos y el robo de carteras y se dedicará a sus propios problemas?

¹⁹ Una institución semejante fue, a través de siglos, la Iglesia, que daba su bendición a una obediencia por sí misma. ¿Las consecuencias? «Si el hombre sólo se

Luhmann distingue entre observación de primer y de segundo orden. La observación de primer orden u observación-qué, observa, igual que en la forma tradicional, el mundo como objeto, como ser, como realidad y no puede separar los mismos de su propia ilusión («se ve que el sol “sale”, y no se puede ver otra cosa, aunque se sabe [entretanto; Klaus Sessar] que uno se engaña», Luhmann, 1997, p. 93). No se sabe que no se ve lo que no se ve. En el nivel de la observación de segundo orden se sitúa el proceso de conocimiento del sistema de la ciencia. Se observan otros sistemas, pero no lo que ellos observan, sino cómo lo hacen (observación-cómo). En este plano se encuentra el hecho de ser igualmente observado y también de observarse a sí mismo de forma retrospectiva, para impulsar el propio desarrollo tanto por la observación ajena como por la auto-observación.

La ciencia criminológica observa, en consecuencia, su entorno (sociedad, sistemas funcionales y sistemas parciales), cómo dicho entorno observa y diferencia la criminalidad. Hasta el momento, ha sido en la observación de la policía, la justicia penal o, más en general, la aplicación del Derecho penal donde más lejos ha ido, pero falta una realización teórica más estricta, de forma que las operaciones autorreferenciales del Derecho penal, que están cerradas para el mismo, apenas se han tenido en cuenta. Ésta es, sin embargo, una cuestión central: el observador de segundo orden puede ver lo que el observador de primer orden, debido a las opciones que ha tomado (distinciones) no puede ver (que es su punto ciego o son sus estructuras latentes). Un ejemplo es, así, la observación-cómo de los procesos de decisión generadores del Derecho, que se contraponen a la observación-qué de la aplicación del Derecho en el propio Derecho. Otro ejemplo es la contrafacticidad de las expectativas de comportamiento, pilares indestructibles del sistema, por así decirlo, aunque haya cada vez mayor número de autores (reincidentes), a pesar de la existencia de un sistema de Derecho penal perfeccionado junto con la administración de justicia penal. Esto tiene que ver con expectativas fundamentadas *normativamente*, inaccesibles a una modalización *cognitiva* en el sentido de disposición al aprendizaje y a la modi-

ha ejercitado en el hábito de obedecer, el modelo autoritario-inmaterial funciona igualmente bajo el dominio de otros. Si la obediencia se descubre en primer lugar como valor propio, si deviene un fin para la misión de la propia voluntad, entonces, el espíritu sometido a la misma puede alcanzar tal grado de autosatisfacción masoquista que tanto el fin como el que ordena se convierten en indiferentes» (SÖLLE, 1974, p. 25).

ficación de las expectativas (*cf.* Luhmann, 1992, pp. 138 y s.) —con la consecuencia de mayor número de penas todavía y, además, un número no menor de autores (reincidentes)—. La rectificación tendría como fundamento, por ejemplo, la observación científica de que el incremento de penas incluido en la punición, por razones de vigencia del Derecho (que siempre tenderá a ser más estricto), conduce, con el tiempo, a una carrera criminal, que cada vez tiene menos que ver con disposiciones de comportamiento (*cf.* Boers, 1999). Un último ejemplo, vinculado con lo anterior, es el cultivo de refuerzos negativos (penas) en lugar de refuerzos positivos (recompensa) en la prevención individual y, ciertamente, de modo que en el programa de la norma sólo aparecen penas/no penas y las penas representan el valor positivo, con todas las posibilidades de vinculación, por ejemplo, de diferenciación del programa punitivo para casos futuros²⁰.

La investigación de instancias del pasado es un ejemplo de observaciones de segundo orden. Pese a los innumerables esfuerzos teóricos, por ejemplo invocando la etnometodología o el interaccionismo simbólico, la criminología permanecía, pese a todo, en una investigación de la praxis sin teoría. De manera especial, el segundo código (véase *supra*) se entendió principalmente como una desviación de la praxis jurídica realizada por el Derecho (normativa, descriptivamente), antes que como conjunto de condiciones de su construcción (analíticamente). Aplicado desde la teoría de sistemas se podría decir que la criminología, en primer término, ha hecho propio el observar-qué de los sistemas investigados, en lugar de construir un observar-cómo propio.

²⁰ Con todo, consultemos la sabiduría de los poetas. Gulliver tuvo la siguiente experiencia con los liliputienses: «allí, quien podía probar con éxito que había seguido estrictamente las leyes de su tierra durante 73 meses... (podía) exigir determinados privilegios, según su estado y sus circunstancias vitales. Además, recibía una suma de dinero de un fondo creado específicamente para este fin. Y esta gente consideraba una increíble falta de inteligencia política que, como les conté, la observancia de las leyes entre nosotros se realizase sólo coactivamente por medio de penas, pero que nunca se hablase de recompensa» (SWIFT [1735], 1974, pp. 78 y s.). Se ve que la dirección de comportamientos es mucho más compleja, como por lo demás «sabe» cualquier educación infantil, que, si sólo se apoyase en penas, produciría monstruos. Esto no quiere decir que el Derecho penal, de repente, recompense, pues no está aquí para eso, pero quizá tampoco para la dirección de comportamientos. Con todo, aparece la medición de la pena mencionada en la n. 16, que, supuestamente convencida de la previa conformidad, recompensa la misma, como si se hubiese esperado lo contrario (lo que, visto criminológicamente, ni siquiera sería falso).

V. Criminología como Ciencia

La discusión sobre un concepto criminológico de delito es, en realidad, una disputa sobre la constitución de la criminología como ciencia social. En tanto comparta las estructuras de expectativas normativas del Derecho y ayude al mismo con su aparato conceptual, es, preferentemente, una investigación de hechos jurídicos o una criminología jurídico-penal. Es algo legítimo, por supuesto, pero no requiere los esfuerzos de autonomía de una disciplina, que sólo pueden tener lugar mediante sus propios intereses de conocimiento. Para llegar así a unas primeras ideas, el concepto de criminalidad tiene que verse elevado por medio de un esquema de diferenciación —vinculado a cualquier observación de suficiente nivel de abstracción— desde su habitual ordenación positivista y ser situado en un nuevo contexto de sentido. En la realización de esta transformación dicha observación diferenciadora permite activar y hacer fructíferos teóricamente aspectos que, de lo contrario, se eluden, de modo que, por ejemplo, se puedan ver las funciones positivas de la criminalidad y las funciones negativas de la conformidad. Esto sucede, por ejemplo, en cuanto los conceptos de conforme y correcto, criminal y falso no se equiparan, sino que correcto y falso se sitúan a través de lo conforme y lo criminal. Sólo así se avanza y puede resultar manifiesto, definitivamente, cuán poco el concepto de bien jurídico y de delito expuestos al comienzo pueden ayudar en esta tarea. No son conceptos científicos; tienen, parcialmente, un carácter de censura.

Por supuesto, realizar simplemente semejantes desvinculaciones no constituye todavía criminología alguna en el sentido de una disciplina científica. Lo será en primer lugar, previsiblemente, en el nivel de la observación-cómo. Permanezcamos en la criminalidad como punto de partida. Perdió hace tiempo su cualidad del plano del ser, de ser algo, y realizó, más allá de la agregación de delitos particulares, un compendio que le ha permitido convertirse en un objeto específico de muchas observaciones, hecho a través del cual se abrió un campo de conocimiento (que no hay que confundir con un campo de investigación) con numerosas posibilidades de partida. La criminalidad es tema de comunicación en el Derecho, en la política, en los medios, en la policía (cuyo examen como sistema cerrado en gran medida, quizá bajo el código orden/desorden, todavía está esperando), en la economía y en muchas disciplinas científicas (también en la historia), y la pregunta para el observador es *cómo* ven los sistemas *lo que* ven, cómo tratan comunicativamente la criminalidad, lo que quiere decir siempre: cómo la construyen —por supuesto también cómo no la construyen. La comunicación es información selectiva, expresión selectiva y

comprensión selectiva (Luhmann, 1987, pp. 191 y ss.)—, de modo que puede quedar claro que, vista así, esto es, a través de tantos filtros selectivos, *se convierte* en algo distinto a lo que *es* en sentido tradicional²¹.

También un acceso a la criminalidad comunicativamente pensado tiene lugar, científicamente, sólo por la actualización de sus aspectos contrapuestos. Quizá la criminología quiera saber qué no es criminalidad y con este conocimiento a la espalda llegar a lo que «es» en y para la sociedad y sus sistemas (ésta es su realidad) y para qué está ahí. Mas, en todo caso, esta tarea se llevaría a cabo con la utilización de un esquema de diferenciación que operase con un valor y un contravalor. Construir la no criminalidad como contravalor de la criminalidad sería, claro está, difícil, probablemente imposible. Se trataría del resto del mundo (y la objeción de carencia de límites —véase *supra*, I— tendría éxito por primera vez), por lo que serían necesarias limitaciones conceptuales. El mundo contrapuesto a la criminalidad no sería tampoco seguramente el de lo bello, lo bueno y lo verdadero (simplemente porque esto implicaría que la criminalidad y la no criminalidad son clasificadas correctamente por los sistemas implicados), sino, como propuesta, el mundo de las lesiones y las perturbaciones, de la violencia y del sufrimiento. Este mundo es, naturalmente, el nuestro; no hay sociedad sin violencia (como tampoco sin criminalidad); estamos ante algo inherente a la sociedad como factor no necesitado de explicación adicional²². Sólo sería posible un acceso teórico, por supuesto, cuando la criminalidad se pusiese en relación con las nociones básicas de la sociedad (por ejemplo, cultura, civilización) y sus sistemas y se investigase qué funciones positivas y negativas y qué simbolismo tiene allí la violencia, y qué parte de ella se ve transformada en criminalidad y cuál no. La violencia (criminalidad) se convertiría en un medio de observación del sistema, para lo que habría que desarrollar, lógicamente, un aparato conceptual propio, con cuya ayuda se pudiese observar la sociedad y sus sistemas. Probablemente el gran concepto de violencia estructural encontraría su lugar ahí, lo que hace referencia a un concepto de violencia supraindividual (supracriminal), acen-

²¹ El plano del comportamiento (observación-qué) no queda sin efecto por lo anterior, simplemente, nunca se quitará de encima el plano de valoración (observación-cómo). Y a la inversa.

²² «La violencia pertenece, como la posibilidad de la música o de tener compasión, a las capacidades del hombre. Alguna vez la utiliza, otras no», REEMTSMA, 1998, p. 131.

tuando la perspectiva de la víctima (en el sentido de la «victimización estructural», *cfr.* Fattah, 1991, p. 9). Ya no se trataría entonces simplemente del comportamiento criminal o criminalizable, sino, en primer lugar, de forma absoluta, no del comportamiento, sino de *la violencia como concepto y fenómeno cultural*.

No es posible realizar en este lugar una exposición más detallada, además de que todo son, simplemente, propuestas: otras propuestas o propuestas modificadas son bienvenidas y necesariamente urgentes, pues «cuándo tienen relevancia en el sistema los fenómenos es algo que tiene que decidir el sistema mismo exclusivamente según puntos de vista funcionales» (Luhmann, 1997, p. 981; *cfr.* también n. 3). Puntos de vista funcionales son, en la Ciencia, la búsqueda de conocimiento bajo la estricta exigencia de teoría y método.

Al mismo tiempo la búsqueda de conocimiento es el proceso de la propia constitución como disciplina. Si la criminología comunica sobre criminalidad, se describe de este modo a sí misma; «...la criminología no es simplemente una descripción del delito, se describe a sí misma, prescribe la forma en que se habla *como* criminólogo. Es esta autoprescripción la que convierte una conversación sobre el delito en texto, cuyo orden textual es el de la autorreferencia» (Young, 1996, p. 16, subrayado en el original). Esto se puede denominar igualmente operaciones autorreferenciales, por las que la criminología se cierra de modo creciente, denomina sus objetos, perfila cada vez más sus teorías y construye, por medio tanto de las correspondientes observaciones como autoobservaciones, su propia comunicación. Sólo tiene que saber que también tiene sus puntos ciegos y que también está expuesta a la observación por otros sistemas.

Por ello, esta contribución es una apelación a terminar con la criminología como colección de temas y a participar en la comunicación sobre su fundamentación teórico-científica, como presupuesto y consecuencia de su relación científica con sus objetos. Continuar como hasta ahora no es posible.

Bibliografía

- AMELUNG (1991): «Rechtsgutsverletzung und Sozialsädlichkeit», en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (Hrsg.): *Recht und Moral*, pp. 269-279.
- ARENDT (1964): *Eichmann in Jerusalem. Ein Bericht von der Banalität des Bösen*, 1986.
- BAUMAN (1992): *Dialektik der Ordnung. Die Moderne und der Holocaust*.

- BECKER (1997): «“Gefallene Engel” und “verhinderte Menschen”: Über “Erzählmuster”, Prostituierte und die Kriminalistik des vorigen Jahrhunderts», en FREHSEE/LÖSCHPER/SMAUS (Hrsg.): *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, pp. 329-349.
- BLOY (1988): «Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes», *ZStW*, 100, pp. 485-507.
- BOERS (1997): «Sozialer Umbruch, Modernisierungsrisiken und Kriminalität», en BOERS/GUTSCHE/SESSAR (Hrsg.): *Sozialer Umbruch und Kriminalität in Deutschland*, pp. 35-52.
- (1997a): «Vom möglichen Nutzen der Systemtheorie für die Kriminologie. Ein Versuch anhand der kriminologischen Längsschnittforschung», en FREHSEE/LÖSCHPER/SMAUS (Hrsg.): *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, pp. 552-582.
- (1999): *Kriminalität und Kausalität. Eine kritische Betrachtung der theoretischen Programme und der empirischen Ergebnisse der kriminologischen Längsschnittforschung*.
- BUSSMANN (1996): «Kritische Kriminologie und Systemtheorie», en BUSSMANN/KREISSL (Hrsg.): *Kritische Kriminologie in der Diskussion*, pp. 73-122.
- DELEUZE (1969): *Logique du sens*.
- DOLESCHAL (1979): «Soziales Kräftegleichgewicht und Kriminalität», *KrimJ*, 11, pp. 81-101.
- DROSSER (1994): *Fuzzy Logic. Methodische Einführung in krauses Denken*.
- DURKHEIM (1895): *Regeln der soziologischen Methode*, 1984.
- EINSENBERG (1995): *Kriminologie*, 4. Aufl.
- ERIKSON (1978): *Die widerspenstigen Puritaner. Zur Soziologie abweichenden Verhaltens*.
- FATTAH (1991): *Understanding Criminal Victimization*.
- FREHSEE (1991): «Zur Abweichung der Angepöten», *KrimJ*, 23, pp. 25-45.
- (1997): «Fehlfunktionen des Strafrechts und der Verfall rechtsstaatlichen Freiheitsschutzes», en FREHSEE/LÖSCHPER/SMAUS (Hrsg.): *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, pp. 14-46.
- FROMM (1974): *Zur Anatomie der menschlichen Destruktivität*.
- HART (1963): «The Adscription of Responsibility and Rights», en FLEW (ed.): *Logic and Language, First Series (1948/1949)*.
- HEINE (1995): «Von individueller zu kollektiver Verantwortlichkeit. Einige Grundfragen der aktuellen Kriminalpolitik», en ARNOLD *et al.* (Hrsg.): *Grenzüberschreitungen. Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser*, pp. 51-76.
- HENRY/MILOVANOVIC (1996): *Constitutive Criminology. Beyond Postmodernism*.
- HESS/SCHAEFER (1997): «Was ist Kriminalität?», *KrimJ*, 29, pp. 83-155.

- HORSTER (1997): *Niklas Luhmann*.
- JACOB (1972): *Die Logik des Lebenden*.
- JÄGER (1989): *Makrokriminalität. Studien zur Kriminalität kollektiver Gewalt*.
- JESCHECK/WEIGEND (1996): «Lehrbuch des Strafrechts», *Allgemeiner Teil*, 5. Aufl.
- KAISER (1972): *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle*.
- (1996): *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, 3. Aufl.
- KAMPER (1995): «Das Böse – in Rücksicht auf Autonomie und Souveränität», en KUNST- und AUSTELLUNGSHALLE DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND (Hrsg.): *Das böse. Jenseits von Absichten und Tütern oder: Ist der Teufel ins System ausgewandert?*, pp. 222-229.
- KNEER/NASSEHI (1997): *Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*.
- KNORR-CETINA/CICOUREL (1981): *Advances in Social Theory and Methodology: Toward an Integration of Macro- and Micro-Sociologies*.
- KNORZ (1996): *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*.
- KÜRZINGER (1996): *Kriminologie. Eine Einführung in die Lehre vom Verbrechen*, 2. Aufl.
- KUNZ (1998): *Kriminologie. Eine Grundlegung*, 2. Aufl.
- LEFERENZ (1967): *Aufgaben der modernen Kriminologie*.
- LÜDERSSEN (1984): *Kriminologie. Einführung in die Probleme*.
- LUHMANN (1987): *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*.
- (1989): «Kommunikationssperren in der Unternehmerberatung», en LUHMANN/FUCHS: *Reden und Schweigen*, pp. 209-227.
- (1992): *Die Wissenschaft der Gesellschaft*.
- (1993): «Der medizinische Code», en LUHMANN (Hrsg.): *Soziologische Aufklärung 5. Konstruktivistische Perspektiven*, 2. Aufl., pp. 183-195.
- (1995): *Das Recht der Gesellschaft*.
- (1997): *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 2 Teilbände.
- MACNAUGHTON/SMITH (1975): «Der zweite Code. Auf dem Wege zu einer (oder hinweg von einer) empirisch begründeten Theorie über Verbrechen und Kriminalität», en LÜDERSSEN/SACK (Hrsg.): *Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität 1*, pp. 197-212.
- MANN (1986): *Doktor Faustus. Das Leben des deutschen Tonsetzers Adrian Leverkühn erzählt von einem Freunde* (1947).
- MILGRAM (1974): *Das Milgram-Experiment. Zur Gehorsamsbereitschaft gegenüber Kriminalität*.
- NAUCKE (1995): *Strafrecht. Eine Einführung*, 7. Aufl.

- NESTLER (1998): «Betäubungsmittelstrafrecht. Bürgerautonomie und Drogenkontrolle durch Strafrecht», en KREUZER (Hrsg.): *Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts*, § 11, pp. 697-860.
- PERROW (1989): *Normale Katastrophen. Die unvermeidbaren Risiken der Großtechnik*.
- «Polizeiliche Kriminalstatistik Bundesrepublik Deutschlands», hrsg. v. *Bundeskriminalamt*, Wiesbaden (jeweilige Jahrgänge).
- POPITZ (1968): *Über die Präventivwirkung des Nichtswissens*.
- PRITTWITZ (1993): *Strafrecht und Risiko*.
- REEMTSMA (1998): *Mord am Strand. Allianzen von Zivilisation und Barbarei*.
- ROXIN (1997): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, 3. Aufl.
- SACK (1968): «Neue Perspektiven in der Kriminologie», en SACK/KÖNIG (Hrsg.): *Kriminalsoziologie*, pp. 431-475.
- SCHNEIDER (1987): *Kriminologie*.
- SCHUR (1974): *Abweichendes Verhalten und soziale Kontrolle. Etikettierung und gesellschaftliche Reaktionen*.
- SCHWIND (1996): *Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen*, 7. Aufl.
- SESSAR (1981): «Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität», *Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, Freiburg i. Br., Bd. 3.
- (1989): «Wenn Krankheit und Verbrechen zu schwinden drohen», *MschKrim*, 72, pp. 337-350.
- (1992): «Strafe und Kultur – ein Widerspruch? Skizzen mit und ohne die Luhmann'sche Systemtheorie», en EWALD/WOWERIES (Hrsg.): *Entwicklungsperspektiven von Kriminalität und Strafrecht. Festschrift für John Lekschas*, pp. 57-77.
- (1997): «Zu einer Kriminologie ohne Täter. Oder auch: Die kriminogene Tat», *MschKrim*, 80, pp. 1-24.
- SIMMEL (1895): «Über eine Beziehung der Selectionslehre zur Erkenntnistheorie», *Archiv für systematische Philosophie I*, pp. 38-45.
- SÖLLE (1974): *Phantasie und Gehorsam. Überlegungen zu einer künftigen christlichen Ethik*.
- *Strafverfolgung*, hrsg. v. *Statistischen Bundesamt*, Wiesbaden (jeweilige Jahrgänge).
- SUMNER (1994): *The Sociology of Deviance. An Obituary*.
- SWIFT (1974): *Gullivers Reisen (1735)*.
- TARNAS (1997): *Idee und Leidenschaft. Die Wege des westlichen Denkens*.

- TEUBNER (1992): «Die vielköpfige Hydra: Netzwerke als kollektive Akteure höherer Ordnung», en KROHN/KÜPPERS (Hrsg.): *Emergenz: Die Entstehung von Ordnung, Organisation und Bedeutung*, pp. 189-216.
- WALTER (1993): «Zur Reichweite des Konzepts Kriminalität – Einige Überlegungen zur “Makrokriminalität” Herbert Jägers», *KrimJ*, 25, pp. 117-133.
- YOUNG (1996): *Imagining Crime. Textual Outlaws and Criminal Conversations*.
- ZIPF (1970): «Die Bedeutung der Viktimologie für die Strafrechtspflege», *M SchrKrim*, 53, pp. 1-13.