

lo que determinará la necesaria distinción, como veremos, entre sistemas abiertos y sistemas cerrados. El sistema interactúa permanentemente con el ambiente en el que opera y se retroalimenta del mismo, en una suerte de equilibrio dinámico frente a las alteraciones y cambios que se producen, lo que le permite perdurar en el tiempo en búsqueda de una nueva situación de equilibrio. En líneas generales, y apriorística y formalmente, pueden distinguirse dos grandes tipos de sistemas: los sistemas cerrados y los sistemas abiertos. Los sistemas cerrados no reciben inputs del exterior al propio sistema, tendiendo al agotamiento interno, a la entropía, mientras que los sistemas abiertos reciben inputs[9] del exterior, en un proceso de continua interacción con el entorno con la finalidad de una adaptación y renovación permanente.

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

De lo dicho se desprende, pues, que entre el sistema y el medio ambiente en el que opera – que no deja de ser, a su vez, otro sistema, lo que en última instancia explicaría que el universo se componga de una jerarquía de sistemas ordenados- se produce un intercambio permanente de materia e información, lo que permite una evolución de los mismos sistemas en el marco de una autorregulación permanente que propende a la adaptación del sistema con su medio. De la proyección universal de esta teoría se deduce que para un conocimiento correcto de la realidad habría que descomponer la misma en diferentes niveles, de tal suerte que, dentro de cada nivel se encontrarían diferentes subsistemas en mutua interacción, los que a su vez también interactuarían con los sistemas ubicados en niveles superiores – medio ambiente o suprasistema- e inferiores, todo lo cual, en última instancia, nos permite entender que resulta preferible para el correcto conocimiento de la realidad el tomar en consideración el sistema en conexión o interrelacionado con los restantes, que de forma aislada.

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

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

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

c. El Paradigma de la complejidad

El tercer momento evolutivo[10] de las teorías funcionalistas sociológicas lo constituye un nuevo funcionalismo denominado por la doctrina el "paradigma de la complejidad", y viene a suponer un nuevo estadio dentro del funcionalismo, caracterizado por la proposición de modificaciones en la Teoría General de los Sistemas al albur de los descubrimientos más recientes en los sistemas naturales, como la teoría del caos, la autopoiesis, el tránsito de la física newtoniana a la física cuántica etc., introduciendo la incerteza, la indeterminación y la complejidad. Mientras que la teoría general de sistemas clásica se centró, esencialmente, en el análisis de las estructuras y relaciones entre los propios elementos del sistema y su entorno, la teoría de sistemas autopoieticos, como veremos, dedicará fundamentalmente su atención a los mecanismos de autoproducción y autoorganización del sistema.

teoría de sistemas autopoieticos

meccanism de
autoproducción y
autoorganización del
sistema

Ta del caos
- autopoiesis
- física cuántica
en vez de física
Newtoniana

Diferencias
Funcionalismo
clásico y
T.G.S.

del T.G.S y
paradigma
de la
complejidad

= Ta de los sistemas autopoieticos = Ta de los sist complejos

1º biología

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

2º Física, química, termodinámica, física

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

autoorganización

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

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

1. PARSONS y su Funcionalismo Estructural[11]

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

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

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

acción social
↓
actor
↓
rol

de quien depende

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

acción social → dimensiones { estructural → estructura
funcionamiento → funcionamiento

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

La estructura tiene cuatro objetos.

Sociológicos → acciones imprescindibles o afectivas
físicos → obj. materiales (medios)
culturales → regular y dan significado a la acción
sociales → otros individuos

- Sociológicos: acciones imprescindibles o afectivas (llorar, comer, reír)
- Físicos: objetos materiales, no interactúan pero son imprescindibles como medios.
- Culturales: Regular y le dan significado a la acción como los valores y las normas.
- Sociales: otros individuos con quien se interactúa.

El funcionamiento tiene tres modos de ser:

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

catético → amor o afecto
cognitivo → conocimiento
evaluativo → valor

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

2. LUHMANN y su Funcionalismo Sistémico

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

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

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

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

autopoiesis

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

gracias a Erwin Schrödinger y a W. A. Steiner

comunicación

unidad que produce sistemas autopoieticos

estructura de comunicación como

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

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

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

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

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

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

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

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

el sistema
operativamente
cerrado

nivel de las
operaciones
cierre
nivel de
estructuras
abierta

entre sistemas
psíquicos y
sociales

nota 23

nota 23

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

Do → pide
una cosa
mientras

↳ autorreferencial o autorreferente

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

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

De reducir
caos: los
dice la
humanos y
esperar

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

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

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

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

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

pena es una máquina que...

... como el imponerse destruye la confianza de los ciudadanos en sus normas.

IV. EL FUNCIONALISMO PENAL DE JAKOBS

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

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

El acto de comunicación que la pena supone no tiene destinatario prevalente al delincuente, sino al conjunto de ciudadanos que poseen ciertas expectativas que la norma expresa (norma jurídico penal = expectativa normativa), mostrándoles que están en lo cierto y que el defecto está en el actuar del otro. Por eso tiene sentido que JAKOBS afirme que la pena funciona "a costa" del

delincuente, en lugar de decir que opera en su contra o como reproche o desvaloración del mismo.[41]

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

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

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

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