

La retribución comunicativa como
teoría constructivista de la pena:
¿El dolor penal como constructo
comunicativo?

Carlos Gómez-Jara Díez

Universidad Autónoma de Madrid
Abogado

Abstract

En los últimos años, las teorías de la pena que, en mayor o menor medida, tienen en cuenta aspectos comunicativos, han proliferado tanto en Europa como en EE.UU. Frente a éstas, se ha venido sosteniendo que no logran explicar satisfactoriamente la dimensión física de la pena; especialmente, el "dolor penal". El presente artículo pretende ofrecer los fundamentos de una teoría comunicativa de la pena basada en el constructivismo epistemológico que, sin negar su realidad psíquica, concibe el dolor penal como constructo comunicativo empleado por el sistema jurídico-penal.

Theories of punishment accentuating its communicative dimension have soared for the past years, not only in Europe but also in the U.S. Some academics have criticized their inability to adequately explain the physical dimension of punishment, i.e., the so-called "penal pain". This essay aims at providing the foundations of a communicative theory of punishment based on constructivist epistemology which conceives of "penal pain" as a communicative artefact used by the legal system.

Kommunikative Straftheorien genießen zur Zeit große Beliebtheit, nicht nur in Europa aber auch in den USA. Kritiken betonen aber die Mangel an Erklärungskraft zur physikalische Dimmension der Strafe, d.h., Strafschmerz. Der folgende Beitrag versucht die Grundlagen einer kommunikative auf epistemologische Konstruktivismus basierte Straftheorie zu entwickeln, in dem Strafschmerz als ein Konstrukt des Strafrechtssystem zu konzipieren sei..

Title: Communicative Retribution as a Constructivist Theory of Punishment ¿Penal pain as a communicative artifact?

Titel: Kommunikative Retribution als eine konstruktivistische Straftheorie. Strafschmerz als ein kommunikatives Konstrukt?

Palabras clave: Teoría de la pena, teoría de sistemas, constructivismo, comunicación, dolor penal.

Key words: Theory of punishment, systems theory, constructivism, communication, penal pain

Stichwörter: Straftheorie, Systemtheorie, Konstruktivismus, Kommunikation, Strafschmerz

Sumario

1. Introducción
2. Sistemas observantes (Observing systems)
3. Autorreferencialidad del sistema jurídico-penal
4. El delito y la pena como comunicaciones
6. ¿Quién no quiere aprender?
7. ¿Objetivación de la comunicación?
8. El dolor penal: ¿un constructo comunicativo?
9. ¿El peligro de este tipo de observaciones?
10. Conclusión
11. Bibliografía citada

1. Introducción

La reflexión sobre la pena resulta tan relevante para el Derecho penal que, incluso aisladamente considerada, podría justificar todo el trabajo de la ciencia jurídico-penal. No en vano, ésta se ha venido ocupando de la misma desde sus orígenes. Ahora bien, los vaivenes en las tendencias respecto de la teoría de la pena muestran lo difícil que resulta mantener una posición coherente y exenta de contradicciones en este tema. Un ejemplo ilustrativo de cuanto antecede es la cuestión, aún no definitivamente zanjada, respecto de si se debe dar el “adiós” o la “bienvenida” a KANT y HEGEL¹. Y es que, en el ámbito de la teoría de la pena, pueden observarse diversas *distinciones matrices* - por ejemplo, absoluta / relativa, retributiva / preventiva - sobre cuyo contenido sistemático no siempre reina consenso². Con el nacimiento de la prevención general positiva³ parecía haberse encontrado una solución que iba más allá de los planteamientos preventivos tradicionales. Sin embargo, con el paso del tiempo se fueron desarrollando diversas variantes dentro de dicha teoría⁴ resultando finalmente que alguno de sus fundadores más conocidos se han distanciado en cierta medida de las versiones iniciales⁵. Ahora bien, las teorías de la unión, que dominan tanto el panorama científico alemán como el español, muestran ciertas deficiencias que no consiguen superar las antinomias de

¹ Vid. KLUG, *Abschied*, p. 41. Cfr. STRATENWERTH, *Strafzwecken*, p. 8; FRISCH, *Generalprävention*, pp. 125 y ss. En relación con ambos autores debe indicarse que una lectura parcial que no tenga en cuenta los presupuestos epistemológicos de sus respectivas teorías, puede conllevar que ciertos malentendidos sean considerados erróneamente como críticas o como afianzamientos de las posiciones propias. En este sentido, cuando se opera con autores de tanta relevancia debe procederse de manera extremadamente cuidadosa [como afirma correctamente SEELMANN, *Anerkennungsverlust*, p. 29]. En general, y sobre la cuestión planteada, no parece faltarse a la verdad si se afirma que en los últimos tiempos las teorías kantianas y hegelianas de la pena - sobre todo estas últimas - han influido notable en los desarrollos más recientes, no sólo en Europa, sino también en EE.UU. [vid. sólo NONET, *Cumberland Law Review*, 1994, pp. 489 y ss. y DUBBER, *Mich.L.Rev.*, 1994, pp. 1577 y ss.].

² Sobre las diversas teorías de la pena breve e instructivo LESCH, *JA*, 1994, pp. 513 y ss. con ulteriores referencias. Vid. asimismo el reciente, impresionante y exhaustivo análisis de FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución*, *passim*.

³ Vid. sólo SCHUMANN, *Generalprävention*, pp. 1 y ss. Vid. también las contribuciones en SCHÜNEMANN / VON HIRSCH / JAREBORG (ed.), *Positive Generalprävention*.

⁴ Cfr. la exposición teórica de NEUB, *Strafzweck*, pp. 80 y ss.

⁵ Quizás el caso más relevante de los últimos años ha sido el de Günther JAKOBS [vid. JAKOBS, *ZStW* (107), 1995, pp. 844 y ss.; EL MISMO., *Straftheorie*, pp. 39 y ss., con un acercamiento a la posición de LESCH, *Verbrechensbegriff*, pp. 78, 206, nota 178; EL MISMO., *JA*, 1994, pp. 518 y s., 596 y ss. sobre la retribución funcional]. Cfr. sin embargo la nueva formulación de JAKOBS en los siguientes escritos: JAKOBS, *Zweck*, pp. 251 y ss.; de manera más extensa en JAKOBS, *Staatliche Strafe*, pp. 5 y ss., en especial pp. 31 nota 147; JAKOBS, *Daño*, pp. 339 y ss. Vid. al respecto el análisis de CANCIO MELIÁ / FEIJOO SÁNCHEZ, *Pena*, pp. 27 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución*, pp. 489 y ss.

los fines de la pena⁶. Precisamente por esta razón resulta al menos apropiado volver a reflexionar en torno a este tema con la intención de abrir nuevas posibilidades de comprensión⁷. En este sentido, de manera relativamente reciente se ha llevado a cabo el intento de superar las paradojas irresolubles de la teoría de la unión mediante la distinción – de origen sociológico⁸ – entre funciones manifiestas y latentes de la pena⁹. En el momento en el que se traza dicha distinción (manifiesta / latente) se está en una posición privilegiada para llevar a cabo una denominada «observación de segundo orden» – u observación de observaciones¹⁰ –. Dicho tipo de observaciones constituye el lugar común de la denominada cibernética de segundo orden – esto es: la ciencia de los sistemas observantes (*Observing systems*)¹¹ o, dicho de otra manera, de los sistemas que observan sistemas – ciencia estrechamente vinculada con el constructivismo operativo –. Por ello, en lo que sigue se expondrán algunos de sus presupuestos fundamentales antes de proceder a aplicarlos a la discusión que aquí interesa sobre la teoría de la pena y la concepción sobre el dolor penal.

2. Sistemas observantes (*Observing systems*)

Cuando en las páginas que siguen se hable de sistemas, debe tenerse en cuenta que, en la actualidad, a diferencia de lo que ocurría en tiempos de KANT – cuando no existía un concepto opuesto al concepto de sistema –, se dispone de un concepto que permite concebir al sistema como una diferencia (y no como una unidad, tal y como se venía concibiendo hasta ahora); más concretamente, como la diferencia entre sistema y entorno. Este principio teórico – sc. concebir el sistema como diferencia y no como unidad – se ha venido desarrollando en otras disciplinas científicas¹², y su aplicación al campo de los sistemas sociales ha sido llevada a cabo en las últimas

⁶ Con más detalle al respecto JAKOBS, *Straftheorie*, pp. 29 y ss. Cfr. no obstante, FEIJOO SÁNCHEZ, *Prevención*, pp. 145 y ss. afirmando que JAKOBS ha pasado a defender «una teoría de la pena que se puede calificar como mixta o unitaria».

⁷ Sobre la discusión actual vid. las contribuciones de JAKOBS, ZACZYK y GÜNTHER en: SILLER (ed.), *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, pp. 135 y ss.

⁸ MERTON, *Social Theory*, pp. 59 y ss.

⁹ Sobre ello JAKOBS, *Straftheorie*, *passim*. Cfr. también LESCH, *Verbrechenbegriff*, pp. 205 y s., que propone una superación de la dicotomía entre teorías absolutas y relativas desarrollando una teoría retributivo-funcional y compensatoria de la culpabilidad.

¹⁰ LUHMANN, *Strukturen*, pp. 61 y ss. Para una construcción teoría un tanto diferenciada cfr. PAWLIK *Rechtstheorie* (25), 1994, pp. 451 y ss.; ÍD., *Verhalten*, pp. 61 y ss.

¹¹ Fundamental v. FOERSTER, *Observing Systems*, *passim*. Sobre la cibernética de segundo orden como una ciencia observante vid. GLANVILLE, *Foundations of Science* (6), 2001, pp. 45 y ss. Vid. además GÜNTHER, *Dialektik*, pp. 249 y ss.

¹² Cfr., fundamental en el ámbito de la biología MATURANA / VARELA, *Conocimiento*, 1990; para la neuropsicología cfr. las contribuciones recientes de ROTH, *Verhalten*, *passim*.

décadas por el científico alemán, NIKLAS LUHMANN¹³. De conformidad con la concepción que dicho autor sostiene de los sistemas sociales, las presentes reflexiones parten de que la sociedad es comunicación y *sólo* comunicación. El punto de partida escogido no es en absoluto teórico, sino que es la consecuencia necesaria de entender que la comunicación es la *única* operación genuinamente social¹⁴. Dicho planteamiento somete a importantes exigencias al concepto de comunicación – Infra 3 –, por un lado, pero, por otro, se derivan beneficiosas consecuencias para el sistema – Infra 4 y 5 – con el que estamos tratando. Ello, no obstante, sitúa la discusión en torno a la teoría de la pena en un plano estrictamente comunicativo, en el cual ciertas características «físicas» de la pena adquieren dimensión comunicativa y, a partir de dicho momento, comienzan a ser utilizadas por el sistema comunicativo «Derecho» en su continua auto-reproducción – Infra 6, 7 y 8 –.

3. Autorreferencialidad del sistema jurídico-penal

Si uno se toma realmente en serio que la comunicación es la única operación social, entonces debe aceptarse que la comunicación discurre de modo autorreferencial¹⁵ o, expresado de otra manera, que sólo la comunicación comunica¹⁶. La fundamentación de esta afirmación puede encontrarse en la teoría matemática de la comunicación¹⁷, y de la misma se deriva una vinculación entre la teoría de sistemas

¹³ Cfr. de manera introductoria LUHMANN, *Soziale Systeme, passim*; además, EL MISMO., *Wissenschaft, passim*; EL MISMO., *Gesellschaft der Gesellschaft, passim*. Como lecturas introductorias a la teoría de sistemas luhmanniana vid. PIÑA ROCHEFORT, *Rol social*, pp. 54 y ss.; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Teoría de sistemas*, pp. 386 y ss. Aquí deben efectuarse dos apreciaciones: *Por un lado*, debe tenerse en cuenta la “adición” de LUHMANN a la teoría (sobre ello vid. RASCH, *Preface*, 2002; EL MISMO., *Modernity*, pp. 171 y ss.) y, en esta medida, dentro de la distinción existente en el sistema científico entre teoría y método [al respecto vid. LUHMANN, *Wissenschaft der Gesellschaft*, pp. 403 y ss.] se le designaría como un teórico. El título “la teoría como pasión” que lleva el Libro Homenaje por su sesenta cumpleaños describe perfectamente a este autor. *Por otro lado*, la obra de LUHMANN puede considerarse como el desarrollo de la cibernética de segundo orden de los sistemas sociales. Como indica correctamente BRIER, *Cybernetics & Human Knowing* (3), 1995: “his huge work represents the most comprehensive, synthetic and highly creative theoretical architecture within second order cybernetics”. Para un intercambio interesante de opiniones cfr. sólo KRAWIETZ / WELKER, *Kritik*, 1993, *passim*.

¹⁴ Si se habla de sistemas sociales, entonces debe encontrarse una operación que valga para todos los sistemas sociales [vid. LUHMANN, *Self-Reference*, p. 6: “Only communication is necessarily and inherently social; action not”; vid. además LUHMANN, *Thesis Eleven*, 1992, pp. 29 y ss.].

¹⁵ Vid., MERTEN, *Kommunikation, passim*. Asimismo, KRIPPENDORFF, *Delfin* (XIII), 1990, pp. 52 y ss. Vid. también el conocido intercambio de opiniones entre v. FOERSTER, *Teoria Sociologica*, 1993, pp. 61 y ss. y LUHMANN, *Teoria Sociologica*, 1993, pp. 85 y ss.

¹⁶ LUHMANN, *Soziologische Aufklärung VI*, pp. 113 y ss. Sobre ello vid. también KARGL, *Rechtstheorie*, 1990, pp. 352 y ss. Cfr. sin embargo FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución*, pp. 515 y ss.

¹⁷ SHANNON / WEAVER, *Communication*, p. 54: *Communication is an operation, which communicates information.*

y la teoría de la comunicación que no debe pasarse en modo alguno por alto¹⁸. Una resolución de la paradoja que supone afirmar que sólo la comunicación comunica se produce al trazar una distinción entre participación e información – denominada comprensión¹⁹ – que permite aprehender adecuadamente la separación temporal y espacial entre participación y comprensión que aconteció con la introducción de la escritura. De esta manera desaparece la metáfora de la «transmisión de información»²⁰ y la comunicación se convierte en un fenómeno «emergente»²¹. Con esta emergencia, y los sistemas sociales emergentes que resultan de la misma²², se plantea un nuevo problema: cómo se distinguen los sistemas sociales entre sí y del contexto de todas las comunicaciones posibles – a saber: la sociedad –. Si se observa un sistema funcional – esto es: un sistema que se ha diferenciado para cumplir una (y sólo una) determinada función –, entonces debe manejarse un código que determine qué comunicación pertenece al sistema (autorreferencia) y cuál al entorno del sistema (heterorreferencia). Concretando esta disposición teórica para el sistema jurídico puede afirmarse que si el Derecho es algo diferente de la sociedad, debe poderse distinguir de ésta, lo cual acontece con el código legal / ilegal²³. Cada comunicación jurídica se vincula a otra comunicación jurídica y abre, a su vez, nuevas posibilidades de comunicación para ulteriores comunicaciones jurídicas. Por tanto, el sistema jurídico es un sistema autorreferencial, operativamente cerrado²⁴, compuesto de comunicaciones jurídicas cuya selección viene determinada por

¹⁸ Es por ello que resulta un tanto sorprendente que PUPPE, *Kommunikation*, pp. 469 y ss., no tome nota de esta circunstancia e incluso – tras una valoración positiva del paradigma comunicativo para el entendimiento de la pena – critique la aplicación de la teoría de sistemas en la ciencia jurídico-penal debido a su nivel de abstracción, llegando a indicar que debe “separarse de la dogmática penal” (p. 493). Parece que entonces sería de aplicación la misma crítica, *mutatis mutandis*, contra su propia posición en el sentido de que “cuando la moderna ciencia penal adopta [en su caso: critica] los paradigmas teórico-comunicativos, (...) debería dominar los fundamentos teóricos de la ciencia de la comunicación [en su caso: de la cibernética de segundo orden]” (p. 494).

¹⁹ Vid. sobre ello, fundamental, LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 203 y ss. En la dogmática penal se apoyan en ello, entre otros, LESCH, *Verbrechensbegriff*, pp. 211, nota. 6 y HAUSCHILD, *Generalprävention*, pp. 73 y ss. Cuando la comunicación se observa como la unidad (síntesis) de la distinción, entonces se puede formular lo expresado anteriormente de la siguiente manera: la comunicación es la unidad de información, participación y la distinción entre información y participación: esto es, comprensión. Se trata de una forma trivalente de dos lados [sobre ello vid. BAECKER, *Wozu Systeme?*, pp. 12 y s.].

²⁰ La información, por su parte, debe comprenderse como la selección de una noticia de entre una cantidad indeterminada de posibles noticias [SCHANNON / WEAVER, *Communication*, p. 7]. De ahí se deriva que la información es una selección actualizada de posibilidades de selección actualizables. Vid. asimismo BAECKER, *Wozu Systeme?*, pp. 111 y ss.; EL MISMO, *Organisation als System*, pp. 59 y ss.; LEYDESDORFF, *Journal of General Philosophy of Science*, 1996, p. 244.

²¹ Vid. BAECKER, *Unterscheidung*, pp. 217 y ss.; Vid. asimismo EL MISMO, *Organisation*, pp. 126 y ss.

²² También JAKOBS, *Idee*, p. 3 acentúa el carácter emergente.

²³ Fundamental LUHMANN, *Recht*, pp. 165 y ss.

²⁴ Sobre la clausura operativa del sistema jurídico LUHMANN, *Recht*, pp. 38 y ss. Sobre la problemática de este concepto, EL MISMO, *Soziologische Aufklärung VI*, pp. 12 y ss.

estructuras jurídicas. Dicho en breve: el sistema jurídico es un sistema social autopoietico²⁵.

4. El delito y la pena como comunicaciones

En los últimos tiempos se ha producido un considerable aumento de quienes consideran que el delito y la pena contienen una dimensión intrínsecamente comunicativa²⁶. Ello posibilita, entre otras cuestiones, abrir nuevos ámbitos de discusión e incorporar al Derecho penal distintas contribuciones teóricas que han acontecido en las ciencias de la comunicación o, incluso, llegar a combinarlas con nuevas fundamentaciones teóricas. En cierto sentido, mucho va a depender de qué posición se adopte respecto del concepto de comunicación. Desde la perspectiva aquí sostenida – esto es: desde un concepto autorreferencial de comunicación – la sociedad consiste, como ya se ha explicitado, de comunicaciones. Si ello resulta cierto, entonces va de suyo que el delito y la pena son comunicaciones en cuanto que acontecen en la sociedad. La cuestión que inmediatamente surge es qué relación puede establecerse entre ambas.

En la literatura jurídico-penal se ha propuesto concebir la relación entre delito y pena como una suerte de locución y contestación²⁷. El autor habla y la sociedad contesta, lo cual – debe advertirse *ab initio* – comporta un acento importante de la comunicación oral²⁸. En este punto puede traerse a colación la tradición filosófica alemana conforme a la cual el autor, a través de su hecho, lleva a cabo una autocontradicción performativa. Conforme a esta perspectiva sumamente vinculada a la teoría del habla no resulta extraño que se utilice el concepto de «expresión de sentido»²⁹ para describir una vinculación con el delito. Este posicionamiento, sin embargo, conlleva el riesgo de ver en la conducta del autor algún tipo de sentido «inmanente» o de que considerar que es el propio autor el que determina el sentido – lo cual es negado por los defensores de esta posición³⁰ – y ello, seguramente, como consecuencia de la metáfora de la transmisión de información, estrechamente

²⁵ Fundamental LUHMANN, *Recht, passim*; TEUBNER, *Recht, passim*; en España vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Teoría de sistemas*, pp. 425 ss. con ulteriores referencias.

²⁶ Vid. entre otros JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, §§ 1/9 y ss.; MÜSSIG, *Aspekte*, pp. 165 y ss.; LESCH, *Verbrechensbegriff*, pp. 211; GÜNTHER, *Verantwortlichkeit*, pp. 35 y ss.; HAUSCHILD, *Prävention*, pp. 135 y ss.; PUPPE, *Kommunikation*, pp. 469 y ss.

²⁷ JAKOBS, *Zurechnung*, pp. 61 ss.; MÜSSIG, *Aspekte, passim*; LESCH, *Verbrechensbegriff*, pp. 219 y ss.; PAWLIK, *Verhalten*, pp. 56 y ss.

²⁸ Ello se constata de forma muy evidente en GÜNTHER, KL., *Verantwortlichkeit*, pp. 6 y ss. que fundamenta toda su teoría en el reconocimiento recíproco de pretensiones de validez desde la teoría del lenguaje.

²⁹ Fundamental JAKOBS, *Handlungsbegriff*, pp. 1 y ss. con ulteriores referencias. Aquí debe observarse la influencia de GEHLEN tal y como indica SCHILD, GA 1995, p. 109.

³⁰ JAKOBS, *Zurechnung*, p. 67

vinculada con la comunicación oral, y de la ilusión de la simultaneidad entre participación y comprensión.

No obstante, se abren nuevas posibilidades de observación si, de conformidad con la fenomenología husserliana, se define el sentido como la representación simultánea de lo actual y lo posible (lo potencial)³¹. Y es que, de esta manera, lo indeterminado se convierte en determinable, lo que no está actualizado en actualizable o, expresado de otra forma, se posibilita la inclusión de lo excluido³² - a los efectos que a la teoría de la pena interesa: que la designación de algo como «ilegal» sea una designación «legal» -. El sentido (*Sinn, Meaning*) aparece aquí como un *medio*³³ especialmente adecuado del que puede emerger diversas formas³⁴ - esto es: unidades de distinción -. Más aún, si observar se conceptualiza como trazar una distinción y designar uno de los lados de la distinción (y no el otro)³⁵, entonces resulta que, en el medio del sentido, la indicación de uno de esos lados conlleva la no indicación del otro, lo cual implica un horizonte de posibilidades no actualizadas, pero sí actualizables - sobre ello volveremos más adelante -. Con esta disposición teórica se está en condiciones de observar la relación entre delito y pena de manera diferenciada.

Expresado de manera un tanto abrupta, así se observa que el sistema habla y se contesta a sí mismo (¡!)³⁶. Ello, de nuevo, es consecuencia de la autorreferencialidad de la comunicación de la cual, como indicamos, se deriva la afirmación de que la sociedad es comunicación, sólo comunicación y nada más que comunicación. Hace ya cincuenta años que la, entonces incipiente, cibernética de segundo orden indicara que este tipo de sistemas están «abiertos a la energía pero cerrados a la información»³⁷. El mundo físico sólo provee de la necesaria energía al sistema comunicativo, pero en ningún caso le suministra información. Y ello resulta igualmente válido para la conciencia³⁸. La conciencia - más aún la autoconciencia - no proporciona ningún tipo de información a los sistemas de comunicación - como, por ejemplo, el Derecho penal -. Se trata sólo de su(b)strato - precisamente del

³¹ Vid. el concepto "sentido" en: CORSI / BARALDI / ESPOSITO, *GLU: Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, pp. 170.; asimismo LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 92 y ss.; EL MISMO, *Sinn*, pp. 25 y ss.; EL MISMO, *Self-Reference*, , pp. 80 ss.

³² Vid. LUHMANN, *Phänomenologie, passim*.

³³ "Medio" en el sentido de HEIDER, *Philosophische Zeitschrift für Forschung und Aussprache*, 1926, pp. 109 y ss.

³⁴ Fundamental SPENCER-BROWN, *Laws of Forms*, pp. 1 y ss.; una introducción profusa se puede ver en SIMON, *Unterschiede*, pp. 52 y ss.

³⁵ LUHMANN, *Dekonstruktion*, p. 25.

³⁶ El delito es una comunicación que el sistema jurídico-penal imputa a una persona - a un constructo penal propio - y lo mismo resulta válido para la pena.

³⁷ La famosa frase de ASHBY, *Cybernetics*, , p. 4.

³⁸ Sobre la distinción entre comunicación y conciencia vid. LUHMANN, *Wissenschaft der Gesellschaft*, pp. 11 y ss.; BAECKER, *Unterscheidung*, pp. 217 y ss.

su(b)jeto³⁹ - y, por tanto, sólo energía que es utilizada por el sistema comunicativo⁴⁰ para proseguir con su autopoiesis comunicativa. La comunicación es atribuida precisamente por el propio sistema comunicativo y, en consecuencia, tanto el delito como la pena, si son concebidos como comunicaciones, resultan objeto de imputación.

5. *La estabilidad dinámica del sistema*

Las consideraciones efectuadas hasta el momento han conducido al punto en el que dos imputaciones - la del delito y la de la pena - se encuentran vinculadas entre sí. Si se observa en primer lugar la imputación del delito, resulta de ayuda recordar que el sistema debe comprenderse como una diferencia (y no como una unidad). Partiendo de ahí, puede afirmarse que, antes que anda, puede observarse una diferencia de complejidad. La complejidad del sistema debe ser siempre menor que la complejidad del entorno, lo cual exige que se produzca una reducción de la complejidad por parte del sistema, lo cual, en el caso del sistema jurídico-penal, acontece de la mano del concepto de imputación⁴¹. No obstante, para llevar a cabo la imputación, el sistema precisa de un constructo propio - una dirección - a la que orientar la imputación. Este constructo propio al que se imputan las comunicaciones jurídico-penales es precisamente la persona jurídico-penal⁴². La asombrosa consecuencia que se deriva es la siguiente: la persona nunca comunica, sino que a la persona se le imputa o atribuye una comunicación⁴³. Y es que es esta imputación la que convierte a un sujeto en persona - esto es: la imputabilidad o capacidad de imputación -⁴⁴. Formulado de manera un tanto tradicional, si se observa el sistema jurídico, la persona nunca actúa, sino que a la persona se le imputa una acción.

Como constructo propio del sistema jurídico-penal, la persona viene definida por el propio sistema o, expresado en palabras de la dogmática moderna: la persona se define normativamente⁴⁵. Cuando, en este sentido, se imputa un delito a una persona, se está indicando el lado «injusto» del código jurídico, lo cual significa que

³⁹ Vid. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung VI*, pp. 155 y ss.

⁴⁰ Vid. HUTTER / TEUBNER, *Homo juridicus*, pp. 110 y ss.

⁴¹ Vid. en el mismo sentido GÜNTHER, *Verantwortlichkeit*, pp. 3 y s. Cfr. asimismo HEIDENESCHER, *Zeitschrift für Soziologie*, 1992, pp. 440 y ss.

⁴² Vid. LUHMANN, *Wissenschaft der Gesellschaft*, pp. 33 y s.

⁴³ Vid. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung VI*, p. 37.

⁴⁴ En este sentido se puede leer las palabras de KANT, *Metaphysik der Sitten*, p. IV: «Persona es aquel sujeto al que se le pueden imputar acciones».

⁴⁵ A la vista del aparente dilema entre naturalismo y normativismo (vid. PUPPE, *GA*, 1994, pp. 297 y ss.) debe tenerse en cuenta que lo que el sistema jurídico considera naturalista se determina normativamente. O expresado de otra forma: la distinción normativo / naturalista se aplica sobre sí misma; esto es, una *Re-entry* de la distinción en lo distinguido: ¿es la distinción normativo / naturalista, a su vez, una distinción normativa o naturalista?

se abren nuevos esbozos de mundo futuros como posibilidades de conexión, como opciones actualizables. El sistema jurídico-penal se informa a sí mismo sobre nuevas configuraciones; es decir, se cuestiona a sí mismo. Y es que, en este sentido, debe tenerse en cuenta que se trata del cuestionamiento de todo el sistema jurídico, de tal manera que se simboliza la autoproducción del Derecho mediante la vigencia de las normas⁴⁶. Por tanto, en el Derecho penal debe existir un elemento especial que precisamente simbolice este cuestionamiento de las normas jurídicas, lo que no es otra cosa que la culpabilidad jurídico-penal⁴⁷.

Al igual que ocurre con cualquier comunicación, se abren nuevas posibilidades de vinculación para ulteriores comunicaciones, una de las cuales, en nuestro caso, es precisamente la pena. Con la imposición / imputación de una pena de nuevo se indica un lado del código jurídico; ahora el lado legal del código, lo cual, al mismo tiempo, significa la negación del otro lado; esto es, del lado de lo ilegal. Con esta comunicación autorreferencial – la pena – el sistema jurídico – y con ello, la sociedad – confirma su *configuración actual* y niega, en consecuencia, otras configuraciones alternativas. Confirma su autorreferencia, su autoproducción; expresado de otra manera: confirma su propia vigencia⁴⁸. La pena, en definitiva, constituye uno de los símbolos de vigencia más importantes. Esta actualización de la configuración social implica que la pena no se orienta ni hacia el pasado ni hacia el futuro, sino a la diferencia entre pasado y futuro: se orienta hacia el presente. Con otras palabras: la pena confirma la configuración actual, la configuración presente (ni la pasada ni la futura). Con esta oscilación entre autorreferencia y heterorreferencia (legal / ilegal) el sistema jurídico-penal alcanza su estabilidad dinámica, lo cual implica que confirma su identidad⁴⁹. La sociedad reacciona frente a estas irritaciones a través de su sistema jurídico-penal y, de hecho, lo hace como un sistema inmunológico⁵⁰.

6. ¿Quién no quiere aprender?

⁴⁶ Vid. LUHMANN, *Rechtstheorie*, 1991, pp. 273 y ss.

⁴⁷ Sobre los distintos conceptos de culpabilidad vid. NEUMANN, *Schuldprinzips*, pp. 391 y ss. Como consecuencia de ello debe tenerse en cuenta que la posición aquí sostenida trata de la vigencia de *la* norma, no de la vigencia de *una* norma, por lo que estas reflexiones están referidas a un sistema normativo, no a una sola norma.

⁴⁸ Hay que contar con que la vigencia es un símbolo de unidad del sistema jurídico [vid. LUHMANN, *Recht*, p. 103].

⁴⁹ Vid. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung V*, pp. 14 y ss. Asimismo RILL, *Stabilität*, pp. 102 y ss. En relación con los conceptos de condensación y confirmación de SPENCER BROWN vid. LUHMANN, *Recht*, pp. 214.

⁵⁰ Sobre el derecho como sistema inmunológico vid. LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 509 y ss.; EL MISMO, *Recht*, pp. 565 y ss.

En los últimos tiempos se ha venido otorgando una gran importancia al concepto de la expectativa⁵¹, tanto en la sociología, en general, como en el Derecho, en particular⁵². En este sentido, y de conformidad con una distinción que proviene de GALTUNG, se puede distinguir entre expectativas normativas y cognitivas⁵³. Dicha distinción se basa en la siguiente circunstancia: cuando las expectativas normativas son defraudadas, se puede seguir confiando en ellas; no se tiene por qué aprender. Sin embargo, en el caso de las expectativas cognitivas, si son defraudadas, deben olvidarse y, por tanto, se debe aprender. El verdadero problema - y, paradójicamente, su solución - aparece cuando existen expectativas de expectativas⁵⁴, es decir, con las expectativas reflexivas⁵⁵, y con el problema de la doble contingencia y del aumento de complejidad indefectiblemente anudado a las mismas⁵⁶. Precisamente en este punto, LUHMANN observó el indicio de la autopoiesis social, lo cual constituye una aportación decisiva de este autor. De esta manera se produce un fundamental cambio de paradigma que se caracteriza por el hecho de que el ser humano ya no se encuentra en una posición privilegiada, preeminente y exclusiva en el centro de la cognición: ahora tiene «competencia», la de los sistemas sociales⁵⁷. La sociedad y el Derecho se convierten en sujetos epistémicos, en sistemas capaces de conocer⁵⁸. En este contexto la pena adquiere una nueva dimensión.

En efecto, se acaba de hacer referencia a que, cuando se mantienen las expectativas normativas pese a su defraudación, no se quiere aprender. Pues bien, si sustituimos «se» por «sociedad», entonces resulta que con la imposición de la pena, la sociedad no quiere aprender en la actualidad. Precisamente por la diferenciación del Derecho en la sociedad como sistema inmunológico - esto es, para prestar la función de aseguramiento de expectativas (normativas) -, ésta reacciona de la mano del sistema-función (el Derecho) y no del sistema-función vinculado a las expectativas cognitivas: la ciencia. La pena, en definitiva, confirma el *status quo* de la sociedad y con ello su identidad.

⁵¹ Sobre el concepto de expectativa en Derecho penal vid. por todos el análisis de MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 91 y ss.

⁵² Vid. las referencias en LUHMANN, *Ausdifferenzierung*, pp. 73 y ss.; EL MISMO, *Recht*, pp. 124 y ss.

⁵³ GALTUNG, *Inquiry*, 1959, pp. 213 y ss.

⁵⁴ Vid. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 31 y ss.

⁵⁵ Vid. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 31 y ss.

⁵⁶ Vid. LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 148 y ss. La intersubjetividad no ofrece ninguna solución a la contingencia, sino que sólo contiene una duplicación del problema. Si se observa al sujeto como una "caja negra" y a otro sujeto como otra "caja negra", entonces entre ambas cajas negras se da una "caja blanca" (*white box*): en concreto, el sistema social [vid. GLANVILLE, *Behavioral Science*, 1982, pp. 1 y ss.; BAECKER, *Wozu Systeme?*, p. 96].

⁵⁷ LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 647 y ss.

⁵⁸ Vid. de manera introductoria TEUBNER, *Episteme*, pp. 115 y ss.

En este sentido, y en relación con la función del sistema jurídico-(penal), se pueden abrir nuevas perspectivas gracias a la cibernética de segundo orden, perspectivas que quizás tengan una relevancia significativa para la teoría de la prevención general positiva. El ser humano – así como, por ejemplo, una empresa – son observadas como máquinas no triviales (históricas) ⁵⁹, lo cual implica que se autoconducen. No existe una heteroconducción directa, entre otros motivos, porque no existe un acceso operativo del sistema jurídico al sistema de conciencia o de organización – ni viceversa –. Si el sistema jurídico es un sistema comunicativamente cerrado no puede entonces depender de qué efectos psicologizantes pueda producir en el interior de las cabezas de los seres humanos – o, en lo que hace a la responsabilidad penal empresarial, de las empresas –⁶⁰. Esta circunstancia parece estar relacionada con el hecho de que la comunicación, para ser verdaderamente autopoietica, debe contener en sí misma la posibilidad de su negación. Es por ello que la autopoiesis continúa su curso con independencia de que se produzcan (o no) efectos en el interior de los sistemas psíquicos. La continuación de la comunicación (autopoietica) sólo puede determinarse por la propia comunicación y ello resulta también válido para la función del Derecho penal.

7. ¿Objetivación de la comunicación?

Si se conciben el delito y la pena como comunicaciones adscritas por el Derecho penal se plantea entonces la cuestión de si resulta suficiente con la manifestación contenida en la sentencia de que el Derecho (y la sociedad) no han aprendido de la conducta del autor, esto es, de que se mantienen las estructuras de expectativas normativas – en definitiva: que la norma sigue estando vigente –⁶¹. En este sentido se pregunta el propio JAKOBS, «¿Por qué no resulta suficiente la afirmación de que no debe seguirse su ejemplo?»⁶². En una primera aproximación a la cuestión, se podría contestar que, en efecto, sí que resulta suficiente dicha afirmación: sólo que depende de cómo se comunique la misma. El problema, de acuerdo con las disposiciones teóricas aquí empleadas, reside precisamente en el *cómo* se comunica. De conformidad con la posición de JAKOBS, «así como el hecho configura de modo definitivo el mundo externo de las personas, también la reacción frente al hecho debe suponer una configuración definitiva, lo que significa que debe hacer imposible de modo efectivo que se anude una conducta a éste, convirtiéndose de esta manera en permanente en el mundo externo»⁶³. La pena debe, en definitiva,

⁵⁹ En el sentido de V. FOERSTER, *Wissen*, pp. 233 y ss.

⁶⁰ De acuerdo desde una perspectiva teórico-sistémica, HAUSCHILD, *Prävention*, pp. 135 y ss.

⁶¹ En este sentido MIR PUIG, *Derecho*, p. 138; también SCHÜNEMANN, *ZStW*, 1995, pp. 926 y s.

⁶² JAKOBS, *Straftheorie*, p. 36.

⁶³ JAKOBS, *Teoría de la pena*, pp. 25 y s.; EL MISMO, *Normativización*, p. 52: “es necesario objetivar también la respuesta confirmatoria de la vigencia, y ello a costa del autor, ya que éste debe

objetivar – sc. configurar de manera permanente – el mundo externo de la misma manera en que el hecho la objetivado el mundo. Dicha objetivación, según JAKOBS, acontece mediante la «retirada de medios de interacción»; esto es, como violencia⁶⁴.

Con ayuda del arsenal teórico que se ha venido desarrollando hasta el momento puede observarse esta complicada relación desde otro punto de vista. El recurso al mundo exterior empleado por JAKOBS necesita de alguna precisión. En primer lugar, debe quedar bien claro que la teoría de sistemas no propugna ningún menosprecio del entorno, sino que, más bien al contrario, afirma que sin entorno, el sistema no existe. Si el sistema se concibe como una especie de forma⁶⁵, esto es, como la unidad de una diferencia – de hecho: como la unidad de la diferencia sistema / entorno –, entonces resulta evidente que ambos lados de la distinción son igualmente relevantes para la forma. Sin uno de esos «lados», el otro no puede existir. A este respecto, el entorno no debe ser despreciado, por lo que la solución propuesta por JAKOBS parece, hasta ese punto, correcta. Sin embargo, la importancia que tiene el entorno para el sistema tampoco debe magnificarse; el entorno no contiene información alguna para el sistema. El sistema se informa a sí mismo y el entorno no contiene información alguna: el entorno es como es⁶⁶. Para un sistema comunicativo, la información sólo puede proceder de la comunicación y viceversa: la comunicación sólo puede proceder de la información. La comunicación oral o escrita, así como el estar en prisión, son todas comunicaciones. No es que las primeras sean comunicaciones y la segunda constituya una configuración del mundo exterior; todas ellas son comunicaciones y todas ellas son configuraciones del mundo exterior. Al Derecho penal, no obstante, sólo le interesa el lado comunicativo, el cual se encuentra operativamente clausurado. A partir de esta reformulación del problema, se puede encontrar un principio de solución en la *teoría de los medios de comunicación simbólicamente generalizados*⁶⁷. Así, el primer medio para la comunicación es el lenguaje y precisamente gracias a él se abren posibilidades de comprensión que, paradójicamente, conllevan un aumento de las posibilidades de *negación* de la comunicación. Para aumentar las posibilidades de éxito de la

resarcir a la sociedad por el daño en la vigencia de la norma que ha producido; los costes se imponen al autor privándole de medios de desarrollo”; EL MISMO, *Staatliche Strafe*, pp. 26 y ss.

⁶⁴ Si adoptamos la distinción entre persona material / formal [sobre ello vid. JAKOBS, *Norm*, pp. 98 y ss.], entonces parece que el problema de JAKOBS reside en que esta objetivación no se produce por el ser de la persona (la personalidad material) sino por su condición de individuo (personalidad formal, pero “humanidad” material). El autor se sienta en la cárcel no porque es individuo ([*homo phaenomenon*]). Para la persona material la mera exteriorización sería suficiente. Dudas similares se pueden encontrar en HAUSCHILD, *Prävention*, pp. 140 y s.

⁶⁵ De manera extensa BAECKER, *Wozu Systeme?*, pp. 83 y ss.

⁶⁶ La tesis número 11 de V. FOERSTER, *Wissen*, p. 123.

⁶⁷ Sobre lo que sigue vid. Vid. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung II.*, pp. 170 y ss.; EL MISMO, *Macht*, pp. 4 y ss.; EL MISMO, *Soziale Systeme*, pp. 222 y ss., 338 s.; EL MISMO, *Recht*, pp. 98 y ss.; EL MISMO, *Gesellschaft der Gesellschaft*, pp. 316 y ss., 332 y ss., 359 y ss., 393 y ss.

comunicación, se han desarrollado a lo largo de la evolución de la sociedad distintos medios de comunicación simbólicamente generalizados.

Conjugando estas dos premisas, se puede señalar que mediante el lenguaje se abren posibilidades de comprensión que, gracias a los medios de comunicación simbólicamente generalizados, son conducidas a un aumento de la probabilidad del éxito de la comunicación. Precisamente por ello, dichos medios de comunicación *posibilitan una combinación, altamente improbable, entre selección y motivación*⁶⁸. Ahora bien, *dicha selección y motivación, no tienen que concebirse en el sentido de una aceptación psicologicista*. En efecto, «estos conceptos no indican una serie de estados psíquicos (...), sino *construcciones sociales* que se conjugan con la suposición de los correspondientes estados de la conciencia. Se realizan en la propia comunicación a través de la recursividad»⁶⁹. Por lo tanto, de lo expuesto hasta ahora se deduce que la pena *significa* un incremento de las probabilidades del éxito de la comunicación «las normas son vigentes»⁷⁰ y a esta comunicación deben poder vincularse todas las personas – el autor, la víctima o terceros –. Funge, en consecuencia, como un modelo de orientación. De la mano de la terminología de JAKOBS se podría indicar que la pena, como el delito, interpretarse como una expresión de sentido⁷¹, cuyo sentido radica en confirmar la vigencia de la norma. La clausura operativa del Derecho implica que la pena debe observarse bajo el esquema derecho / deber – presuponiendo, por supuesto, que la imposición de la pena constituya una comunicación autorreferencial del sistema, esto es: una comunicación jurídica – y, por tanto, no bajo esquemas de satisfacción / insatisfacción u otros similares, claramente heterorreferenciales, que tengan que ver con el sufrimiento, el dolor..etc. La pena es el deber de la persona de soportar una grave vulneración de sus derechos: la persona en Derecho sólo entienden de derechos y deberes. Por tanto, la motivación, como *construcción social*, forma parte del «lado comunicativo» del concepto de pena⁷². De esta manera, la pena debe entenderse, desde la perspectiva

⁶⁸ LUHMANN, *Gesellschaft der Gesellschaft*, pp. 320 y s.

⁶⁹ LUHMANN, *Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 321 (sin subrayado en el original).

⁷⁰ Parece coincidir con esta perspectiva BOTTKE, *Assoziationsprävention*, p. 63: “[Las normas] se mantienen contracomunicativamente, en general, frente a constatadas defraudaciones de expectativas, pese a que la probabilidad de una contracomunicación contrafáctica exitosa sea (...) pequeña”.

⁷¹ Esta formulación conlleva la ventaja de poder establecer una vinculación con las teorías expresivas de la pena desarrolladas en Estados Unidos. Vid una exposición general en ADLER, *U.Penn.L.Rev.*, 2000, pp. 1363 y ss.; ANDERSON / PILDES, *U.Penn.L.Rev.*, 2000, pp. 1503 y ss.; ADLER, *U.Penn.L.Rev.*, 2000, pp. 1577 y ss. Sobre la teoría de la pena, fundamental el trabajo de KAHAN, *Mich.L.Rev.*, 1997, pp. 2477 y ss.; EL MISMO, *Harv.L.Rev.*, 1999, pp. 413 y ss.; EL MISMO, *U.Ch.L.Rev.*, 1996, pp. 591 y ss.

⁷² La posición aquí defendida no dista mucho de la sostenida por PEÑARANDA RAMOS, *DOXA*, 2000, pp. 318 y ss.; EL MISMO, *RPDJP*, 2001, pp. 431 y ss. “la función de la pena desde una perspectiva de prevención general positiva, y no (preferentemente) intimidatoria es la de garantizar la vigencia de las normas dispuestas para proteger los bienes jurídicos esenciales mediante la asignación de consecuencias negativas a su infractor como motivo complementario para su cumplimiento”, concepción que se basa en una línea de

interna del sistema jurídico, como una *retribución comunicativa*, que, desde una perspectiva externa a dicho sistema⁷³, aumenta las probabilidades del éxito de la comunicación.

8. El dolor penal: ¿un constructo comunicativo?

Sin embargo, derivada de la cuestión que acaba de referirse respecto de la objetivación de la comunicación parece plantearse una ulterior: ¿qué rol juega entonces el «dolor penal»? De hecho, ha sido el propio JAKOBS el que ha introducido recientemente en su teoría de la pena el infligir dolor como elemento constitutivo de la misma, representando, incluso, una parte importante de la misma. Su pregunta reza: “¿Cómo es que resulta entonces necesaria la imposición de un mal?”⁷⁴. Según JAKOBS el significado y la finalidad se orientan hacia dos conceptos diferentes. Por

pensamiento iniciada por STRAWSON [vid. STRAWSON, *Resentment*, pp. 1 y ss.] y que goza de algunos partidarios ya en la discusión jurídico-penal [tempranamente BURKHARDT, *Charakterschuld*, pp. 118 y ss.; v. HIRSCH, *Castigar*, , pp. 35 y s.; EL MISMO, *Prävention*, pp. 101 ss., 103 y ss.; cfr. la crítica de SCHÜNEMANN, *Generalprävention*, p. 112 considerando que se trata de una repetición innecesaria de la cuestión de la legitimidad]. Sumándose recientemente también a esta línea vid. ALCÁCER GUIRAO, *DOXA*, 2002, pp. 173 y ss. No obstante, lo que diferencia al planteamiento de PEÑARANDA RAMOS de los otros autores y lo acerca hacia el aquí sostenido es que no lleva a cabo una acentuación *moral*, sino una acentuación *comunicativa* de la pena. La diferencia que se plantee, probablemente, con lo aquí consignado es que también la “segunda dimensión” - la motivación - es, en la concepción constructivista, una construcción comunicativa y, por tanto, social, mientras que en la argumentación de PEÑARANDA RAMOS parece mostrarse como una dimensión individual.

⁷³ SOTO NAVARRO ha advertido correctamente esta distinción entre perspectivas interna y externa [vid. SOTO NAVARRO, *Protección*, pp. 50 y ss. (perspectiva interna) y 68 y ss. (perspectiva externa)], intentando efectuar, de nuevo con cierto, una oscilación entre autoobservación (perspectiva interna) y heteroobservación (perspectiva externa) de la cual se deriva un criterio “socio-valorativo” que proporciona como fundamento legitimador las convicciones sociales. Dado que se cuenta con un considerable déficit de la opinión pública en el procedimiento normativo, dicha autora trata, para materializar dichas convicciones sociales, de aproximarse al concepto procedimental de racionalidad propuesto por HABERMAS “según el cual sólo pueden pretender validez aquellas normas jurídicas que puedan alcanzar la aprobación de todos los miembros de la comunidad jurídica, en cuanto partícipes de un proceso comunicativo orientado al consenso” (sin subrayado en el original) [SOTO NAVARRO, *Protección*, p. 146 con referencias]. Sin embargo, todavía sigue sin responderse a la crítica que, en el ámbito de la consistencia de la teoría, presenta el “*quod omnis tangit, omnibus tractari et approbari debet*”: exactamente en el “puedan”, lugar donde se esconde el problema o, expresado de otra manera, se invisibiliza la paradoja [vid. LUHMANN, *Card.L.Rev.*, 1996, p. 891; cfr. no obstante, el intento de réplica de HABERMAS, *Einbeziehung*, pp. 394 y ss.]. Dicho con otras palabras: dicho criterio sólo puede asumirse a costa de pagar el precio de una teoría inconsistente [otra cosa es que a HABERMAS, *Einbeziehung*, p. 398 “el precio de renunciar a una teoría universal (...), ya no [le] parezca un precio”].

⁷⁴ JAKOBS, *Staatliche Strafe*, p. 26; EL MISMO, *Reparación*, p. 343. Vid. asimismo el análisis de CANCIO MELIÁ / FEIJOO SÁNCHEZ, *Prevenir riesgos*, pp. 56 y ss., quienes, no obstante su brillante análisis y de la crítica en p. 60, no parecen terminar de definir el rol del dolor en la ecuación de la pena.

un lado, el *significado* se refiere al lado *normativo* de la pena, mientras que la *finalidad* se vincula al *cognitivo*.⁷⁵ Pese a que dicho planteamiento – al igual que el aquí esbozado – reconoce, en principio, que el dolor es un portador de significado⁷⁶, percibe, además, que el dolor es una suerte de *additio* que juega un papel fundamental a la hora de asegurar la realidad del Derecho⁷⁷ – la idea del Derecho⁷⁸ –. Su rol está referido al aseguramiento cognitivo de expectativas normativas por lo que quien no encuentre ninguna razón normativa para preocuparse de ser fiel al Derecho – es decir: lo mínimo que se exige de una persona en Derecho para poder seguir considerándola como tal – tiene, por lo menos, una razón cognitiva – «la pena duele» -⁷⁹.

No obstante, los presupuestos constructivistas ofrecen, de nuevo otra posibilidad de observación. Ya la primera cuestión debe formularse de otra manera: ¿Por qué la forma de comunicar la pena va aparejada a la idea de imposición de un mal? La respuesta a dicha pregunta debe partir de un supuesto operativo-constructivista evidente que se ha referido anteriormente: el sistema jurídico no tiene acceso al interior de la psique humana. La clausura operativa de la conciencia humana y la clausura operativa de la comunicación conllevan obligatoriamente dicha consecuencia. Sin embargo, es cierto que el concepto de pena va aparejado al concepto de imposición de un mal, del padecimiento de dolor. La vinculación entre ambos probablemente se deba a las razones aducidas por Jakobs de cimentación cognitiva de determinadas expectativas; pero ello gozaba de cierta lógica en sociedades primitivas con niveles ciertamente menores de complejidad social. Con la llegada de la sociedad moderna funcionalmente diferenciada parecen existir razones de peso para creer que ello ya no es así. Aquí, el dolor (psicologicista) *per se* – es decir: los mecanismos internos de la conciencia que transmiten los estímulos del dolor – no juegan un papel por sí mismos. Lo que sí despliega ciertos efectos comunicativos, y desempeña su correspondiente rol, es precisamente la comunicación normativa sobre el dolor. Expresado en pocas palabras: de esta manera el dolor aparece como un constructo normativo que lleva aparejado determinados estados – normativos – de conciencia u organización⁸⁰. En consecuencia, el dolor sólo forma parte del concepto de la pena en la medida en la que la *comunicación sobre el dolor* – no el dolor en sí – sea considerado, normativamente, como relevante; lo cual, por supuesto, va variando con la evolución de la sociedad.

⁷⁵ O expresado de otra manera: “El dolor sirve al aseguramiento cognitivo de la vigencia de la norma; ésa es la finalidad de la pena. La contradicción de la negación de la vigencia por parte del autor constituye su significado” [JAKOBS, *Staatliche Strafe*, p. 29].

⁷⁶ JAKOBS, *Staatliche Strafe*, p. 26.

⁷⁷ JAKOBS, *Staatliche Strafe*, pp. 24 y ss., 27 y ss.

⁷⁸ Vid. JAKOBS, *Zweck*, pp. 262 y s. con expresa referencia a HEGEL.

⁷⁹ JAKOBS, *Staatliche Strafe*, p. 28.

⁸⁰ Para la aplicación de este principio a las personas jurídicas vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad*, pp. 248 y s., 296 y s.

Precisamente por ello se puede aclarar por qué en el desarrollo de la sociedad moderna el dolor físico siempre ha desempeñado un rol cada vez menor. Lo característico del sistema jurídico no reside en el lado cognitivo – sobre ello sólo puede tener suposiciones; eso sí, normativas – sino en el lado comunicativo.⁸¹ Cuando el sistema jurídico-penal intenta asegurar normativamente el lado cognitivo no desarrolla su función; esto es, la función que le permite reproducirse autopoieticamente. El lado cognitivo es un presupuesto, una condición – mejor: la condición de una posibilidad en términos kantianos– de la comunicación normativa, la cual, empero, no puede ser asegurada por el propio sistema jurídico. Si lo intenta, entonces el sistema autopoietico pierde su unidad⁸². Cuando se castiga, no se trata de influir en los procesos cognitivos que el dolor causa en el sistema psíquico del autor, sino sobre su significado comunicativo. *El dolor, por tanto, también es significado y no finalidad*. O expresado de otra forma: el «dolor» como portador de significados pertenecerá al concepto de la pena mientras que contribuya normativamente a la autocomprensión de la sociedad moderna – o mejor: la autocomprensión de su sistema jurídico – aumentando las probabilidades de éxito de la comunicación.

Esta concepción parece explicar, entre otras cuestiones relevantes, la eliminación de las penas corporales en las sociedades avanzadas, siendo dichas penas las que infligen un mayor dolor físico y que, por tanto, deberían ser la base del sistema si el «dolor penal» fuera lo determinante de la pena. En idéntica línea se sitúan las instituciones de la suspensión o sustitución de la pena. En el primer caso, ni siquiera llega a ejecutarse físicamente la pena y en el segundo se sustituye, *ad exemplum*, una pena de prisión por una pena de multa, con la consiguiente reducción del dolor físico penal. Y ello, en fin, por no hablar de la celebración de juicios en ausencia y la imposición de penas en los mismos, así como de la proliferación de la pena de multa en los últimos años. No parece poder entenderse toda esta continua evolución del Derecho penal en la sociedad moderna, si no se conceptualiza en dolor penal – al menos en parte – como constructo comunicativo del sistema jurídico. Formulado de una última manera: aunque la pena de multa y la multa administrativa tienen el mismo efecto en la conciencia de quien la sufre, la pena de multa goza de un significado comunicativo distinto desde el punto de vista normativo.

⁸¹ Como se indicó, el sistema jurídico consiste en el aseguramiento de expectativas normativas y, por tanto en un proceso de reflexión [vid. LUHMANN, *Recht*, pp. 129 y ss.].

⁸² Ello tiene una relevancia extraordinaria para la discusión sobre el Derecho penal del enemigo [sobre el mismo vid. de manera introductoria JAKOBS, *Staatliche Strafe*, pp. 40 y ss.; EL MISMO, *Feindstrafrecht*, pp. 41 y ss.] en el sentido de que la continuación de un Derecho penal del enemigo orientado puramente hacia lo cognitivo conlleva el fin del Derecho penal del ciudadano configurado normativamente [vid. al respecto GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Enemigo*, pp. 977 y ss.; ampliado en EL MISMO, *New Criminal Law Review*, 2008].

Ciertamente, esta concepción de la pena corre el riesgo de ser tildada de excesivamente teórica, o alejada de la realidad. Pero, con independencia de que proporcione, si quiera de manera provisional, una primera respuesta a por qué la pena ha evolucionado hacia parámetros alejados de la imposición de dolor físico a las personas, responde a una evolución paralela en la concepción del delito. En efecto, el delito también se ha concebido tradicionalmente como la causación de un mal, que en sus orígenes resultaba de igual manera vinculado a la causación de un dolor. El hecho de que la evolución respecto del concepto de delito haya conllevado la desvinculación de éste respecto de la causación de un dolor físico, implica que la pena haya experimentado una evolución similar. La concepción del delito como comunicación que lleva aparejada el dolor como constructo comunicativo implica una concepción de la pena igualmente comunicativa que lleva aparejado idéntico constructo. De ahí que la concepción aquí sostenida haya sido denominada como «retribución comunicativa» - sc. retribución del significado del delito en idéntica extensión comunicativa; es decir, incluida la dimensión comunicativa correspondiente al constructo comunicativo del dolor -. En pocas palabras: *tanto delito como pena, desde la perspectiva del sistema jurídico-penal, resultan comunicaciones que llevan aparejadas el dolor como constructo comunicativo.*

9. *¿El peligro de este tipo de observaciones?*

En la discusión actual sobre la prevención general positiva pueden observarse dos direcciones claramente diferenciadas que se deben a una decisión teórica que separa al constructivismo radical del constructivismo operativo aquí sustentado. «Un principio postula que el Derecho penal puede influir las representaciones de los individuos, mientras que para el otro no son los seres humanos y sus actitudes lo que cuentan, sino el mantenimiento del sistema normativo»⁸³. Estas dos perspectivas tan diferentes vienen dadas por «una decisión de origen, más allá de la cual no se puede retroceder»⁸⁴. Dicha decisión teórica tiene que ver con lo que se considere elementos u operaciones del sistema social. Cuando en lugar de seres humanos se considera que la «unidad básica» de los sistemas sociales son las comunicaciones - tal y como se expuso al principio de este texto - entonces emergen la sociedad y el derecho como sistemas sociales autopoieticos. Precisamente es en este aspecto en el que parte de la dogmática penal - y la teoría social - ven el peligro de que «el mantenimiento del sistema comunicativo sea valorado más que la autorrealización de los seres humanos»⁸⁵. La cuestión decisiva, sin embargo, probablemente no sea si uno de los aspectos se valora más que el otro, sino si la

⁸³ Vid. HÖRNLE / VON HIRSCH, GA, 1995, p. 261. Vid. también NEUB, *Strafzweck*, pp. 77 y s.

⁸⁴ KARGL, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1991, p. 127.

⁸⁵ *Ibid.*

observación efectuada resulta cierta. Si en verdad el sistema jurídico se puede observar como un sistema autopoiético, clausurado operativamente y, por tanto, que se autoconduce, entonces deben tenerse muy en cuenta las consecuencias que se derivan de dicho entendimiento y que resultan, en última instancia, valorativamente neutras. El conocimiento que se deriva de este planteamiento ofrecería, entonces, una comprensión más exacta y correcta de la sociedad moderna. Lo que se haga con dicho conocimiento es una cuestión radicalmente distinta.

Desgraciadamente, como ha indicado BAECKER, «los sistemas nunca han tenido buena prensa» y es que, de hecho, parecen favorecer a quienes buscan métodos y formas de controlarlo todo⁸⁶. Sin embargo, la sensación de estar controlado por alguien debería desaparecer cuando se comprende que el sistema no es una máquina trivial, sino una máquina no trivial y por tanto histórica: el sistema se conduce y guía a sí mismo. Cualquier intento de una heteroconducción externa del mismo está condenada al fracaso. Sólo una observación cuidada permitirá descubrir la racionalidad propia del sistema que, en ningún caso, podrá coincidir con la racionalidad de los otros sistemas sociales⁸⁷ puesto que ello implicaría la desaparición del sistema. A la vista de la discusión hoy en día sumamente preocupante en torno a la expansión del Derecho penal⁸⁸ se presenta aquí la oportunidad de realizar una breve consideración. Si el Derecho es, dentro del sistema jurídico, una sistema autoconducido, entonces fracasarán todos los intentos que pretendan implementar controles directos de su expansión. La propuesta adecuada, al menos desde esta perspectiva, sería la de una forma de heterorregulación de la autorregulación⁸⁹. Seguramente sería más fácil considerar que el derecho no es un sistema autopoiético – es decir: considerar que el derecho es una máquina trivial no histórica – pero, por desgracia, los precisos análisis de algunos científicos han mostrado que esta simplificación es, en realidad, inadecuada y contraproducente. Probablemente no ha beneficiado la posición de estos teóricos haber mostrado las paradojas de la sociedad (post)moderna. Como siempre, las paradojas irritan notablemente y la reacción normal – sobre todo en la tradición occidental – ha sido negarlas tildándolas de «círculos viciosos»⁹⁰. Sin embargo, ante

⁸⁶ BAECKER, *Theory, Culture & Society*, 2001, p. 59.

⁸⁷ Vid. TEUBNER, *Cardozo Law Review*, 1996, pp. 901 y ss. Cfr. también EL MISMO, *ARSP*, 1996, pp. 199 y ss.

⁸⁸ Vid. HASSEMER, *ZRP*, 1992, pp. 379 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Expansión, passim*. El problema realmente depende de la conocida "juridificación de las esferas sociales [al respecto vid. TEUBNER, *Verrechtlichung*, pp. 289 y ss.] Parece más acertado abordar el problema de la expansión desde una perspectiva evolutiva [vid. en este sentido MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*., pp. 178 y ss.].

⁸⁹ Vid. TEUBNER, *Legal Instrumentalism*, pp. 299 y ss. Para algunos ejemplos vid. LADEUR, *Die Verwaltung*, 2001, pp. 59 y ss. En España resulta fundamental la monografía de DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación, passim* a cuya exposición nos remitimos.

⁹⁰ SCHÜNEMANN, *Strafrechtsdogmatik*, pp. 13 y ss., 16. critica duramente el normativismo debido a que conduce a un "círculo vicioso". La cibernética de segundo orden ofrece una posibilidad interesante: la tarea consiste "librar al círculo diabólico, al círculo viciosos de

una paradoja, el observador puede o bien quedarse petrificado negándola o proceder de manera morfogenética⁹¹ y desarrollarla: esto es, trazando distinciones. Desde la perspectiva aquí adoptada esta decisión depende mucho de la autocomprensión que tenga la ciencia penal de sí misma⁹². ¿Prefiere la ciencia penal hacer invisible la para(doxa) y permanecer bajo el dogma (doxa) o mostrar la para(doxa) y desarrollar creativamente el dogma (doxa)?⁹³

10. Conclusión

Si de la mano de la cibernética de segundo orden se observan sistemas sociales como la sociedad o el Derecho penal, entonces se abre un paradigma con un potencial explicativo enorme en el cual el delito y la pena se comprenden como comunicaciones acompañadas del «dolor» como constructo comunicativo. Ambas son imputadas por el sistema jurídico-penal, lo cual conlleva que se formen diversas distinciones: una imputación significa un cuestionamiento de la vigencia de la norma y por tanto la apertura de esbozos de mundos posibles, potenciales; sin embargo, la otra imputación (la de la pena) conlleva su negación en el sentido de la confirmación de la identidad normativa de la sociedad – la confirmación de la vigencia de la norma –. Para que exista cierta paridad en el plano comunicativo, ambas comunicaciones llevan implícitas el dolor como constructo comunicativo. La confirmación adopta la forma de la pena, la cual aumenta las posibilidades de éxito de la comunicación referida a la vigencia de la norma; por tanto, constituye uno de los símbolos de vigencia más elementales de la sociedad moderna. En este marco, el dolor penal actúa como constructo comunicativo de lo que ocurre al cometer un delito y al imponer una pena, con independencia de que finalmente acontezca dicho dolor.

11. Bibliografía citada

toda connotación negativa y elevarlo a la posición de *circulus creativus*” indica V. FOERSTER, *Sicht und Einsicht*, p. 66. La respuesta a una paradoja reza: traza una distinción.

⁹¹ Vid. KRIPPENDORFF, *Paradox*, pp. 46 y ss.; LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 480 y ss.; TEUBNER, *American Journal of Comparative Law*, 1997, pp. 155 y s.

⁹² Vid. JAKOBS, *Omisión*, p. 151. Vid. el informe principal, los comentarios y el informe sobre la discusión sobre el tema ESER / HASSEMER / BURKHARDT (ed.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, pp. 21 y ss. Cfr. la reseña de SCHÜNEMANN, *GA*, 2001, pp. 205 y ss. De manera reciente JAKOBS, *Disciplina científica*, pp. 15 y ss.; para la concepción propia de la ciencia del Derecho penal vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Distinciones teóricas*, pp. 17 y ss., 36 y ss.

⁹³ Vid. LUHMANN, *Wissenschaft der Gesellschaft*, pp. 486 y ss.; EL MISMO, *Stenographie*, pp. 58 y ss.; EL MISMO, *Journal of Law & Society*, 1988, pp. 153 y ss.

ADLER, Mathew D., "Expressive Theories of Law: An Skeptical Overview", *U.Penn.L.Rev.* (147), 2000, pp. 1363 y ss.

ADLER, Mathew, "Linguistic Meaning, Nonlinguistic 'Expression', and the Multiple Variants of Expressivism: A Response To Professors Anderson and Pildes", *U.Penn.L.Rev.* (148), 2000, pp. 1577 y ss.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Prevención y garantías: conflicto y síntesis», *DOXA* (25), 2002, pp. 139 y ss.

ANDERSON, Elisabeth / PILDES, Richard, "Expressive Theories of Law: A General Restatement", *U.Penn.L.Rev.* (148), 2000, pp. 1503 y ss.

ASHBY, William Ross, *Introduction to Cybernetics*, London 1956.

BAECKER, Dirk, *Wozu Systeme?*, Berlin 2002.

BAECKER, Dirk, *Organisation als System*, Frankfurt 1999.

BAECKER, Dirk, "Die Unterscheidung zwischen Kommunikation und Bewusstsein", en: KROHN, Wolfgang / KÜPPERS, Günter (eds.), *Emergenz: Die Entstehung von Ordnung, Organisation und Bedeutung*, Frankfurt a.M. 1992, pp. 102 y ss.

BAECKER, Dirk, "Why Systems?", *Theory Culture & Society* (18), 2001, pp. 59 y ss.

BOTTKE, Winfried, *Assoziationsprävention*, Berlin 1995.

BRIER, Soren, "Foreword", *Cybernetics & Human Knowing* (3), 1995.

BURKHARDT, Björn, "Charaktermängel und Charakterschuld", en: LÜDERSEN / SACK (eds.), *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht. Tomo I*. Frankfurt a.M. 1980, pp. 118 y ss.

CANCIO MELIÁ, Manuel / FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar», en JAKOBS, *La pena estatal : Significado y finalidad*, Madrid 2007, pp. 15 y ss.

CORSI / BARALDI / ESPOSITO, *GLU: Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt a.M. 1998.

DARNACULLETA I GARDELLA, M^a Mercè, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Madrid 2005.

DUBBER, Markus, "Rediscovering Hegel's Theory of Crime and Punishment", *Mich.L.Rev.* (92) 1994, pp. 1577 y ss.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*. Montevideo/Buenos Aires 2007.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; «Prevención general positiva: estabilización normativa mediante imposición de males. Una réplica a la teoría de la pena de Günther Jakobs», en CANCIO MELIÁ / FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakbos en la UAM*, Madrid 2008, pp. 145 y ss.

V. FOERSTER, Heinz, *Observing Systems*, Seaside 1981.

V. FOERSTER, Heinz, "Für Niklas Luhmann: Wie rekursiv ist Kommunikation", *Teoria Sociologica* (2), 1993, pp. 61 y ss.

V. FOERSTER, Heinz, *Wissen und Gewissen. Versuch einer Brücke*, Frankfurt a.M. 1993, pp. 112 y ss.

V. FOERSTER, Heinz, "An Niklas Luhmann", en BARDMANN / BAECKER (ed.), *Gibt es eigentlich den Berliner Zoo noch? Erinnerungen an Niklas Luhmann*, Konstanz 1999, pp. 13 y ss.

V. FOERSTER, *Sicht und Einsicht*, Frankfurt a.M. 1999.

FRISCH, Wolfgang, "Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention. Zur Schwierigkeit des Abschieds von Kant und Hegel", en SCHÜNEMANN, Bern / von HIRSCH, Andrew / JAREBORG, Nils (eds.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1998, pp. 125 y ss.

GALTUNG, "Expectations and Interaction Processes", *Inquiry* (2), 1959, pp. 213 y ss.

GLANVILLE, Ranolph, "Insider Every White Box There Are Two Black Boxes Trying To Get Out", *Behavioral Science* (27), 1982, pp. 1 y ss.

GLANVILLE, Ranolph, "An Observing Science", *Foundations of Science* (6), 2001, p. 45 y ss.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid 2005.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Teoría de sistemas y Derecho penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal», en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada 2005, pp. 385 y ss.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos «Distinciones teóricas en la observación del sistema jurídico-penal: breves apuntes sobre la teoría de reflexión del Derecho penal», en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Bogotá 2003, pp. 17 y ss.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo”, en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (eds.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Buenos Aires / Montevideo 2006, pp. 977 y ss.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Enemy Combatants vs. Enemy Criminal Law”, *New Criminal Law Review* 2008 (en prensa).

GÜNTHER, Gotthard, *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik. Band I*, Hamburg 1976.

GÜNTHER, Klaus, “Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft”, en PRITTWITZ, Cornelius / MANOLEDAKIS, Ioannis (eds.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, Rostock 1999, p. 35 y ss.

HABERMAS, Jürgen, *Die Einbeziehung des Anderen*, 2ªed. Frankfurt a. M. 1997.

HASSEMER, Winfried, “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, *ZRP*, 1992, pp. 379 y ss.

HAUSCHILD, Jörn, *Die positive Generalprävention und das Strafverfahren. Eine systemtheoretische Betrachtung*, Frankfurt a.M. 2000.

HEGEL, Georg W. F., *Wissenschaft der Logik. Erstes Buch [1832-1845]*, MOLDENHAUER, Eva / MICHEL, Klaus (eds.), Frankfurt a.M. 1986.

HEIDENESCHER, Martin, “Zurechnung als soziologische Kategorie”, *Zeitschrift für Soziologie* (21), 1992, pp. 440 y ss.

HEIDER, Friedrich, “Ding und Medium”, *Philosophische Zeitschrift für Forschung und Aussprache* (1), 1926, p. 109 y ss.

HÖRNLE, Tatjana / VON HIRSCH, Andrew, "Positive Generalprävention und Tadel", GA, 1995, pp. 261 y ss.

HUTTER, Michael / TEUBNER, Gunther, "Der Gesellschaft fette Beute. Homo juridicus und homo oeconomicus als kommunikationserhaltende Fiktionen", en FUCHS, Peter / GÖBEL, Andreas (eds.), *Der Mensch - das Medium der Gesellschaft?*, Frankfurt 1994, pp. 110 y ss.

v. HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, (trad. Elena Larrauri), Madrid 1998.

v. HIRSCH, Andrew, "Tadel und Prävention: Die Übelszufügung als Element der Strafe", en SCHÜNEMANN, Bern / von HIRSCH, Andrew / JAREBORG, Nils (eds.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1998, pp. 101 ss.

Informe principal, los comentarios y el informe sobre la discusión sobre el tema "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit", en: ESER, Albin / HASSEMER, Winfried / BURKHARDT, Björn (ed.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München 2000, pp. 21 y ss.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlin 1991.

JAKOBS, Günther, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, München 1992.

JAKOBS, Günther, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‚alteuropäische‘ Prinzipiendenken - Oder: Verabschiedung des "alteuropäischem" Strafrechts?", ZStW (107), 1995, pp. 844 y ss. [= *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (trad. Cancio Meliá), Madrid 1996].

JAKOBS, Günther, "Zur gegenwärtigen Straftheorie", en KODALLE, Klaus (ed.), *Strafe muss sein! Muss Strafe sein?*, Würzburg 1998, pp. 39 y ss. [= *Sobre la teoría de la pena* (trad. Cancio Meliá) Bogotá, 1998].

JAKOBS, Günther "Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung", en NEUMANN, Ulfried / SCHULZ, Lorenz (ed.), *Verantwortung in Recht und Moral ARSP* 2000, pp. 59 y ss. [= "Imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma" (trad. Sánchez-Vera/ Gómez-Jara) en: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.), *Teoría de los sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada 2005, pp. 177 y ss.].

JAKOBS, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Berlin 1999.

JAKOBS, Günther, "La omisión: Estado de la cuestión", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed.), *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid 2000, pp. 151 y ss.

JAKOBS, Günther, *Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik*. Manuscrito, 2002.

JAKOBS, Günther, "Der Zweck der Vergeltung. Eine Untersuchung anhand der Straftheorie Hegels", en: KOTSALIS, Leonidas (ed.), *Festschrift für Androulakis*, Atenas 2003, pp. 251 y ss.

JAKOBS, Günther, "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", en: HSU/YU HSIU (ed.), *Foundations and limits of criminal law and criminal procedure*, 2003, pp. 41 y ss. [= "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo" (trad. Cancio Meliá), en: JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Madrid 2004, pp. 21 ss.].

JAKOBS, Günther, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn, 2004 [= *La pena estatal: Significado y finalidad* (trad. Cancio/Feijoo), Madrid 2007].

JAKOBS, Günther, "La pena como reparación del daño" (trad. Cancio Meliá), en *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*, Bogotá 2005, pp. 339 y ss.

JAKOBS, Günther, *El Derecho penal como disciplina científica*, Madrid 2008.

KAHAN, Dan M., "Between Economics and Sociology: The New Path of Deterrence", *Mich.L.Rev.* (95), 1997, pp. 2477 y ss.

KAHAN, Dan M., "The Secret Ambition of Deterrence", *Harv.L.Rev.* (113), 1999, pp. 413 y ss.

KAHAN, Dan M.; "What do Alternative Sanctions Mean", *U.Ch.L.Rev.* (63), 1996, pp. 591 y ss.

KANT, Immanuel, *Einführung in die Metaphysik der Sitten*, Edición de KELLERMANN [1797], Frankfurt a.M. 1916.

KARGL, Walter, "Kommunikation kommuniziert?: Kritik der rechtssoziologischen Autopoiesebegriffs", *Rechtstheorie* (21), 1990, p. 352 y ss.

KARGL, Walter, "Gesellschaft ohne Subjekte oder Subjekte ohne Gesellschaft? Kritik der rechtssoziologischen Autopoiese-Kritik", *Zeitschrift für Rechtssoziologie* (12), 1991, pp. 127 [= "¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad? Una crítica a la crítica contra la concepción sociológica del Derecho como sistema autopoiético" (trad. Feijoo Sánchez), en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada 2005, pp. 41 ss.].

KLUG, Ulfried, "Abschied von Kant und Hegel", en BAUMANN, Jürgen (ed.), *Programm für ein neues StGB*, 1968, pp. 41 y ss.

KRAWIETZ, Werner / WELKER, Michael, *Kritik der Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt a.M. 1993.

KRIPPENDORFF, Klaus, "Eine häretische Kommunikation über Kommunikation über Realität", *Delfin* (13), 1990, pp. 52 y ss.

KRIPPENDORFF, Klaus, "Paradox and Information", en DERVIN, Brenda / VOIGT, Melvin (ed.), *Progress in Communication Sciences* (5), Norwood NJ 1984, pp. 46 y ss.

LADEUR, Karl Heinz, "Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer 'Logik der Netzwerke'. Rechtliche Steuerung und die beschleunigte Selbsttransformation der postmodernen Gesellschaft", en *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates, Die Verwaltung, Beiheft 4* 2001, pp. 59 y ss.

LESCH, Heiko "Zur Einführung in das Strafrecht: Über Sinn und Zweck staatlichen Strafens", *JA*, 1994, pp. 513 y ss.

LESCH, Heiko, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln 1999.

LEYDESDORFF, Loet, "The Possibility of a Mathematical Sociology of Scientific Communication", *Journal of General Philosophy of Science* (27), 1996, pp. 244 y ss.

LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Opladen 1972.

LUHMANN, Niklas, "Wie lassen sich latente Strukturen beobachten?", en WATZLAWICK, Paul / KRIEG, Peter (ed.), *Das Auge des Beobachters – Beiträge zum Konstruktivismus: Festschrift Heinz von Foerster*, München 1991, pp. 61 y ss.

LUHMANN, Niklas, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a.M. 1981.

LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme. Grundriss einer Allgemeinen Theorie*, Frankfurt a.M. 1984.

LUHMANN, Niklas, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1990.

LUHMANN, Niklas, *Essays on Self-Reference*, New York 1990.

LUHMANN, Niklas, "Der Sinn als Grundbegriff der Soziologie", en: LUHMANN, Niklas / HABERMAS, Jürgen (eds.) *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt a.M. 1971, pp. 25 y ss.

LUHMANN, Niklas, *Soziologische Aufklärung II. Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Opladen 1975, pp. 170 y ss.

LUHMANN, Niklas, *Macht*, Stuttgart 1975.

LUHMANN, Niklas, "The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History", *Journal of Law & Society* (15), 1988, pp. 153 y ss.

LUHMANN, Niklas, *Soziologische Aufklärung V. Konstruktivistische Perspektiven*, Opladen 1990.

LUHMANN, Niklas, "Stenographie und Euryalistik", en: GUMBRECHT, Hans / PFEIFFER, Ludwig (ed.), *Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche: Situationen offener Epistemologie*, Frankfurt a.M. 1991, pp. 58 y ss.

LUHMANN, Niklas, "Die Geltung des Rechts", *Rechtstheorie* (22), 1991, pp. 273 y ss.

LUHMANN, Niklas, *Die neuzeitlichen Wissenschaften und die Phänomenologie*, Wien 1995.

LUHMANN, Niklas, "The Concept of Society", *Thesis Eleven* (31), 1992, pp. 29 y ss.

LUHMANN, Niklas, "Antwort auf Heinz von Foerster", en *Teoria Sociologica* (2), 1993, pp. 85 y ss.

LUHMANN, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1993.

LUHMANN, Niklas, *Soziologische Aufklärung VI. Die Soziologie und der Mensch*, Opladen 1995.

LUHMANN, Niklas, "Dekonstruktion als Beobachtung zweiter Ordnung", en BERG, Henk / PRANGEL, Matthias (ed.), *Differenzen. Systemtheorie zwischen Dekonstruktion und Konstruktivismus*, Tübingen 1995, pp. 25 y ss.

LUHMANN, Niklas, "Quod Omnes Tangit: Remarks on Jürgen Habermas's Legal Theory", *Card.L.Rev.* (17), 1996, pp. 891 y ss.

LUHMANN, Niklas, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1999.

MATURANA, Humberto / VARELA, Francisco, *El árbol del conocimiento*, Madrid 1990.

MERTEN, Klaus, *Kommunikation: Eine Begriffs- und Prozessanalyse*, Opladen 1977.

MERTON, Robert K., *Social Theory and Social Structure*, Glencoe 1957.

MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Madrid 1994.

MÜLLER-TUCKFELD, Jean Christian, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurt a.M. 1998.

MÜSSIG, Bernd, "Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht", en ROGALL, Klaus / PUPPE, Ingeborg / STEIN, Ulrich / WOLTER, Jürgen (ed.), *Festschrift für Rudolphi*, Berlin 2004, pp. 165 y ss. [= Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización" (trad. Cancio Meliá), en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granda 2005, pp. 197 y ss.].

MÜSSIG, Bernd, *Schutz abstrakter Rechtsgüter oder abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt a.M. 1994.

NEUß, Frank, *Der Strafzweck der Generalprävention im Verhältnis zur Würde des Menschen*, Aachen 2001.

NEUMANN, Ulfried, "Ontologische, funktionale und sozialetische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips", en LÜDERSEN, Klaus (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Frankfurt a.M., 1998, pp. 391 y ss. [= "La

interpretación ontológica, funcional y ético-social del principio jurídico-penal de culpabilidad”, *RDPCr.* (13), 2004, pp. 135 y ss.].

NONET, Phillip, “Sanction”, *Cumberland Law Review* (25), 1994, p. 489 y ss.

PAWLIK, Michael, “Die Lehre nach der Grundnorm als eine Theorie der Beobachtung zweiter Ordnung”, *Rechtstheorie* (25), 1994, p. 451 y ss.

PAWLIK, Michael, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln 1999.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito”, *DOXA* (23), 2000, pp. 318 y ss.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; “Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal”, *RPDJP* (2), 2001, pp. 431 y ss.

PUPPE, Ingeborg, “Strafrecht als Kommunikation. Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik”, en SAMSON, Erich / DENCKER, Friedrich / FRISCH, Peter / FRISTER, Helmut / REIß, Wolfram (ed.), *Festschrift für Gerald Grünwald*, Baden-Baden 1999, pp. 469 y ss.

PUPPE, Ingeborg, “Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik”, *GA*, 1994, pp. 297 y ss.

RASCH, William, “Preface”, en LUHMANN, *Theories of Distinction: redescribing the descriptions of modernity*, Stanford 2002.

RASCH, William, *Niklas LUHMANN’s Modernity: The Paradoxes of Differentiation*, Stanford 2000.

RILL, Ingo, *Symbolische Stabilität. Dynamik und Stabilität bei Ernst Cassirer und Niklas Luhmann*, Würzburg 1995.

ROTH, Gerhard, *Fühlen, Denken, Handeln: wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, Frankfurt a.M. 2003.

SCHILD, Wolfgang, “Strafrechtsdogmatik als Handlungslehre ohne Handlungsbegriff”, *GA*, 1995, pp. 109 y ss.

SCHUMANN, Karl, *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1989.

SCHÜNEMANN, Bernd, en ZIESCHANG, Frank, "Tagungsbericht. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1995 in Rostock", *ZStW* (107), 1995, pp. 926 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Zur Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Strafrechtstheorie", en SCHÜNEMANN, Bernd / von HIRSCH, Andrew / JAREBORG, Nils (eds.): *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1998, pp. 109 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende", *GA* 2001, pp. 205 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", en: SCHÜNEMANN, Bernd / ACHENBACH, Hans / BOTTKE, Wilfried / HAFFKE, Bernhard / RUDOLPHI, Hans-Joachim (ed.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin 2001, pp. 13 y ss.

SEELMANN, Kurt, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion: Hegel's Strafrechtstheorien*, Freiburg 1995.

SHANNON, Claude / WEAVER, Warren, *The Mathematical Theory of Communication*, Urbana 1963.

SILLER, Peter / KELLER, Bertram (eds.), *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, Baden-Baden 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a, *La expansión del Derecho penal*. 2^a ed., Madrid 2001.

SIMON, Fritz, *Unterschiede, die Unterschiede machen. Klinische Epistemologie: Grundlage einer systemischen Psychiatrie und Psychosomatik*, Frankfurt a.M. 1993.

SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Granada 2003.

SPENCER-BROWN, George, *Laws of Forms*, London 1969.

STRATENWERTH, Günter, *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, Berlin 1995.

STRAWSON, Peter F., *Freedom and Resentment and Other Essays*, London 1974.

TEUBNER, Gunther, "Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege", en KÜBLER, Friedrich (ed.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden 1984, pp. 289 y ss.

TEUBNER, Gunther "After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law", en TEUBNER, Gunther, *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin 1986, pp. 299 y ss.

TEUBNER, Gunther, *Recht als autopoietisches System*, Berlin 1988.

TEUBNER, Gunther. "Die Episteme des Rechts. Zu erkenntnistheoretischen Grundlagen des reflexiven Rechts", en: GRIMM, Dieter (ed.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden 1990.

TEUBNER, Gunther, "De Collisione Discursuum: Communicative Rationalities in Law, Morality and Politics", *Cardozo Law Review* (17), 1996, pp. 901 y ss.

TEUBNER, Gunther, "Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche", *ARSP Beiheft* (65), 1996, pp. 199 y ss.

TEUBNER, Gunther, "Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems", *American Journal of Comparative Law* (45), 1997, pp. 155 y ss.