

17

COLECCIÓN DE
INVESTIGACIONES
EN DERECHO

Justicia, memoria, integración

Debates teóricos y experiencias
en el marco de las instituciones sociales

Adriana María Ruiz Gutiérrez, Adriana Valderrama López
& Alfonso Galindo Hervás (compiladores)



Universidad
Pontificia
Bolivariana

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



Grupo de Investigación sobre Estudios Críticos
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

341.73
R934

Ruiz Gutiérrez, Adriana María, compilador
Justicia, memoria, integración. Debates teóricos y experiencias en el marco de las instituciones sociales / Compiladores Adriana Ruiz Gutiérrez, Adriana Valderrama López y Alfonso Galindo Hervás -- 1 edición -- Medellín: UPB, 2020.
338 páginas: 17 x 24 cm. -- (Colección Investigaciones en Derecho, 17)
ISBN: 978-958-764-817-1 / ISBN: 978-958-764-818-8 (versión web)

1. Conflicto armado -- Colombia -- 2. Integración social -- 3. Inclusión social --
I. Valderrama López, Adriana, compilador -- II. Galindo Hervás, Alfonso, compilador --
III. Título (Serie)

CO-MdUPB / spa / RDA
SCDD 21 / Cutter-Sanborn

© Andrés Felipe Duque Pedroza

© Henry Roberto Solano Vélez

© Jesús-María Silva Sánchez

© Julián Sauquillo González

© Enrique Ujaldón Benítez

© Miguel Cardina

© Beatriz Elena Mejía Restrepo

© Alfonso Galindo Hervás (Autor compilador)

© Adriana María Ruiz Gutiérrez (Compilador)

© Adriana Valderrama López (Compilador)

© Universidad de Murcia

© Editorial Universidad Pontificia Bolivariana

Vigilada Mineducación

© Juan David Villa Gómez

© Ledis Bohórquez Farfán

© Polina Golovátina-Mora

© Raúl Alberto Mora

© Santiago Rodas

© Hernando Blandón-Gómez

Justicia, memoria, integración

Debates teóricos y experiencias en el marco de las instituciones sociales

ISBN: 978-958-764-817-1

ISBN: 978-958-764-818-8 (versión web)

DOI: <http://doi.org/10.18566/978-958-764-818-8>

Primera edición, 2020

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas.

CIDI. Grupo de investigación sobre Estudios Críticos. Proyecto: Modelo actual de reintegración: giros y continuidades del discurso securitario, atendiendo a la prevención del delito mediante la superación de las condiciones de vulnerabilidad de las personas en proceso de reintegración del Grupo territorial Paz y Reconciliación de Medellín" (radicado 108C-05/18-77), suscrito por la Universidad Pontificia Bolivariana, la Universidad de Murcia y la Universidad de Navarra.

Gran Canciller UPB y Arzobispo de Medellín: Mons. Ricardo Tobón Restrepo

Rector General: Pbro. Julio Jairo Ceballos Sepúlveda

Vicerrector Académico: Álvaro Gómez Fernández

Decano Escuela de Derecho y Ciencias Políticas: Jorge Octavio Ramírez Ramírez

Editor: Juan Carlos Rodas Montoya

Coordinación de Producción: Ana Milena Gómez Correa

Diagramación: Geovany Snehider Serna Velásquez

Corrección de Estilo: Santiago Gallego y Juan Pablo Rangel

Fotografías: © Sergio Gómez Z. - www.sergiogomez.rocks

Dirección Editorial:

Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2020

Correo electrónico: editorial@upb.edu.co

www.upb.edu.co

Telefax: (57)(4) 354 4565

A.A. 56006 - Medellín - Colombia

Radicado: 1910-30-09-19

Prohibida la reproducción total o parcial, en cualquier medio o para cualquier propósito, sin la autorización escrita de la Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

F

Funcionalismo sistémico y reintegración social*

Andrés Felipe Duque Pedroza

(Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia)

Henry Roberto Solano Vélez

1. Introducción

Existen muchas formas de explicar la relación entre el derecho penal y la sociedad. Por ejemplo, podría decirse que el derecho penal regula, a manera de prohibición, una particular porción de la facticidad —aquella que afecta de la forma más grave e intolerable la existencia en coexistencia—. También podría afirmarse que un particular contexto social motiva, agrava o atenúa cierto comportamiento desvalorado por el derecho penal. Entre todas las posibles relaciones, este escrito solo se ocupará de aquella que estima que el derecho penal tiene por

* Este escrito es resultado del proyecto de investigación doctoral “Condiciones de posibilidad y límites de validez del funcionalismo penal sistémico en Colombia”, presentado en la Universidad Santo Tomás, y se presenta, además, en el proyecto de investigación “Modelo actual de reintegración: giros y continuidades del discurso securitario, atendiendo a la prevención del delito mediante la superación de las condiciones de vulnerabilidad del Grupo Territorial Paz y Reconciliación de Medellín. Fase II”. Radicado cidi núm. 108C-05/18-77.

función “garantizar la identidad normativa de la sociedad” (Jakobs, 1998b, p. 15). Es decir, en palabras de Jakobs, versará sobre el funcionalismo. Son funcionalistas, en términos generales, aquellas orientaciones de la dogmática que intentan construir las categorías del sistema a partir de los fines del derecho penal (Peñaranda, 2000; Silva, 2012, entre otros). De una forma más concreta, este escrito solo se ocupará de aquel funcionalismo que le sirve de soporte al modelo jakobsiano y que entiende a la sociedad como un sistema autopoiético. En este sentido, la lente a través de la cual se abordará el fenómeno de la reintegración será, propiamente, la del funcionalismo sistémico.

Desde esta perspectiva, puede decirse que es común encontrar en los ordenamientos jurídicos, tal como ocurre con el colombiano, finalidades preventivo-especiales asignadas a la pena, que miran con la resocialización o reintegración del individuo en la sociedad. Ahora bien, así concebida, la reintegración suele ser estudiada como un ideal loable del sistema penal que se quiere alcanzar mediante la imposición y ejecución de la pena, y que, a su vez, legitima el deber ser de un supuesto derecho penal garantista. No obstante, esta premisa puede ser problematizada, además¹, desde la óptica del funcionalismo sistémico, el cual, a nuestro juicio, ofrece una particular forma de entender la finalidad resocializadora de la pena, concepción que escapa de una versión tradicional o estándar.

Se utilizará, para graficar esta problematización, la misma expresión con la que el sociólogo alemán Niklas Luhmann caracterizaba aquellos problemas propios de los estudios sociológicos de la época que dificultaban comprender la sociedad tal como esta es. Así, en las primeras páginas de su obra cumbre, *La sociedad de la sociedad*, Luhmann (2006) explica que existían “obstáculos epistemológicos” que, derivándose de la tradición, impedían un adecuado análisis científico de la sociedad y promovían expectativas imposibles de satisfacer para ella (p. 11).

A nuestro juicio, el entendimiento de la finalidad reintegradora de la pena —desde la concepción tradicional— ha comportado un verdadero obstáculo epistemológico que ha promovido o cargado en ella expectativas imposibles de satisfacer, pues no es extraño afirmar que, aun cuando reiteradamente se asignen finalidades de reintegración al derecho penal, estas difícilmente se materializan. Ha existido, entonces, un fracaso demostrable empíricamente para la finalidad estudiada.

¹ Cfr. Solano (2008, pp. 349-351).

Por ello, en este escrito se demostrará que, a partir del concepto de “persona”, puede entenderse la resocialización desde la óptica funcionalista sin desconocer la pretensión integradora de la pena que parece acoger un modelo funcionalista sistémico. Esta idea, en últimas, supone compatibilizar dos propuestas teóricas que tradicionalmente se han considerado dispares. Para desarrollar este planteamiento, se atenderá al siguiente orden: en primer lugar, se estudiará, brevemente, la concepción estándar o tradicional que funda la reintegración penal, para, en segundo lugar, criticar la misma desde la perspectiva funcionalista que aquí se utiliza. En tercer lugar, y con base en el análisis de las críticas, se propondrá una forma de entendimiento de la reintegración que pueda ser compatible, a modo de supuesto, con la teoría funcionalista sistémica de la pena edificada por Jakobs.

Sea lo último advertir, en esta introducción, que el cometido de este escrito, como puede inferirse de lo dicho, es el de, desde una perspectiva puramente descriptiva, proponer una posible relectura de la prevención especial positiva a la luz del funcionalismo sistémico. Pese a ello, debemos resaltar lo siguiente: en primer lugar, las distintas críticas que, desde una mirada político-criminal garantista, han sido hechas en contra de la construcción de Jakobs (Solano, 2008); y en segundo lugar, las dificultades existentes para la aplicación de la teoría funcional sistémica a “sociedades” como la nuestra, en las que se halla debilitado, por decir lo menos, el tejido social, y en las que, por ende, el derecho es empleado para pretender crear la sociedad y no para estabilizar una sociedad preexistente.

2. La reintegración desde una concepción estándar o tradicional

En un intento por legitimar la existencia del derecho penal se han formulado varias teorías que pretenden asignarle a este uno o varios fines posibles (desde las teorías que justifican la pena en atención a su carácter retributivo hasta aquellas que, con finalidades preventivas, entienden la pena como un medio para evitar de futuros delitos, pasando, por supuesto, por las teorías mixtas, unificadoras o de la unión [Solano, 2008]). Todas tienen en común el hecho de justificar la existencia del derecho penal, aun reconociendo los costos que en su legítima aplicación se generan. Se puede decir, entonces,

que la búsqueda de dicha finalidad ha sido un tema de constante estudio en la ciencia del derecho penal. De los tantos autores y teorías que pretenden hacerle frente a dicha legitimación, hay una que expone que la mejor forma de prevenir delitos sería asignarle a la pena una finalidad especial, dirigida solo a quien ha cometido el acto dañino, consistente en hacerle interiorizar aquellos valores o elementos positivos con los cuales pueda reintegrarse a la sociedad (prevención especial positiva).

En ese sentido, la idea resocializadora de la pena declara a la misma como un bien dirigido a la persona del delincuente. Se asume que el delito cometido ha expulsado a la persona del sistema social, por lo que se le exige a la pena resocializarlo, reintegrarlo o reincorporarlo a aquel modelo social del que se apartó con el delito. Con esto, la evitación de futuros delitos se verificaría con voluntaria autoimposibilidad del reo para la ejecución de algún acto criminal luego de cumplida su pena.

Como ya se dijo en un anterior escrito², según las teorías de la prevención especial positiva (ideologías re), el fin de la pena radica en resocializar a la persona del delincuente, reeducarlo, readaptarlo, reinsertarlo a la sociedad. Así las cosas, estas teorías conciben al delincuente como un ser inferior, en el peor de los casos enfermo, y al Estado como una especie de clínica o institución que puede aliviarlo o, en todo caso, recuperarlo para la sociedad. La pena, por tanto, constituye un bien para quien “la sufre”. Esta afirmación hizo que, incluso, un importante autor, don Pedro Dorado Montero, llamara al derecho penal “el derecho protector de los criminales”.

A pesar de lo precedente, teóricamente, esta finalidad así concebida aparece relacionada con la idea de la humanización del derecho penal y, por ende, de la pena. La humanización supondría, según los defensores de esta teoría, la escogencia de la medida idónea para la ejecución penal y, respecto de la pena privativa de prisión, de un particular “trato” carcelario con el cual la persona se reintegre al tejido social (cfr. Londoño, 1984). Por ello, la corresponsabilidad del Estado en el delito exigiría de él un verdadero compromiso resocializador. Si el individuo se ha aislado de lo social, el Estado debe, con la pena, brindar todos los elementos necesarios para que la ejecución del castigo penal suponga un riguroso proceso para que el delincuente vuelva a integrarse al esquema social impuesto y colectivamente aceptado.

² Solano (2008, p. 349).

En síntesis, estas doctrinas de la prevención especial positiva o de la corrección atribuyen a la pena la función positiva de corregir al reo, de reeducarlo. Se trata, apenas, de una versión de la formulación de Franz V. Litzl en su Programa de Marburgo (1882), en lo que tiene que ver con la corrección del autor *corregible* (Ferrajoli, 2005). “Prevención especial” significaría, sin más, intervención específica en la “persona” del delincuente. Se pone el acento en el hombre concreto, considerando sus particularidades, y no en un ser abstracto e indefinible (Bustos & Hormazábal, 2006). Puede decirse, de lo brevemente expuesto, que en la concepción tradicional la resocialización es la forma según la cual la pena reincorpora al desviado (delincuente) a la sociedad de la cual él mismo se expulsó con su comportamiento, evitando, con ello, la comisión de futuros delitos por su parte.

Esta teoría, en la actualidad, ha venido consagrándose como uno de los fines predilectos de la pena para los legisladores. De esta suerte, en varios ordenamientos³, tal y como ocurre en el colombiano, se afirma que la pena, entre otras finalidades, cumplirá el fin resocializador. Ahora bien, aunque en nuestro ordenamiento jurídico la reintegración o resocialización es el fin primordial de la pena, este no es el único. El artículo 4 del Código Penal establece: “Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado”. A su lado aparecen otras finalidades con carácter retributivo y preventivo. De allí que se diga que, en Colombia, la pena tiene una finalidad mixta con marcado énfasis en la prevención especial positiva.

Por ello, en tanto las legislaciones suelen mezclar fines para la pena, parece que, en muchos casos, las teorías no son incompatibles entre sí. Por lo mismo, el interés con este escrito pasará no solo por la crítica del planteamiento tradicional de la reintegración, sino por una posterior propuesta *descriptiva* donde puedan concurrir, en sus verdaderas condiciones de posibilidad, la prevención integradora y la prevención resocializadora, en el

³ Roxin, en este sentido, afirma respecto al caso alemán: “Objetivos sobre todo de prevención especial se han expresado también reiteradamente en la reforma legislativa de la República Federal desde 1969. Se dice: hay que tomar en consideración las consecuencias que de la pena se pueden esperar para la vida futura del autor en la sociedad. Numerosas innovaciones del sistema de sanciones en la reforma legislativa de Alemania Occidental sirven al fin de resocialización. Bajo el efecto de estas reformas, la jurisprudencia más reciente también ha otorgado más amplitud que antes a la idea de la resocialización” (1997, p.).

marco, todas, de un concepto normativo de sociedad (sin desconocer, por supuesto, las poderosas críticas que pudieren hacerse, particularmente, a la construcción de Jakobs).

3. Crítica a la concepción estándar de la reintegración, desde una perspectiva funcionalista

Someteremos, a continuación, la versión acabada de exponer a dos críticas surgidas desde la lente propia del funcionalismo sistémico.

3.1 Por los límites y las diferencias entre los sistemas sociales y los sistemas psíquicos

La versión tradicional de la reintegración explica que, con la pena, se vuelve a integrar al individuo delincuente a la sociedad. Este planteamiento encierra dos premisas: a) que el individuo es uno dentro de la sociedad y otro fuera de ella. Es decir, que cuando el individuo no delinque es un ser “social” y que con el delito deja de serlo; b) como el delito es un acto potencial a todo individuo que no todos cometen, todos los individuos, por el solo hecho de serlo, son seres sociales y solo algunos (los delincuentes) dejan de serlo hasta ser penados.

Ahora bien, estas premisas pueden criticarse a la luz de la teoría de sistemas. Debe decirse, según esta, que, atendiendo a los límites propios de cada sistema, la sociedad (de donde surge la pena) es inaccesible al sistema psíquico (la conciencia o subjetividad del individuo).

Para entender con rigor lo dicho, es necesario exponer que el sociólogo alemán Niklas Luhmann quiso formular una teoría de la sociedad que diera cuenta del fenómeno social, desprovisto de todo aquello que no le correspondía y que, por tanto, afectaba su debida comprensión. Así, a partir del postulado de la “unidad/diferencia” pudo establecer qué hacía parte de la sociedad y qué no. En palabras de Torres (2006), Luhmann pretendió escribir una “sociología primera” de lo social que delimitara aquel ámbito emergente del mundo que llamamos sociedad, diferenciándolo de otros

muchos ámbitos: el hombre, la naturaleza, los organismos vivos, el cosmos, etc.; o, dicho de otra forma, según Gómez-Jara (2007), Luhmann constituyó el intento más acabado de una teoría social universal que pretendió abarcar todo lo social y nada más que lo social.

Así las cosas, aun cuando hay una evidente relación entre el ser humano, visto como entidad psíquica-corpórea, y la sociedad, vista como comunicaciones, ni el ser humano hace parte de la sociedad ni la sociedad hace parte del sistema psíquico. En este sentido, concluye Luhmann, los sistemas psíquicos observan el derecho (y no lo producen), de otro modo el derecho quedaría encerrado en la profundidad de aquello que Hegel alguna vez expresó: en la oscura interioridad de los pensamientos. Por eso, no es posible considerar a los sistemas psíquicos, a las conciencias o a todo el ser humano como partes o componentes internos del sistema de derecho. La autopoiesis del derecho se puede realizar tan solo mediante operaciones sociales (Luhmann, 2005).

Como veremos en detalle más adelante, solo la persona (normativamente hablando), como titular de expectativas, derechos y deberes, y como centro de imputación, hace parte del entendimiento de la sociedad. Esto es así porque solo la persona *comunica* en términos de *sentido* social. Como la sociedad es, para la teoría de los sistemas, un concepto puramente normativo, aquello que integra a este solo puede ser igual (principio de identidad): sociedad, comunicaciones, sentido y persona son todos conceptos normativos. Es en el concepto de “diferencia” donde se radican los límites entre sistema y entorno o, mejor, entre sistemas.

De esta manera, al decir que la pena es inaccesible al sistema psíquico solo se afirma que la sociedad es diferente al sistema psíquico. Al afirmarse que sociedad y conciencia no son lo mismo, mal podría pensarse que un acto puramente social, como lo es la pena, pueda determinar un sistema independiente a ella, como lo es la conciencia a través de la corrección voluntaria a futuro del comportamiento desviado. Por ello, y retomando consideraciones expuestas en otra ocasión, se reitera: “En realidad, al derecho no le interesa el ser humano de carne y hueso, sino el personaje que, según las normas, él ha de representar; el ser humano en su compleja individualidad es inasible para las formas jurídicas; el derecho lo des-individualiza, transformándolo en personaje, para posibilitar la existencia en coexistencia” (Solano, 2018, p. 56).

Dicho de otra forma:

Solo lo que el individuo comunica hace parte del sistema social y, luego, del significado propio que comunique, depende que haga o no parte del sistema jurídico. La conciencia, como parte del individuo, tendrá su propio sistema, por lo que tampoco hace parte del sistema social. La persona, desde una perspectiva normativa, por el contrario, sí hará parte del sistema, pues sus actos precisamente comunican funcionalmente a este (Duque, 2018, p. 108).

Con mucha razón, Luhmann, saliéndole a un paso a la reiterada crítica que afirma la deshumanización de lo social a la que conduce su teoría, expresa:

Si se tomara al hombre como parte de la sociedad, la teoría de la diferenciación tendría que diseñarse como teoría de la clasificación de los seres humanos. Pero con esto se entraría en oposición evidente con el concepto de derechos humanos, en especial con el de igualdad. Así que no queda otra posibilidad que la de considerar al hombre por entero —en cuerpo y alma— como parte del entorno del sistema social (2006, p. 16).

Sin embargo, certificar que el ser humano y el sistema social se encuentran en sistemas distintos e independientes no significa certificar, consecuentemente, que no puedan irrigarse o acoplarse en algunos puntos⁴. Es decir, solo hay sistema cuando las operaciones que se dan dentro del mismo se producen y autoproducen entre sí. Los límites del sistema vendrán dados, en este planteamiento, por el concepto mismo de autopoiesis o reproducción. Empero, esto no impide que el sistema social pueda acoplarse, al menos parcialmente, con el individuo a través del concepto de “persona”, y que el individuo pueda acoplarse, también parcialmente, con el sistema social a través del concepto de “sentido”.

En efecto, las irrigaciones entre conciencia y comunicación o, en otros términos, entre el sistema psíquico y la sociedad, no solo demarcan los límites autopoieticos entre sistemas, sino que también explican la forma de acoplarse conforme con el sentido propio del sistema. Esto es,

[s]uponiendo que lo social está orientado por un dinamismo de sentido, frente al cual el ser humano se encuentra formando parte del entorno, no

⁴ Sobre las relaciones que desde el funcionalismo luhmanniano se dan entre individuo y persona, puede verse el texto de Arrieta y Duque (2018).

pueden ya —los seres humanos— ser concebidos como una especie de tribuna superior que juzga sobre el destino común. Por lo contrario, los hombres se hacen dependientes de ese dinamismo de sentido en el caso de que deseen establecer contactos sociales (Torres, 2014, p. 33).

En esta línea, es la reproducción o autopoiesis la que explica y justifica la distinción entre conciencia y sociedad y, dentro de esta, del subsistema jurídico. “La conciencia se reproduce sobre la base de pensamientos, que por su parte no constituyen la forma de reproducción del código jurídico. El sistema jurídico en cambio se reproduce sobre la base de comunicaciones normativas que no determinan la conciencia individual” (Kargl, 2007, p. 96). Más aun, podría decirse, como lo señalan Ramírez y Arrieta (2018), no solo que la conciencia no hace parte de la sociedad, sino que, correlativamente, nada hace parte de la conciencia: ni el yo, ni las cosas, ni los condicionamientos sociales.

De ahí que, para el funcionalismo, el delito solo importe en su componente social. Con esto no se quiere desconocer que el delito produce consecuencias negativas en los individuos, sino que, a partir de aquella premisa ya abordada, las únicas consecuencias que le importan al derecho son las funcionales al sistema: aquello que el acto contrario a la expectativa normativa comunica al sistema, desestimando su vigencia y, por ende, desestabilizando la identidad social. Coherente con esto, “[e]l delito no es, en su explicación última, un enfrentamiento entre individuos o grupos a propósito de sus bienes particulares, del tipo que sean, sino un cuestionamiento del orden social, por lo que su comprensión requiere trascender de lo intersubjetivo a lo suprasubjetivo y de lo psicológico a lo ‘sociológico’” (García, 2000, p. 235).

Es pertinente hacer notar que el delito, como comunicación antijurídica, no supone un desvalor moral que precise de reparaciones especiales en el interior del sistema jurídico. No hay, frente a lo que sostienen los partidarios de la prevención general positiva, al menos no en el seno del sistema jurídico, vulneraciones morales que hayan de ser expurgadas enérgicamente para restablecer una “sana” conciencia jurídica (Prieto, 2000, p. 276).

En este contexto surgen gran parte de las críticas que se suelen formular a este esquema, afirmándose que al excluir al individuo de las valoraciones propias del sistema penal se pondrían en grave peligro todas las construcciones limitantes que históricamente se han ganado en este sentido. La *deshumanización*, entonces, es así no porque Jakobs o Luhmann la hayan propuesto en sus teorías, sino porque surge de una particular forma

de observar a la sociedad tal y como es. Al tenor de las críticas, por ejemplo, García Amado expresa:

El enfoque funcionalista del derecho penal inquietará desde su mismo punto de arranque a los bienpensantes que ponen en la base del sistema jurídico la protección de los valores que en cada ser humano se encarnan y de los bienes constitutivos de la posibilidad de realizarse como sujeto portador de una innata dignidad, pues con dicho enfoque el derecho penal (y el derecho todo) deja de estar al servicio del orden de lo materialmente justo y se justifica por su prestación para el mantenimiento del todo social (2000, p. 234).

Metodológicamente, y en pie de las críticas, expresa Jakobs:

Persona es algo distinto de un ser humano, un individuo humano; éste es el resultado de procesos naturales, aquélla un producto social (de lo contrario nunca podría haber habido esclavos, y no podrían existir las personas jurídicas). Este producto es —en el caso de la persona física, que es el que va a ser sometido a análisis— la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y una consciencia; lo mínimo es un cuerpo animado. Por medio del cuerpo —y de otras propiedades—, la persona está “aquí”, la consciencia es necesaria porque la comunicación se halla estructuralmente acoplada a ella. Los árboles o los ríos no comunican, en todo caso, no lo hacen conforme a un entendimiento moderno; por ello, no son destinatarios (dicho con mayor exactitud: hoy ya no son destinatarios) de expectativas normativas (2003, p. 21).

A nuestro juicio, la real deshumanización que existe o el antihumanismo —si se le quiere llamar así— no deben entenderse como un retroceso a pensamientos totalistas que eliminan las garantías adquiridas por un derecho penal ilustrado (garantías con las que, por supuesto, estamos de acuerdo). Dicha deshumanización solo constituye la forma metodológica de observar a la sociedad y el derecho, normativamente hablando. Desde esta misma perspectiva, afirma Feijoo, “[e]sa calificación de antihumanista se debe entender no en un sentido material, sino metodológico, es decir, como método para explicar la sociedad. Esto no quiere decir que el hombre sea valorado como algo menos importante en comparación con la tradición. Quien piense esto no ha comprendido el cambio de paradigma en la teoría de sistemas” (2007, p. 31).

Dichas observaciones o distinciones son las que conducen al entendimiento del delito como comunicación. Comprenderlo así permitirá comprender el porqué de la pena. La pena es la comunicación que le sigue a la comunicación propia del delito. En consecuencia, el quebrantamiento de la norma no tendrá significación para el derecho penal por sus consecuencias externas, pues no puede remediar tales consecuencias cuando ya se han producido ni es necesario tampoco que las mismas se produzcan para que un quebrantamiento normativo tenga lugar. El dato decisivo de la conducta consiste en su capacidad para expresar un determinado sentido: al sujeto que actúa de un modo contrario a la norma mediante una conducta evitable se le imputa la formulación de una máxima de comportamiento incompatible con aquella, que la desautoriza como modelo general de orientación en el contacto social (Peñaranda, Suárez & Cancio, 1999, p. 25).

En estas consideraciones se enmarca lo que Grosso (2006) ha denominado, respecto de la teoría de Luhmann y su posterior aplicación al derecho penal por Jakobs, un verdadero cambio de paradigma. A su juicio, en la modernidad la idea de racionalidad se convierte en la idea dominante y, por ende, la definidora de la totalidad: los seres humanos lo son por su racionalidad y, en consecuencia, cada individuo en sí mismo considerado debe participar de esa humanidad. La teoría de sistemas no acoge la diferencia directriz entre todo y parte, sino, mejor, entre entorno y sistema, y con esto se excluye al individuo de la totalidad.

Si retomamos, entonces, las dos premisas de las que partimos, esto es: a) que cuando el individuo no delinque es un ser “social” y que con el delito deja de serlo, y b) que como el delito es un acto potencial a todo individuo que no todos cometen, todos los individuos, por el solo hecho de serlo, son seres sociales y solo algunos (los delincuentes) dejan de serlo hasta ser penados, diríamos que ambas son erradas en tanto explican algo que no es posible: que los sistemas se mezclen o, lo que es lo mismo, destruyen los límites o las diferencias entre los sistemas.

Para el caso de la reintegración, este planteamiento encerraría un problema, este sí gravemente atentatorio de las garantías del individuo: tratar al individuo como no es y como se quiere que sea (como un ser social) y tratar a la sociedad como no es y como no se quiere que sea (donde no hay ningún tipo de diferencias en sus componentes y, por ende, violatoria del postulado de la igualdad).

3.2 Porque tanto el delito como la pena son comunicaciones sociales

La versión tradicional de la reintegración afirmaría que el delito generó consecuencias por fuera de lo social, como quiera que excluyó al individuo de la sociedad. De igual forma, que la pena se dirigiría al individuo excluido, lográndolo socializar. Desde el funcionalismo, también se podría criticar lo anterior teniendo en cuenta que tanto el delito como la pena son actos sociales. Es decir, la pena no podría resocializar, pero tampoco desocializar, pues el delito no es algo que suceda por fuera de la sociedad.

Como se ha dicho, el funcionalismo penal sistémico echó mano de las construcciones teóricas de Luhmann para encontrar la función que se cree que tiene el derecho penal: garantizar la identidad normativa de la sociedad. Jakobs explica:

El derecho penal tiene la misión de garantizar la identidad de la sociedad. Eso ocurre tomando el hecho punible en su significado, como aporte comunicativo, como expresión de sentido, y respondiendo ante él. Con su hecho, el autor se aferra a la afirmación de que su conducta, esto es, la defraudación de una expectativa normativa, integra la conducta determinante, y que, entonces, la expectativa normativa en cuestión es un accesorio no determinante para la sociedad. Mediante la pena se declara, contra esa afirmación, que ello no es así, que, antes bien, la conducta defraudatoria no integra, ni antes ni ahora, aquella configuración social que hay que tener en cuenta (1998a, p. 33).

El infractor penal lo es, entonces, en tanto comunica con su acto un sentido contrario al impuesto normativamente, producto de la misma comunicación. Esta comunicación se funda en las expectativas previamente existentes. En otras palabras, solo hay comunicación donde se sabe qué esperar.

Cuando el infractor comunica un sentido contrario a la expectativa normativa, crea un mundo en el que, para él, la expectativa subyacente a la norma no existe. Este mundo creado por el infractor, al controvertir lo esperado —aquello que otorga identidad a la sociedad—, constituye un mundo por fuera del sistema al que pertenece. En ese mundo creado, la expectativa deja de tener vigencia, deja de existir. Como las expectativas garantizan la existencia de la sociedad, es decir, que la sociedad siga siendo la misma sociedad, esto es, aquella sociedad en donde se sabe qué esperar, el derecho

debe responder con una nueva comunicación, consistente, esta vez, en reafirmar la vigencia de la norma defraudada con el comportamiento.

Así las cosas, solo le importa a la sociedad y, por ende, al derecho penal, la comunicación. Esta comunicación relaciona competencias entre personas. Al respecto, afirma Jakobs: “Puesto que el Derecho establece una relación entre personas, para la comprensión de lo que podría ser un delito no sólo es decisivo cómo se comporte el obligado, sino también aquello que produce en el titular del derecho, lo producido es siempre una modificación en el ámbito de organización del otro, es decir, una arrogación de organización” (2003, p. 29).

Con esto, afirma el funcionalismo penal sistémico que la función del derecho penal no puede ser la protección de bienes jurídicos, pues se trataría de una función siempre fallida, en tanto el derecho penal actúa, precisamente, cuando la afectación a ellos existe. La función, mejor, radicaría en permitir a la sociedad seguir siendo sociedad y al delito seguir siendo delito, que la comunicación siga produciendo sus efectos en las expectativas de comportamiento, que se sigan esperando comportamientos conformes a derecho aun cuando existan inevitables infracciones a la norma. Sin tal función (haciendo referencia a la garantía de la identidad social), el sentido de las normas penales decae, pues con el fin de la sociedad acabaría también toda posibilidad de que los individuos pudieran organizadamente defender su identidad y, más aún, desaparecería también la posibilidad de que el individuo tuviera una identidad que le permitiera percibir unos intereses que fueran algo más que puros instintos. Es la identidad de la sociedad la que permite la identidad de los sujetos singulares (García, 2000, p. 236).

En estos términos, el funcionalismo pregona una clara dependencia entre el derecho penal y la sociedad normativamente construida. Desde la comunicación, “el derecho penal sólo se define por lo que ofrece al mantenimiento del orden social. Esto es, por su prestación o contribución” (Montealegre & Perdomo, 2006, p. 9).

Esta relación que se anota al funcionalismo penal sistémico es propia de la teoría de sistemas luhmanniana. El derecho es un subsistema del sistema social. El derecho es funcional al sistema social de la misma forma que lo es la política y la economía. En todos los subsistemas, como en el sistema abarcador, solo hay comunicaciones. La comunicación requiere la expectativa y esta permite limitar las infinitas posibilidades de sentido que se podrían generar al interior de la sociedad. Con acierto, puede exponerse que la comunicación reduce la complejidad o la contingencia propia de todos

los sistemas. Pero, como se ha visto, mediante esta operación se generan siempre nuevas comunicaciones. La autopoiesis del sistema social, entendida como la capacidad de producir y autoproducir sus propias operaciones, es producto de la comunicación.

El mismo Luhmann es claro al afirmar:

Cabe hablar, pues, de sistemas sociales siempre que puedan vincularse comunicaciones sociales entre sí y que, en virtud de ello, dichas conexiones, en su conexión, sean delimitables respecto de un entorno que no pertenece a las mismas. Tan pronto como se da comunicación entre personas, surgen sistemas sociales, puesto que con cada comunicación comienza una historia que, mediante selecciones mutuamente referidas, se diferencia dinámicamente realizando sólo algunas posibilidades entre otras muchas (2013, p. 198).

Para ejemplificar lo dicho, supongamos que a la comunicación del delito no le siguiera la comunicación propia de la pena: se permitiría con ello que el delito constituyera otra sociedad, al punto de dejar de ser la sociedad que era antes del delito. Esta sociedad se formaría con un nuevo aprendizaje basado en la infracción. Los asociados esperarían un qué (normativamente hablando) distinto del que esperaban antes.

Esas expectativas de comportamiento, que denominamos normativas, son tales en tanto no permiten un nuevo aprendizaje aun verificada su infracción, y al no posibilitarlo lo que admitan es que se siga esperando lo que se debe esperar, lo que genera con ello orden social.

Es allí, pues, que el derecho penal garantiza una configuración social determinada: que la sociedad se oriente según ciertas expectativas y que estas no le sean impuestas a ella desde afuera. Pero si la sociedad transcurre según reglas que son contradichas por el derecho penal, habrá llegado el tiempo de una separación. Un derecho penal que se dirija en contra del arraigado espíritu de su época no producirá una cohesión con sentido, sino una mezcolanza de afirmaciones individuales inconexas. En un derecho penal de esa índole, la configuración exterior, que en un derecho penal adecuado es solo símbolo en el marco de una comunicación, se convierte en la esencia: se convierte en un ordenamiento coercitivo abstracto externo (al que ya no se le corresponde una sociedad) (Jakobs, 1998c).

Con esto cobra sentido la siguiente paradoja: la comunicación reduce la complejidad del sistema mismo (reduce las posibilidades de escogencia),

pero, a la vez, reproduce el sistema (aumenta la comunicación, pues genera una nueva a partir de un nuevo sentido).

En ese orden de ideas, la comunicación permite en la sociedad lo que es ajeno al individuo por su sola condición: garantizar la coexistencia aun en el anonimato. Esta garantía no se basa en un ideal de consenso entre los individuos que conforman la sociedad, pues de ser así en pocos casos existiría orden. Si los individuos han de sacar alguna ventaja de la convivencia humana, se hacen dependientes más bien de un orden superior con cuyas condiciones pueden elegir los contactos recíprocos y, por esto, son mínimamente dependientes unos de otros. Para los seres humanos este sistema de orden superior es el sistema de comunicación llamado “sociedad” (Torres, 2014, p. 34).

Por lo tanto, con Jakobs (2003) puede afirmarse que la gracia de un sistema normativo está en que se relega el contexto cognitivo —no por completo, pero sí en cierta medida— para poder tratar la configuración del mundo como cometido de las personas. En lugar de la expectativa cognitiva (¿qué hará X?: probablemente no delinquirá), aparece la expectativa normativa institucionalizada (¡X no debe delinquir!) y, cuando esta expectativa es defraudada, no deberá seguirse de ello un nuevo proceso de aprendizaje, a diferencia de lo que sucede en el caso de defraudación de una expectativa cognitiva; se trata de mantener la expectativa e imputar el curso perturbador al responsable.

Podríamos decir, de una forma simple, que hay comunicación cuando alguien (para el caso la persona) elige un contenido (un qué) y una forma (un cómo), y otra persona elige un sentido. Sin embargo, la elección del sentido depende de que el qué y el cómo comuniquen lo que se espera que deben comunicar. De allí que la comunicación no se predique del acto humano (en las conciencias puede existir divergencia), sino, técnicamente, de la persona. Y de allí que se afirme que la comunicación se fundamenta en las expectativas. Con todo, para que haya comunicación no es necesaria la verdad del hecho, ni la credibilidad o sinceridad de los actores, ni la autenticidad de la información. Aunque exista diferencia entre los “seres humanos”, la comunicación funciona. Es más, la comunicación es hija de la divergencia. El disenso le da vida al proceso comunicativo (Ortiz, 2016, p. 105).

De lo hasta aquí dicho puede afirmarse que entre el denominado “sentido” y la “comunicación” existe una clara relación. Ambos son elementos esenciales en una teoría sistémica funcional. Así, el sentido se produce exclusivamente como sentido de las operaciones que lo utilizan; se produce,

por tanto, solo en el momento en que las operaciones lo determinan, ni antes ni después. El sentido es, entonces, un *producto* de las operaciones que lo usan y no una cualidad del mundo debida a una creación, fundación u origen. No hay pues una idealidad separada del vivir y comunicar fácticos. Platón estaba en lo cierto cuando dijo que las ideas se relacionan con la facultad de la memoria; pero la memoria no lleva hacia atrás al verdadero y casi olvidado sentido del ser, a sus formas esenciales, a las ideas. Más bien, la facultad de la memoria construye estructuras de uso solo momentáneo para conservar la selectividad y reducir las posibilidades de enlace. Creer en la existencia de identidades que perduran en el tiempo es una autoilusión de los sistemas que forman sentido, identidades que siempre han existido y que siempre existirán, y, por tanto, con la posibilidad de referirse a ellas como si estuvieran siempre disponibles. Todo orientarse es construcción, es distinción que se reactualiza de momento a momento (Luhmann, 2006, p. 28). El sentido, en esta comprensión, se ve afectado por la comunicación:

En la producción de sentido a través de la comunicación, esta recursividad se logra sobre todo por las palabras del lenguaje, las cuales —aunque son las mismas— pueden utilizarse en muy diversas situaciones. Es decir, para Luhmann, cuando se entiende la comunicación como una unidad compuesta por tres componentes producidos por la misma comunicación (información/darla-a-conocer/entenderla), se excluye la posibilidad de adjudicarle a uno de ellos un primado ontológico (Luhmann, 2006, p. 30).

En términos luhmannianos, el delito comunica al interior del sistema un conflicto: “hablamos de conflicto siempre que un participante en interacciones rechaza adoptar propuestas de selección y comunica este rechazo” (2013c, p. 208). El conflicto, así concebido, sería funcional al sistema social, haría parte del mismo solo porque comunicaría aquello que el individuo por su condición no puede.

Entendido el delito como comunicación, resta ahora solo exponer lo correspondiente a la pena. Esta, por su parte, también es una comunicación social. La teoría preventivo-general positiva de la pena de Jakobs se fundamenta en la necesidad de comunicar el sentido *debido* al acto delictivo, lo que puede, como ya se expresó, garantizar la identidad de la sociedad. La relación entre delito y pena no es, por supuesto, ningún tipo de automatismo causal materialmente determinado, pero tampoco reacción consiguiente a un comportamiento que se estima dañoso para un bien que positivamente se

establece en un plano solo simbólico, donde los comportamientos se miden por el sentido que expresan respecto de las normas, y la aplicación de estas es, simplemente, la reafirmación de su sentido propio (García, 2000, p. 242).

La pena no repara bienes; confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino solo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas (Jakobs, 1998c, p. 11).

Esta prevención general, que se denomina positiva porque no es meramente intimidatoria, se manifiesta en tres aspectos diferentes. Por un lado y, ante todo, la pena sirve para confirmar la confianza en la vigencia de las normas pese a su ocasional infracción. En segundo término, la pena se orienta al ejercicio de fidelidad hacia el derecho, en el sentido antes mencionado⁵. Y, por último, mediante la imposición de la pena se aprende la conexión existente entre la conducta que infringe la norma y la obligación de soportar sus costes (Peñaranda, Suárez & Cancio, 1999, p. 21).

La pena, por tanto, comunica para la persona, no para el individuo. En definitiva, la persona es tal, normativamente hablando, como causa del deber que se impone a su rol. Por lo anterior, el deber y la persona no son proposiciones legitimantes de una sociedad ideal. Surgen, como todo concepto funcionalista, desprovistos no solo de cualquier categoría ontológica, sino, más aún, desprovistos de cualquier legitimación valorativa futura. Por esa razón, expresa Jakobs:

Una organización del mundo con base en el deber ser, es decir, con base en normas, significa que no se espera que el mundo se desarrollará como esté condicionado en cuanto mundo empírico, sino que se desarrollará de una manera determinada por el contenido del deber y, en caso de que ello no suceda, no se tratará de un defecto de quien tiene la expectativa, sino de un defecto de otra persona, precisamente, de la persona a la que compete el desarrollo conforme a deber (2000, p. 341).

⁵ Empero, de acuerdo con Cancio y Feijoo, es posible encontrar una cierta evolución en la postura de Jakobs y diferenciar algunas fases en su pensamiento (Jakobs, 2006); algunos incluso afirman que su construcción constituye, simplemente, un renacer del pensamiento de Hegel, apreciado, este último, con la lupa de la teoría de los sistemas sociales (Montealegre, 2003).

Luhmann lo advierte en estos términos: “La incorporación de expectativas ajenas o de expectativas de expectativas exige una despersonalización del deber, la cual, por su lado, queda como independiente de todo consenso fáctico. El deber es vivido como un precepto anónimo y objetivo, como la expectativa del otro que se presenta como algo debido” (2013b, p. 36).

Por su parte, Polaino afirma:

El deber penal encuentra un fundamento exclusivamente normativo-jurídico, lo cual —por un lado— excluye el eventual origen natural, divino, ontológico o prejurídico de dichos deberes, y —por otro— rechaza de plano la posibilidad de que el deber se constituya de manera unilateralmente individualista o personal, haciéndose depender la existencia de un deber jurídico de la consciencia del sujeto (2004, p. 40).

La pena tiene un significado comunicativo y confirma la vigencia de la norma, al menos en lo que se refiere a su función abierta, puesta en duda por el autor; por consiguiente, el juicio de culpabilidad solo puede ser un juicio acerca de la falta de consideración de la norma por parte del autor, es decir, acerca de su falta de fidelidad al ordenamiento jurídico. En ese sentido, la culpabilidad es un déficit —exteriorizado en un hecho consumado o en la tentativa de un hecho— de fidelidad al ordenamiento jurídico (Jakobs, 2003, p. 23).

En estos términos, queda explicada la relación entre el delito y la pena a partir del concepto de comunicación. Con estos insumos se determinará de qué manera es posible, a partir del funcionalismo penal sistémico, entender la denominada reintegración penal.

4. Hacia un intento por entender la resocialización desde la óptica funcionalista: a través del acoplamiento estructural entre sociedad y conciencia

La crisis de la resocialización y el imposible retorno a la retribución se apuntan como causas que han contribuido decisivamente al auge de la prevención general positiva. El desaliento de los países que en las décadas pre-

cedentes llevaron a la práctica tratamientos resocializadores sin resultados positivos en relación con las tasas de reincidencia, la elevada cifra negra de delitos que pone en tela de juicio el efecto de neutralización del delincuente y la dificultad de conciliar la ideología del tratamiento con las garantías del Estado de Derecho han llevado a la doctrina penalista a buscar el fin de la pena por caminos distintos a la prevención especial (Pérez, 1997, p. 74).

La anterior crítica, fundamentada, entre otras cosas, en la verificación empírica del no cumplimiento del fin resocializador, unida a las críticas ya expresadas a la luz de la lente propia del funcionalismo sistémico, nos lleva a preguntarnos si es posible entender la resocialización desde otro punto de vista y hacerla, además, compatible con una de aquellas tesis, de raigambre normativista, que encuentran eco en la actualidad del derecho penal: la prevención general positiva con bases sociológicas. A nuestro juicio, la respuesta al anterior interrogante es positiva. Para ello y, coherentes con nuestro discurso, nos permitiremos concluir este escrito explicando de qué forma.

Como hemos visto, los sistemas son independientes entre sí. El sistema social es diferente al sistema psíquico, de la misma forma que el subsistema jurídico es diferente, por ejemplo, al subsistema económico. Empero, dicha independencia no obstaculiza la posibilidad de que, entre los sistemas, se produzcan contactos o irrigaciones mutuas. Cuando el entorno irriga al sistema, al punto de comunicarle un particular sentido a cierta operación, afirmamos que el entorno se acopló, estructuralmente, al sistema.

Los acoplamientos estructurales permiten que, por ejemplo, el sistema jurídico tome del sistema político un particular acto de poder penal y lo haga propio: a esto lo denominamos “política criminal”. La sociedad y la conciencia pueden acoplarse de dos modos, generando particulares comunicaciones: (i) los alcances del acoplamiento estructural entre conciencia y sociedad se dan a través del lenguaje. Este acoplamiento genera el *sentido* en la comunicación que ya, brevemente, fue expuesto. Digamos, simplemente, en este punto, que la conciencia irriga las comunicaciones del sistema penal. (ii) Los alcances del acoplamiento estructural entre sociedad y conciencia se dan a través del concepto de “persona”. Cuando la conciencia opera conforme a las expectativas socialmente surgidas en atención a roles, afirmamos que se obra como persona.

Es a partir del segundo de los acoplamientos mencionados como puede entenderse el concepto de “resocialización” que se propone. Cuando la persona, con su acto, comunica un sentido diferente al sentido normativo contrafácticamente estabilizado, no solo comunica que la norma para ella

no existe, sino que, de igual forma, comunica al sistema dudas sobre su condición de persona. Es decir, como el delito puso en entredicho la identidad normativa de la sociedad, de la misma forma puso en entredicho la condición de persona del delincuente. La pena que se aplique a él, en el fondo, no solo reafirmaría la vigencia de la norma, sino, también, la condición de persona. En la reafirmación de la condición de persona, como finalidad indirecta de la pena, se encuentra la reintegración.

Recordemos que, para Jakobs, con la pena se previene algo, pero no un delito futuro cualquiera, sino que los delitos no dejen de concebirse como delitos (1998b, p. 16). Así entendida, la reintegración es una consecuencia necesaria pero accesoria a la finalidad preventiva general que otorga identidad normativa al sistema social. Sin embargo, no en todos los casos se dará esta reintegración, pues, acorde con el funcionalismo sistémico, cuando se trate del enemigo, la pena no comunicará el reforzamiento de la norma y, por ende, tampoco reafirmará el concepto de persona. Recordemos lo siguiente: “que todos deban ser tratados como personas, *per se*, no deja de ser un mero postulado, un modelo para una sociedad; pero aún no se trata de una sociedad que realmente acontezca” (Jakobs, 2007a, p. 101). Esto es, dependiendo del atributo normativo de persona o de enemigo, la pena cumplirá funciones: “en el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro” (Jakobs & Cancio, 2003, p. 55).

Esto que se viene diciendo puede ser así interpretado a la luz del mismo Jakobs, quien reconoce que

[s]olo podrá mantenerse la norma como esquema de orientación a través de la pena si aquellos que se orientan en el papel de autor, teniendo en cuenta la pena, se abstienen, por miedo o convicción, de cometer el hecho, y si en los sujetos que se orientan en el papel de víctimas existe la representación de que la pena apartará a alguno de cometer el hecho. En esta medida, parece que la prevención general positiva al menos también implica la intimidación de autores potenciales, es decir, prevención general negativa, solo que no se halla de ella directamente, sino de su efecto de producir fidelidad a la norma (2007b, p. 44).

La misma interpretación podría surgir del siguiente planteamiento:

En cuanto a los argumentos que se han vertido contra el pensamiento de la prevención general positiva en Jakobs, resulta especialmente injustificado

el relativo al supuesto desplazamiento que en él habría experimentado el fin de la resocialización del delincuente, ya que expresamente sostiene que la prevención especial puede constituir también en el marco de un modelo orientado primariamente a la prevención general positiva y el único punto de vista conforme al cual se puede configurar el deber de soportar los costes que pesa sobre el autor de un modo que resulte razonable también para él (Peñaranda, Suárez & Cancio, 1999, p. 41).

En este punto, Jakobs afirma expresamente: la influencia sobre el autor debe realizarse de modo que se le impida por la coerción física cometer otros hechos o que se le impulse a no cometerlos por su propia voluntad. Por tanto, las dudas que se formulan al planteamiento preventivo especial no son oportunas mientras que en el tratamiento que se le aplique al autor surja tanto padecimiento que se marque de ese modo al autor como titular de los costes de la infracción ocurrida. La circunstancia de que al autor se le atribuya algo y se reaccione contra él lo señala como causa del conflicto, lo que reafirma así la norma (Jakobs, 1997).

Ahora bien, Jakobs señala abiertamente que para obtener finalidades preventivas especiales, la imposición de una pena no es el procedimiento más adecuado, sino la prestación de medidas asistenciales (Peñaranda, Suárez & Cancio, 1999); esto no quiere decir, por supuesto, que no se pueda alcanzar dicha finalidad con su propuesta teórica. Para la búsqueda de equivalentes funcionales a la pena que, de igual forma, logren comunicar socialmente y, eventualmente, prevenir, pueden verse recientes publicaciones del profesor Silva (2017, 2018).

Podemos finalizar, como ya lo hicieron reconocidos autores, expresando que “el pensamiento de la prevención especial, en su vertiente de resocialización, está pues plenamente integrado en la concepción de Jakobs” (Peñaranda, Suárez & Cancio, 1999, p. 42).

Se concluye, a partir del discurso funcionalista abordado, con el deseo de demostrar cómo sería posible la reintegración despojada de ideales que, aun cuando loables para algunos, son de imposible cumplimiento. Estos últimos solo son obstáculos epistemológicos que impiden comprender la reintegración de la forma en que realmente puede ser, según la teoría aquí explicada, en la sociedad.

Referencias bibliográficas

- Arrieta, E., & Duque, A. (2018). Una crítica a la crítica en contra del funcionalismo penal sistémico. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 13-47.
- Bustos, J. & Hormazábal, H. (2006). *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta.
- Duque, A. (2018). Apuntes sobre la normativización del Derecho penal económico. En: A. Duque & R. Molina, *Temas de Derecho penal económico y patrimonial* (pp. 101-128). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Feijoo, B. (2007). *Normativización del derecho penal y realidad social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2005). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- García, J. (2000). ¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. *DOXA*, (23), pp. 233-264.
- Gómez-Jara, C. (2007). *Culpabilidad y pena en una teoría constructivista del derecho penal*. Perú: Ara.
- Grosso, M. (2006). *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*. Bogotá: Ibañez.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Marcial Pons.
- ___ (1998a). Imputación jurídicopenal. Desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma. En: G. Jakobs & E. Struensee, *Problemas capitales del derecho penal moderno* (pp. 55-80). Buenos Aires: Hammurabi.
- ___ (1998b). *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ___ (1998c). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid: Civitas.
- ___ (2000). Sobre la génesis de la obligación jurídica. *DOXA*, (23), pp. 323-348.
- ___ (2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas.
- ___ (2006). *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Civitas.
- ___ (2007a). ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. En: E. Montealegre, *Derecho penal y sociedad* (Tomo II, pp. 97-118). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ___ (2007b). La pena estatal: significado y finalidad. En: E. Montealegre, *Derecho penal y sociedad* (Tomo I, pp. 13-62). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. & Cancio, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas.

- Kargl, W. (2007). ¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad? Una crítica a la crítica contra la concepción sociológica del derecho como sistema autopoiético. En: C. Gómez-Jara, *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación* (pp. 69-97). Lima: Ara.
- Londoño, H. (1984). La prevención especial en la teoría de la pena. En: J. Valencia, *Estudios penales. Homenaje al profesor Luis Carlos Pérez* (pp. 253-294). Bogotá: Temis.
- Luhmann, N. (2005). *El derecho de la sociedad*. México: Herder.
- ____ (2006). *La sociedad de la sociedad*. México: Herder.
- ____ (2013). *Interacción, organización, sociedad. Aplicaciones de la teoría de sistemas*. En: N. Luhmann, *Luhmann, Niklas* (pp. 197-214). Madrid: Trotta.
- Montealegre, E. (2003). Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. En: E. Montealegre, *El funcionalismo en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Montealegre, E. & Perdomo, J. (2006). *Funcionalismo y normativismo penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ortiz, A. (2016). *Niklas Luhmann. Nueva teoría general de sistemas*. Bogotá: Klasse.
- Peñaranda, E. (2000). Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. *DOXA*, (23), pp. 289-322.
- Peñaranda, E.; Suárez, C. & Cancio, M. (1999). *Un nuevo sistema del derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günter Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pérez, M. (1997). Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena. En: J. Silva, *Política criminal y nuevo derecho penal* (pp. 73-88). Barcelona: Bosch.
- Polaino, M. (2004). *Naturaleza del deber y función ético-social del derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ramírez, C. & Arrieta, E. (2018). La despersonalización de la conciencia como presupuesto de la libertad: una aproximación desde la fenomenología existencial de Jean-Paul Sartre. *Eidos*, (29), pp. 175-200.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte general* (Vol. I). Madrid: Civitas.
- Silva, J. (2012). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Montevideo, Buenos Aires: BdeF.
- ____ (2017). Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 47(127), pp. 495-510.
- ____ (2018). *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. España: Atelier.

- Solano, H. (2008). Nociones introductorias a un curso de derecho penal - Parte general. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 38(109), pp. 323-362.
- ____ (2018). La “estafa” en los negocios jurídicos con objeto ilícito. En: A. Duque & R. Molina, *Temas de Derecho penal económico y patrimonial* (pp. 13-62). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Torres, J. (2006). La sociología de Luhmann como “sociología primera”. *Iberóforum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, I(1), pp. 1-5.
- ____ (2014). Distinciones sorprendentes en Luhmann. En: A. Martínez, *Aportaciones de Niklas Luhmann a la comprensión de la sociedad moderna* (pp. 31-44). Barranquilla: Universidad del Norte.