

# FUNDAMENTOS DEL FUNCIONALISMO DE GÜNTER JACOBS Dogmática y Derecho en LUHMANN

María Luz Castany \*

## ÍNDICE SUMARIO

### I- INTRODUCCIÓN

A) Planteo del problema

### II- MARCO TEÓRICO

### III- LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO Y LA EXPECTATIVA CREADA EN BASE AL COMPORTAMIENTO CONFORME A ROLES

A) Problemática que presenta la asignación del contenido de tales roles.

B) Las particularidades que presentaría el ejercicio del control social en una sociedad que se comporte fielmente al modelo delineado por Luhmann

### IV- CÓMO COMPATIBILIZAR LA FUNCIÓN DE LA DOGMÁTICA EN UN SISTEMA ORIENTADO HACIA EL OUTPUT

### V- PROBLEMÁTICAS TEÓRICAS Y METODOLÓGICAS QUE PLANTEA UNA VISIÓN FUNCIONALISTA

A) Los distintos niveles de funciones en la búsqueda de previsibilidad y seguridad jurídica

B) La función negativa que detentan los establecimientos carcelarios.

---

\* Abogada egresada de la Universidad Nacional de Buenos Aires con diploma de honor (UBA); Especialista en Administración de Justicia del Posgrado en la materia que dicta la Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA); Actualmente preparando una tesis para el título de Maestría en Administración de Justicia que dicta la Universidad Nacional de La Matanza; Docente de la Universidad Nacional de Buenos Aires en la materia de Elementos de Derecho Penal, de la cátedra del Dr. Esteban Righi. E-mail: luzcastany@yahoo.com.ar o luzcastany@fullzero.com.ar

C) ¿El Funcionalismo como modelo descriptivo o normativo?. El acotamiento de su objeto de estudio a través de una suerte de sociología “pura” del derecho.

## I- INTRODUCCIÓN

### a) Los fundamentos sociológicos y filosóficos del funcionalismo en la visión de Günter Jacobs

En la línea evolutiva del método dogmático, una de las corrientes más significativas y novedosas de los últimos años, a la que el ámbito académico le ha dedicado especial atención, es aquella derivada del finalismo ortodoxo de Welzel y, del posterior subjetivismo de Armin Kauffmann; a la que se ha denominado como “*funcionalismo sistémico sociológico*”.<sup>1</sup>

Sus dos exponentes más representativos son Claus Roxin (1966-1990) cuyo aporte a la dogmática se encuentra fuertemente imbuido del funcionalismo sociológico de Parsons y; Günter Jacobs (1983) quien recibe una confesa influencia sociológica en los fundamentos de su obra, de parte de Niklas Luhmann.

Dado que el rico aporte teórico del controvertido Jacobs merece un especial interés, por las polémicas que suscita y por su plena actualidad, el objeto de la presente ponencia se endereza a indagar respecto de los fundamentos sociológicos y filosóficos que recibe de Niklas Luhmann. Toda vez que amen de las disquisiciones metodológicas que puedan discutirse sobre aspectos concretos que atañen a la resolución de casos de acuerdo con su visión metodológica de la teoría del delito; el poder de análisis acerca de los elogios o críticas que merece su obra, alcanza una mayor profundidad y una visión más integral, cuando se comienza desde los fundamentos que la erigen.

Así, un problema central en la obra de Luhmann, cuya preocupación se refleja también en los aportes dogmáticos de Jacobs a la Teoría de la Imputación Objetiva<sup>ii</sup> y, en el especial hincapié que formula en la idea de previsibilidad<sup>iii</sup>, es aquel que se vincula con la disyuntiva que se les presenta a los jueces entre la aplicación estricta de las premisas dogmáticas o la evaluación de las consecuencias de las decisiones que se tomen dentro del sistema jurídico, pero que repercutirán fuera de él.

Se sostiene que el Derecho tienen un carácter ambivalente<sup>iv</sup>, por un lado reviste la naturaleza de una ciencia, ya que amen de que como señala Carrió<sup>v</sup> su lenguaje abierto no permitiría equipararlo a las características de las ciencias exactas; lo cierto es que a través del tiempo ha existido una evolución en sus elaboraciones teóricas, definiciones, estudios sobre su estructura formal; e incluso su utilización en base a estas elaboraciones como un medio de poder para el reconocimiento político de determinados valores, tales como en el campo de los Derechos Humanos o de las conquistas laborales en el plano social.

Ahora bien, la otra faceta que reviste el Derecho está dada por su carácter pragmático. Al juez, diariamente, en el ejercicio de su función se le presentan “conflictos humanos” que debe resolver a través de la aplicación del derecho.

En el juego de esta naturaleza ambivalente, surge la necesidad de procurar un equilibrio armónico; y aquí cobra protagonismo la función de la dogmática, que en sus orígenes ha sido pensada como una herramienta conceptual para compatibilizar la visión de Derecho como un saber, con su función práctica orientada a la resolución de conflictos.

Sin embargo, el problema está en que en el ejercicio del Derecho a veces no resulta tan sencillo compatibilizar su contenido de saber con su función pragmática. Cuando los juristas se empeñan en despojar al derecho de cualquier contenido extra jurídico para aplicar como una regla en abstracto las premisas que proporciona la dogmática, se corre el peligro de que el juez se aleje de la realidad y de la sociedad de la cual forma parte<sup>vi</sup>. Como correlato, cuando los jueces en el afán de ponderar determinadas consecuencias de sus fallos que meritúan como disvaliosas, se guían exclusivamente por sus apreciaciones personales, el sistema jurídico pierde previsibilidad tanto para el conjunto de los ciudadanos, como para los demás sujetos del sistema (abogados, fiscales, defensores). E incluso, si esta práctica se realiza abusivamente con desconocimiento de las leyes, puede plantearse una ingerencia sobredimensionada del Poder Judicial con relación a los demás poderes del Estado.

## II- MARCO TEÓRICO

El marco teórico escogido para el tratamiento de esta problemática, es sustancialmente el texto de Niklas Luhmann, “Sistema Jurídico y Dogmática jurídica”<sup>vii</sup>, quien desde su perspectiva funcionalista de la sociedad y del derecho, ha tratado muy lúcidamente las relaciones entre la aplicación de la dogmática y la ponderación de las consecuencias de los fallos por parte de los jueces.

Previo a todo examen, Luhmann realiza una aclaración con relación a la dogmática, la cual no constituye el sistema jurídico en sí mismo, sino que lo “gobierna”. Por otro parte, su análisis sociológico del derecho se va a centrar en las funciones sociales que desempeña, esto es, en la generalización y estabilización de “expectativas” de conducta humana, que posibilita a través del establecimiento de determinadas reglas.

Para ejemplificar, en una sociedad determinada todos los integrantes del sistema se comportan de acuerdo a roles previamente asignados. Existe una expectativa de que el médico se conduzca diligentemente y arbitre los medios necesarios para asistir a quien adolece de alguna enfermedad o requiere de algún cuidado o tratamiento. Como correlato, cuando este mismo médico viaja en un transporte público, tendrá expectativas de que el conductor que maneje respete las normas de tránsito y conduzca precavidamente. De modo que, rige un principio de confianza, del cual se desprende que todo ciudadano que forme parte de una sociedad deberá comportarse y ajustarse a los presupuestos que exigen el rol que desempeña; pero a su vez, tendrá una legítima expectativa, de que los demás también se comporten de acuerdo al rol que les ha sido asignado.

Esta misma idea es la que inspira a la Teoría de la Prevención General Positiva delineada por Jacobs en los fundamentos de su obra cuando sostiene “...Así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan en la medida de que puedan encontrar regularidades, del mismo modo en los contactos sociales sólo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de la otra persona (...) si se decepciona esa expectativa para el lesionado surge un conflicto frente al que se debe reaccionar...”<sup>viii</sup>

De este primer esbozo de la mirada funcionalista de Luhmann, cabe hacer ciertas consideraciones que serán posteriormente desarrolladas: una relativa a la problemática que presenta la asignación del contenido de tales roles; y la otra, a su relación con la forma en la que se ejercería el control social en una sociedad que se ajustara fielmente al modelo descripto (III).

Por otro lado, otra particularidad de la visión de Luhmann, es que a diferencia de Parsons, construye su obra teórica a partir de un concepto de sistema abierto, que por tal, se encuentra en constante fluctuación con el medio ambiente.

De manera consecuente con la noción de “expectativa” en el comportamiento social, en procura de lograr la “previsibilidad” de las reacciones del sistema, al tratarse de un sistema abierto y por tal dinámico, ante la creciente complejidad de la sociedad, para lograr una estabilidad y por ende la previsibilidad deseada, el sistema debe reaccionar a través de métodos de reducción y simplificación que lo equilibren<sup>x</sup>.

Cuando los sistemas abiertos están orientados en la frontera del input, el acento está puesto en el pasado, en la recepción y elaboración de la información con relativa indiferencia a sus consecuencias. En cambio, cuando el sistema está en la frontera del output, lo relevante será tener en miras el futuro, y evaluar cómo van a repercutir las consecuencias de las decisiones del sistema dentro del contorno social.

Un sistema por autonomasia que se encuentra dentro de la frontera del input, es la construcción teórica que proporciona la teoría del delito. Definida como un instrumento conceptual a través del cual se busca la aplicación racional de la ley penal a un caso concreto<sup>x</sup>, sirve, no sólo como una metodología para facilitar el aprendizaje de esta rama del Derecho, sino también como un medio para aspirar a una jurisprudencia objetiva, racional, igualitaria; esto es, evitar criterios subjetivos, intuiciones, emociones por parte de quienes detentan la función jurisdiccional.

Para lograr su cometido, se erige en una plataforma conceptual que se sustenta en la clasificación y delimitación del contenido de los presupuestos que habilitan la configuración de un delito; también se vale de un método, a través del cual se debe seguir un determinado orden previamente estratificado; y de dos técnicas, la subsunción y la argumentación.

Cuando el sistema se orienta en esta frontera, predomina el nivel de abstracción; lo que cuenta es la elaboración de información en base a la construcción de un caso sostenido sobre situaciones pasadas. El seguimiento de las premisas de la teoría del delito, y la correcta formulación del caso a dilucidar, proporcionará las mismas respuestas igualitarias y previsibles, a todos los casos similares que eventualmente se presenten en el sistema. Se trata de una función conservadora del Derecho.

Por el contrario, cuando se permite la ingerencia del pensamiento realista o la jurisprudencia de corte sociológico, y se ponderan las consecuencias sociales, políticas, económicas, culturales o mediáticas de las decisiones del sistema. Éste se coloca en la frontera del output, y centra su foco en el futuro, o en términos de Bobbio en la función innovadora del Derecho.

Ahora bien, trayendo a colación lo expuesto con la búsqueda de equilibrio del sistema abierto, resulta que cuando el sistema está ubicado en la frontera del input, al haber un mayor nivel de abstracción y simplificación, es posible reducir los contenidos que ingresan al sistema, y por ende, se logra una mayor estabilización. Por el contrario, un sistema en la frontera del output, lógicamente resulta de mayor complejidad, lo cual dificulta la reducción de información que ingrese, y por consiguiente, provoca desequilibrio y desorden.

De lo expuesto, se impone dilucidar tal y como cuestiona Luhmann si es posible compatibilizar la función de la dogmática dentro de un sistema orientado hacia el output (IV).

Por último, tomando también como marco teórico complementario al texto de Luhmann, los postulados del análisis funcional a los que hace mención Robert K. Merton<sup>xi</sup> y los agudos matices a la perspectiva funcionalista que señala Norberto Bobbio<sup>xii</sup>, cabe analizar los distintos niveles en los que se suscitan las funciones dentro de un sistema con relación la búsqueda de previsibilidad como un fin; cómo repercute en el esquema de Luhman la función negativa que detentan los establecimientos carcelarios; y finalmente, desde una perspectiva de la sociología del derecho, cuáles son las deficiencias metodológicas que el modelo social de Luhmann presenta (V).

### III- LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO Y LA EXPECTATIVA CREADA EN BASE AL COMPORTAMIENTO CONFORME A ROLES

#### A) Problemática que presenta la asignación del contenido de tales roles.

Sin duda delimitar y definir con criterios de especificidad cuál es el rol que le asiste a cada ciudadano en virtud la función que desempeña; fijar cuál debe ser el contenido de tal función, cómo debe realizarse con criterios de eficiencia, cuáles son los límites y prohibiciones, etc, en principio, es un postulado muy atractivo, dado que posibilita la eficiencia y la confianza en el sistema. Aun más, en muchos casos, resulta de vital necesidad para regular el comportamiento de todos sus miembros según las particularidades de la actividad de la que se trate, tal y como lo reflejan por ejemplo los diversos estatutos o reglamentos que normativizan el ejercicio de determinadas profesiones.

Sin embargo, salvo que se interprete que el modelo de Luhmann es prescriptivo y por ende está en el campo del “deber ser”; si en cambio se lo aplica desde una perspectiva sociológica, la utilización de este modelo como método para describir la realidad, resultaría bastante incompleto.

Ello así, porque en sociedades con un carácter fluctuante como las que caracterizan a nuestra cultura Latinoamericana, se dejarían fuera de análisis varios aspectos que obstaculizarían el poder respetar y seguir a raja tablas este modelo; o por lo menos, lo dificultarían.

Uno de ellos, puede ser las deficiencias en la instrucción cívica. Las falencias y el deterioro del sistema educativo, el que muchas veces tiene que arbitrar a cumplir una función de asistencialismo social y descuidar su función pedagógica;; el incumplimiento sistemático a las normas que posibilitan la convivencia, tal y como lo refleja la violencia y la desaprensión en el tráfico vehicular. A ello cabe sumar, el alejamiento de los círculos académicos del resto de la sociedad, los que parecería que divulgan determinados discursos dentro de una órbita cerrada. Mientras tanto, el único puente entre la sociedad y la conciencia cívica, está dado por el rol de los medios de comunicación, los que muchas veces en base a operaciones

de prensa y fines partidarios, parecería que se ocupan de desinformar y deformar la realidad.

Otro punto que debería tenerse en cuenta, es la estructura endeble, improvisada y corrupta de determinadas estructuras organizativas. En Argentina, casos como el accidente aéreo de la empresa "Lapa" o la catástrofe de "Cromañón" en la que murieron cientos de jóvenes a causa del incendio de una discoteca, dan cuenta de que cuando se comienza a investigar cómo funcionan las distintas capas, y sustratos organizativos de determinadas instituciones, ninguna de ellas cumple la función que le compete. En el caso de la empresa aérea citada, salieron a la luz fallas humanas por falta de capacitación y descanso; defectos técnicos por falta de control y de mantenimiento; falencias en los organismos del Estado que deben supervisarlos como órgano de contralor, etc.

Por otro lado, tampoco deben perderse de vista las normas informales, que muchas veces tienen mayor arraigo en la sociedad, que las propias normas que estipula el derecho. Salvo que se considere que el derecho puede servir para transformar la realidad, pero aún así, cabe señalar que se debe dar bajo determinados factores, y justamente uno de ellos como señala Evan, es la compatibilidad y coherencia con los principios culturales establecidos en una sociedad dada.<sup>xiii</sup>

Tampoco es una cuestión menor, establecer quién o quiénes van a ser los encargados de delinear tales roles; ni de definir el contenido de tales funciones. Trayendo una vez más la mención a la escuela, habrá quienes haciendo hincapié en las limitaciones económicas de la población, pondrá el acento en su rol de asistencialismo social (comedores escolares, provisión de útiles, servicios y asistencia médica). Mientras que otros sectores, le darán mayor protagonismo al nivel académico (aumentar el nivel de exigencia tanto para los alumnos como para los docentes, promover lecturas, otras actividades culturales) en miras a invertir en el papel estratégico que la educación y la capacitación humana significan para el sistema productivo de un país.

**B) Las particularidades que presentaría el ejercicio del control social en una sociedad que se comporte fielmente al modelo delineado por Luhmann**

*“...Nuestro mundo no es el mundo de Otelo. No se pueden fabricar coches sin acero; y no se pueden crear tragedias sin inestabilidad social. Actualmente el mundo es estable. La gente es feliz; tiene lo que desea y nunca desea lo que no puede obtener. Está a gusto, a salvo; nunca está enferma; no teme a la muerte; ignora la pasión y la vejez; no hay padres ni madres que estorben; no hay esposas ni hijos ni amores excesivamente fuertes. Nuestros hombres están condicionados de modo que apenas pueden obrar de otro modo que como deben obrar...”<sup>xiv</sup>*

Las palabras transcriptas pertenecen a la novela futurista de Aldous Huxley “Un mundo feliz”, donde retrata una sociedad rigurosamente estamentada por clases, en la que cada una cumple un rol y una función diferenciada según su mayor o menor nivel en la escala social; mientras que la estabilidad y la paz, acompañadas de un irrefrenable impulso hacia el consumo y a la falta de reflexión, finalmente se han instalado en el mundo; en desmedro de ciertos valores como el esfuerzo, el pensamiento, el amor, la verdad, la poesía.

Esta idea, viene a cuento de otra observación significativa que merece formularse respecto del marco teórico propuesto por Luhmann, tal es el caso de las particularidades que reviste el funcionamiento del control social.

Imaginar una sociedad sin control social, supondría una sociedad sin cultura o sin ningún tipo de regla, lo cual es impensable, en tanto todos los seres humanos como seres sociales necesitan reglas mínimas de convivencia.

De ahí que, la noción de control social no necesariamente debe ser cargada con un tinte negativo, ya que más allá de las críticas que puedan realizarse al control social en un Estado Autoritario, cabe señalar que en un Estado democrático, también opera este fenómeno; dado que como señalara, de momento de que exista una sociedad conformada ésta se establecerá de acuerdo a determinadas pautas mínimas. De modo que, más allá de las normas jurídicas, siempre existen pautas sociales que condicionan el comportamiento humano.

La hipótesis exacerbada de una sociedad en la que conforme lo describe Luhmann, cada ciudadano se comportase de acuerdo con las expectativas de su rol, paradójicamente, conllevaría a la pérdida de la función represiva del Estado.

Esto supondría desconocer uno de los postulados del funcionalismo que señala Merton, más precisamente, el postulado de la Indispensabilidad<sup>xv</sup>; ya que como sagazmente observa Bobbio<sup>xvi</sup>, en la medida de que a través de los procesos de socialización se induce al autocontrol de los ciudadanos, la coacción pierde su razón de ser. No hay necesidad de reprimir conductas desviadas, porque la intensidad del autogobierno que se imponen sobre sí mismos los seres humanos, no deja margen para otra posibilidad de conducta.

Sería la concreción absoluta del ideal de previsibilidad, pero también significaría una de las más duras y totalitarias formas de ejercer el control social, tal y como es el mundo que describe Aldous Huxley. En un mundo así, no hay margen para la conciencia, ni para la autorrealización de la individualidad, en lo que radica la grandeza de cada ser humano por el hecho de serlo. Las personas ni siquiera elegirían su camino en la vida, éste sería impuesto, y su contenido también; más aún cuando la asignación del rol social resultase como presupuesto de la condición socio económica con la que se nace.

Pero más allá de estas especulaciones, teñidas en parte de un sesgo futurista y cuyas nefastas consecuencias no sería justo endilgárselas a Luhmann y, menos a Jacobs; no es menos cierto que el esquema de aquel autor, de manera similar al formalismo de Kelsen, parecería asignar al ordenamiento jurídico el carácter de un sistema completo, sin lagunas.

Todo lo que no está prohibido, está permitido<sup>xvii</sup>. Ahora bien, si lo permitido se interpreta como “autorizado” por el derecho, en tanto dentro de este margen debe estar expresamente reglamentada bajo que condiciones se habilita el ejercicio de una determinada función o rol, esto supone una injerencia inaceptable en el ámbito de libertad de las personas.

Tal y como sostiene Cossio, de momento que la conducta humana lleva implícita la libertad de realizarla; el derecho puede poner restricciones a esa

libertad bajo ciertas prohibiciones. Pero si no lo hace, resurge la permisón de la conducta que es un componente ontológico de ella.<sup>xviii</sup>

#### IV- CÓMO COMPATIBILIZAR LA FUNCIÓN DE LA DOGMÁTICA EN UN SISTEMA ORIENTADO HACIA EL OUTPUT.

A partir de este interrogante, y a través de un desarrollo de las dificultades que presentan los sistemas orientados hacia el output, Luhmann llega a la conclusión de que la conjunción entre la dogmática y la ponderación de las consecuencias de las decisiones jurídicas, es irrealizable.

Por un lado, señala que en la selección de determinadas consecuencias en reemplazo de otras, siempre media un componente axiológico de parte de quien materialice tal elección.

Además, un sistema orientado hacia el output demandaría una estructura organizativa mucho más compleja, y por ende más costosa.

Finalmente, infiere que las abstracciones que proporciona la teoría son eficientes en la medida de que no se les exija demasiado. Es cierto que desde un esquema simplificado se pierden de vista muchos elementos que luego repercutirán en el contorno social, pero lamentablemente, este es el costo. Se debe renunciar a un análisis más completo, en miras a la reducción y estabilidad del sistema.

De lo contrario, se corre el riesgo de que la politización del sistema, deje a un lado "su autogobierno dogmático"; lo que significaría anular los parámetros que brinda la dogmática para la decisión de casos, y predecir tales soluciones de manera exclusiva en base a las expectativas de las consecuencias. Repárese, que en este punto, se podría mencionar analógicamente la crítica que realiza Olivecrona al realismo de Holmes "*...el juez no puede resolver un caso sobre la base de una predicción de cómo va resolver él mismo. El juez supone que existe un sistema de normas que tiene que aplicar porque son obligatorias para él...*"<sup>xix</sup>

Sin embargo, Luhmann reconoce que este autogobierno de la dogmática requiere de una dirección, de modo que, resultaría un error concebir a estos instrumentos teóricos como el sistema de derecho mismo. Cabe señalar que, en la primera aproximación a la obra de Luhmann se hizo

hincapié en la diferencia que hace entre la dogmática y la función social del derecho.

Y es en este punto, donde aun siguiendo las pautas del sistema pergeñado por Luhmann, y apegándose a la utilización exclusiva de la dogmática para resolver conflictos, resultaría inevitable que el sistema recibiera injerencias ajenas a él, cargadas de valoraciones y posturas axiológicas.

Ello así, porque se puede intentar neutralizar la subjetividad de los agentes que intervienen en el sistema, pero jamás podrá ser anulada. En tanto son intrínsecas a la naturaleza humana el perfilar una determinada visión, preferencia, opinión, rechazo, simpatía, incomodidad, miedo, idealización, acerca de la realidad. En esa misma inteligencia, paradójicamente, la propia propuesta de Luhmann implica una posición axiológica.

Mientras que, aun cuando el sistema se sirviese de la dogmática, detrás de la diversidad de tesis que se ventilan en sus formulaciones, y que han dado lugar a extensos debates por parte de la doctrina a lo largo de la historia; existen bloques ideológicos, cuyos orígenes y fundamentos acompañaron a determinados contextos históricos y políticos.

Así, se relaciona al causalismo, con el positivismo jurídico del siglo XIX y las Teorías preventivas de la pena; mientras que dos de los penalistas más prestigiosos en el ámbito académico argentino, tal como es el caso de Raúl Eugenio Zaffaroni<sup>xx</sup> y Marcelo A. Sancinetti<sup>xxi</sup>, a través de distintos puntos de partida filosóficos y axiológicos, llegan a soluciones dogmáticas completamente diferentes.

De todos modos, el aporte de Luhmann continúa siendo de utilidad, siempre y cuando no se pierda de vista que la dogmática es meramente una herramienta conceptual al servicio del juez en su tarea de argumentación. Desde esta perspectiva, acota su margen de arbitrio, porque el abanico de posibilidades de decisión quedará en parte circunscripto a la tesis doctrinaria de la cual se parta, mientras que a través del desarrollo de sus premisas se garantiza la argumentación y fundamentación de las sentencias.

De lo contrario, suponer que el ideal de “seguridad jurídica” sólo es alcanzable a través de la utilización de la teoría y que es lo único que

ponderan los jueces al momento de resolver; desde una visión realista implicaría desconocer el bagaje de razones, preferencias, elecciones, que siempre miden los jueces antes de dictar sus fallos, aunque no los mencionen explícitamente en sus considerandos.

Mientras que, en rigor de verdad, este desconocimiento de la realidad, no sería otra cosa que el equivalente a colocar al concepto de seguridad jurídica como un elemento más dentro del imaginario simbólico del derecho.

Como señala Thurman Arnold con genial ironía “...podemos describir a la ciencia del derecho, o jurisprudencia, como el esfuerzo de erigir un empíreo lógico por detrás de los tribunales, un empíreo donde los ideales contradictorios aparezcan como coherentes. Naturalmente que las contradicciones sólo son reconciliadas en la única manera en que las contradicciones lógicas pueden ser resueltas: colocando a cada una en una esfera separada y haciendo retroceder las inconsistencias al abismo oscuro de las grandes pilas de libros en los cuales se confía, pero que rara vez son leídos...”<sup>xxii</sup>

## V- PROBLEMÁTICAS TEÓRICAS Y METODOLÓGICAS QUE PLANTEA UNA VISIÓN FUNCIONALISTA

### A) Los distintos niveles de funciones en la búsqueda de previsibilidad y seguridad jurídica

Si la función social del derecho reside en las expectativas que genera la generalización y estabilización de determinadas conductas conforme a roles; el fin de la utilización de la dogmática es la búsqueda de la previsibilidad y de la seguridad jurídica.

Sin embargo, como señala Bobbio,<sup>xxiii</sup> cuando se analizan las funciones del derecho, deben distinguirse los distintos niveles en que operan tales funciones, con arreglo a los parámetros de la relación medio- fin.

A modo de ejemplo, si se considera que las funciones del Derecho son la seguridad jurídica, la solución de conflictos humanos, y la organización del sistema; la solución de conflictos será el medio para el fin seguridad jurídica. Sin embargo, con relación a la organización y

equilibrio de sistema, la solución de conflictos pasa a ser el fin, mientras que la organización del sistema el medio. También podrían concatenarse las tres funciones, la organización del poder posibilita la solución de conflictos, y ésta, la seguridad jurídica.

En el esquema de Luhmann, la dogmática es el medio para la seguridad jurídica; mientras que también constituye el medio para el equilibrio del sistema. Pero a su vez, la seguridad jurídica con relación al equilibrio del sistema constituye un medio, y aquel un fin.

A estas disquisiciones, y a la dificultad de evaluar cuál es la función última, es dable señalar el peligro que se corre una vez que ésta es escogida. Ya que, nuevamente en base a valoraciones y posturas filosóficas, en la individualización de este fin último puede esconderse un “deber ser”. Lo que provoca que se desvirtúe la tarea de descripción del sociólogo con respecto a las funciones del Derecho, para embanderarse en una determinada posición que en realidad solapadamente prescribe un ideal a seguir.

#### **B) LA FUNCIÓN NEGATIVA QUE DETENTAN LOS ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS**

Es harto sabido que las cárceles amen de los esfuerzos que se han practicado para incorporarlas a planes de resocialización, para quienes han tenido que pasar por dicha experiencia, lamentablemente en la inmensa mayoría de los casos provoca daños y sufrimientos difíciles de dejar atrás, acentúa la tendencia a delinquir una vez recuperada la libertad y; dificulta aun más la posibilidad de reinsertarse en la sociedad.

Este doble proceso de adaptación que se exige, primero adaptarse al ámbito carcelario, que en muchos casos fuerza a sobrevivir en condiciones de vida inhumanas; para después volver a tratar de reinsertarse en una sociedad que en el mejor de los casos adopta una actitud indiferente; son elementos que permiten considerar fundadamente que su función tiene un carácter negativo.

El punto es, que aceptar esta función negativa implicaría una fisura en la lógica del marco teórico de Luhmann.

Ello así, porque lo expuesto desacreditaría precisamente a dos de los postulados sobre los que se erige el análisis funcional: uno, el que

sostiene su *función universal*, lo que significa como señala Merton, que todas las formas sociales o culturales estandarizadas tienen funciones positivas; y el segundo, el que plantea su *unidad funcional*, de modo que todas las partes del sistema funcionan juntas con un grado suficiente de armonía o de congruencia interna, sin producir conflictos que no puedan resolverse o reglamentarse.<sup>xxiv</sup>

Esta concepción es congruente con la función positiva que Jacobs asigna a la pena en los postulados de su obra, donde sostiene que “...*La pena hay que definirla positivamente. Es una muestra de la vigencia de la norma a causa de un responsable...*”.<sup>xxv</sup>

Pero, como destaca Bobbio<sup>xxvi</sup>, y como se desprende de la naturaleza de las instituciones carcelarias, estos postulados parecerían desvanecerse ante la probada existencia de funciones negativas que también forman parte del sistema. Aquí, cabe hacer la salvedad de que no se está haciendo referencia a una mera disfunción, que en términos organicistas sería equiparable a una patología y que resultaría reconocida por el funcionalismo; sino lisa y llanamente, se está blanqueando la existencia de una función integrada en el sistema, pero que fisiológicamente desde su génesis cumple una función negativa.

Aun más, para distinguir la función negativa de una mera disfunción, cabe recalcar su particular forma de relacionarse con el contorno social. En el supuesto del instituto carcelario, al tener una función negativa, inversamente a lo que sucede con el resto de las funciones positivas, cuanto peor funcione, más beneficio para la sociedad; y como correlato, cuanto mejor funcionen las cárceles, más nefastos serán sus efectos.

Como el funcionalismo no reconoce funciones negativas, la función negativa llevaría al cambio del sistema.

De lo expuesto cabe hacer la siguiente inferencia: en la medida en que una institución resulte funcional al equilibrio del sistema, en su análisis sociológico, no habría margen para una crítica más profunda; ya que en el caso de la cárcel, como se hiciera mención, no se plantea el problema de una disfunción, sino de una función intrínsecamente negativa. Si el funcionalismo para salvar la coherencia de sus postulados, no acepta esta crítica, es porque en rigor de verdad estaría legitimando el

funcionamiento de instituciones por el sólo hecho de ser funcionales al sistema. En términos de Bobbio, al funcionalismo se le podría atribuir la siguiente máxima “*todo lo funcional es real y todo lo real es funcional*”

Si el reconocimiento de la función negativa requeriría del cambio del sistema, la sola circunstancia de que el funcionalismo no haya planteado una necesidad de cambio con relación a la institución carcelaria; no haría más que confirmar la observación antes señalada. En su apego a la frontera del imput, y a la función conservadora del derecho, parecería legitimar situaciones y organizaciones por el sólo hecho de resultar funcionales y estabilizadoras para el sistema.

C) ¿El Funcionalismo como modelo descriptivo o normativo?. El acotamiento de su objeto de estudio a través de una suerte de sociología “pura” del derecho.

Para el caso de que se entienda que el modelo de Luhmann es descriptivo, desde el punto de vista sociológico, el retrato de la realidad que devendría de aplicar sus postulados, resultaría muy pobre.

Centrar el objeto de análisis mayormente en un sistema orientado hacia el imput, equivaldría a embarcarse en una suerte de “sociología pura” del derecho. En efecto, el hacer hincapié en la función conservadora del derecho, tal y como se hiciera mención precedentemente, no daría lugar al reconocimiento de las funciones negativas que cumplen determinadas instituciones que están plenamente integradas a él, tal y como se señaló con relación a la cárcel.

Por otro lado, resulta oportuno traer a la memoria lo dicho respecto a los aspectos que dificultarían la posibilidad de estatuir las conductas humanas conforme a roles; tales como las deficiencias en la instrucción cívica; las estructuras de organización improvisadas y corruptas; las normas informales. Aspectos, que desde una visión que pretenda describir la realidad, no pueden dejar de tenerse presentes.

Lo mismo, cabe decir con respecto a las valoraciones axiológicas que siempre existirán de momento en que los sistemas jurídicos y la dogmática, son gobernados por hombres. Pretender que a través de la dogmática, tales subjetividades puedan ser morigeradas, es algo sustancialmente distinto, a negarlas o no querer verlas.

Finalmente, para la sociología del derecho en su meta de describir y explicar la realidad, para incluso poder predecirla; resultaría de vital interés considerar aspectos históricos, sociales, políticos, culturales, que desde la visión de Luhmann quedarían reducidos en un plano secundario.

En otro orden de ideas, si en cambio se considera que el modelo de Luhmann es prescriptivo, y por ende, se encuentra dentro del campo del deber ser; bien podrían formularse todas las críticas que fueran desarrolladas, para el caso de una sociedad que refleje fielmente las premisas de este comportamiento pautado conforme a reglas.

Tal y como se explicitara en el punto (III), y como lo retrata metafóricamente la novela de Huxley, llevar a la práctica este modelo de manera exacerbada, conduciría a una de las más asfixiantes formas de ejercicio del control social que se puedan imaginar; ya que nadie ni nada sería más implacable que el auto control automatizado al que se someterían los propios seres humanos.

Incluso, en el supuesto de que estas hipótesis parezcan un tanto imaginativas o exageradas –autores como Gilles Lipotevsky describen este fenómeno de “autodictadura” que se está dando en la posmodernidad a través del desmedido fomento al consumo, el culto al cuerpo, la sexualidad vacía, las auto exigencias profesionales, la limitada distribución del tiempo, etc-; sería oportuno mencionar la misma observación que se realizara con respecto a la interpretación extensiva a la esfera de libertad de los ciudadanos, que se asignaría al principio de clausura en un sistema con estas características potenciadas.

#### V- CONCLUSIONES:

a) Un análisis sociológico que intente describir el comportamiento conforme a roles de una sociedad, debe tener en cuenta determinados factores, tales como el lugar que se le da a la instrucción cívica; la forma en la que se encuentran organizadas y cómo funcionan las instituciones; las normas informales, etc. También, los problemas relativos a quién va a ser el encargado de fijar los roles y cuál va a ser su contenido (III-a).

b) Llevar a la práctica al extremo el modelo de Luhmann como un “deber ser” en una sociedad concreta; tornaría prescindible la función

represiva del Estado, pero daría lugar a una de las formas más totalitarias de control social.

Por otra parte, serviría de marco para una interpretación extensiva del principio de clausura, que vulneraría las libertades individuales. (III-b)

c) La dogmática cumple un papel sumamente útil para morigerar la subjetividad de quienes detentan la función jurisdiccional y acotar el abanico de decisiones. También para desarrollar determinados parámetros de argumentación, que para casos análogos puedan ser utilizados de forma tal que se llegue a las mismas soluciones.

Sin embargo, no debe perderse de vista de que se trata de un mero instrumento conceptual, y que como tal, también puede estar cargado de valoraciones y posiciones filosóficas, políticas o históricas que lo dominan (IV).

d) Concebir el modelo de Luhmann como descriptivo, daría lugar a una suerte de “sociología pura “ de derecho, que por acotar su objeto de estudio básicamente a la frontera del imput, dejaría de lado una serie de factores sumamente significativos para tratar de explicar las funciones del derecho (contexto histórico, funciones negativas, obstáculos al establecimiento y respeto de roles, las preferencias axiológicas solapadas de quienes juzgan, las limitaciones de la dogmática en tanto se trata de un instrumento, etc).

Como correlato, considerar la obra de Luhmann en el campo del deber ser, lo haría plausible de las críticas acerca del control social y la norma de clausura que fueran expuestas (V).

- 
- i Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, pág.305, Ed.Ediar, BsAs, 2005
  - ii Jacobs, Günter, La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Ed. Ad Hoc, BsAs, 2002
  - iii Jacobs, Günter, Derecho Penal, Parte General, pág.9 Marcial Pons, Madrid, 1995
  - iv Bacigalupo, Enrique “La Técnica de resolución de casos penales”, Ed. Colex, Madrid, 1995
  - v Carrió, Genaro. Notas sobre derecho y lenguaje. Abeledo Perrot 1979
  - vi Tal tesitura resultaría criticada desde el realismo. Así, Cueto Rúa sostiene “...un juez dotado de pobres conocimientos de su propia realidad social enfrentará dificultades en la tarea de calificar un determinado comportamiento para decidir si resulta o no contrario al orden...”, Cueto Rúa, Julio Cesar, “Una visión realista del Derecho-“La experiencia judicial”, pág. 65, Cap V, Abeledo Perrot, 2000
  - vii pág. 45/91. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
  - viii Jacobs, Günter, ob.cit

#### FUNDAMENTOS DEL FUNCIONALISMO DE GÜNTER JACOBS

---

- ix Zaffaroni, Raúl Eugenio, "Hacia un realismo jurídico penal marginal",pág.68, Ed. Monte Avila, Caracas, 1992
- x Bacigalupo, Enrique; ob.cit
- xi Merton, Robert, Teoría y Estructura sociales, FCE, México, 1995
- xii Bobbio, Norberto, Contribución a la teoría del derecho, pág. 263/87. Fernando Torres, Valencia, 1980
- xiii Fucito, Felipe, Sociología del Derecho, pag.45. ed. Universidad, 1999
- xiv Huxley, Aldous, "Un mundo feliz", Ed.Plaza & Janés, Barcelona, 2001
- xv Merton, ob.cit
- xvi Bobbio, ob.cit
- xvii En el ordenamiento jurídico argentino la norma de clausura está dada por el artículo 19 de la Constitución Nacional que establece que " Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.."
- xviii Nino, S. Introducción al análisis del Derecho, pág. 284, cap.V. "la posición de Cossio no supone que no haya lagunas en el sistema jurídico, sino que sostiene que las acciones humanas tienen una permisibilidad intrínseca que se pone de manifiesto cuando el derecho no califica normativamente una conducta..."
- xix Olivecrona Karl, El hecho del derecho, Losada, pág. 221, BsAs, 1975
- xx Zaffaroni, ob.cit
- xxi Sancinetti, Marcelo A. Teoria del delito y Disvalor de la Acción, ed. Hammurabi, BsAs., 2001
- xxii Arnold, Thurman, El derecho como simbolismo, pág. 51 Ed. Aubert,
- xxiii Bobbio, ob.cit, pag.281
- xxiv Merton, ob.cit. pág.104
- xxv Jacobs, ob.cit
- xxvi Bobbio, ob.cit. pág.271/273