

**LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL**

***Francisco Bernate Ochoa***

Abogado Redactor, Profesor – Investigador en el área de Derecho Penal.  
Especialización en Derecho Penal, Bogotá D. C – Colombia.  
franciscobernate@hotmail.com

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN, 2. POSIBILIDADES TEÓRICAS, 2.1. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL, 2.2. UNA PROPUESTA NORMATIVISTA, 3. CONCLUSIONES.

RESUMEN

El interrogante sobre la legitimidad del Derecho Penal se ha convertido en un asunto medular dentro de los estudios contemporáneos sobre la materia, dado que se reconoce hoy en día que es a partir de la solución a este interrogante teórico que se puede asumir la tarea de construir un sistema. El panorama contemporáneo nos ofrece dos soluciones al respecto. De una parte, se sostiene que la legitimación del Derecho Penal emana de la Constitución, y se prescinde de una construcción sistémica del delito en aras de la obtención de consecuencias acordes con lo planteado en la Carta Política. La otra propuesta -de corte normativista- entiende que la legitimación del Derecho Penal debe encontrarse en la sociedad, y a partir del entendimiento de ésta se encuentra la necesidad de aquél, lo cual ejerce una influencia en la construcción del sistema del delito.

The subject concerning the legitimacy of criminal law has become a medular issue on the contemporary studies on the matter. Nowadays, is understood that from the answer given to such question, depends the construction of the theoric criminal law system. We find two majoritary positions among the contemporary studies on the subject. In one hand, we find those who sustain that the legitimacy of the criminal law depends on the Constitution, in which we find the basic postulates of the State in which the criminal law will be applied, in behalf of the construction of a true system. In the other hand, we find those who find the answer in the need of law in the society in order to maintain the expectatives of behavior among it's members.

#### **Clue words**

Criminal law, Constitution, behavior expectatives, criminal law theory, normativism, system of criminal law.

#### **Palabras Clave**

Teoría del delito, legitimación, normativismo, funcionalismo, expectativas de comportamiento, función de la pena, abolicionismo, fines y funciones del Derecho Penal.

### **1. INTRODUCCIÓN**

El interrogante sobre la legitimidad del derecho penal ha ido adquiriendo, cada vez más, una creciente importancia dentro de las discusiones contemporáneas en torno a esta rama del ordenamiento jurídico. Es opinión casi unánime en la actualidad señalar, que es a partir de la respuesta que a tal cuestión se formule, que se construye la teoría del delito, suponiendo ello un cambio radical frente a las denominadas corrientes *naturalísticas*, en las cuales la construcción del delito se realizaba a partir de criterios ontológicos que igualmente condicionaban el contenido de cada una de las estructuras del reato.

Así entonces, una cuestión como esta ha pasado a ocupar un lugar prioritario<sup>1</sup> en los análisis que sobre esta ciencia se realizan, cuando anteriormente se trataba de un asunto sobre el cual se ocupaban los filósofos o los sociólogos del derecho.<sup>2</sup>

En el presente estudio nos ocuparemos de señalar las principales posturas teóricas que en la actualidad se encuentran al respecto, para posteriormente proceder a fijar una posición sobre el asunto.

## 2. POSIBILIDADES TEÓRICAS

Dentro del pensamiento contemporáneo aparecen varias posibilidades cuando se afronta la cuestión de la legitimidad del Derecho Penal. En primer lugar, hay quienes afirman la ilegitimidad del mismo por diversas razones<sup>3</sup> y abogan por la supresión del mismo, siendo, en todo caso, la minoría dentro de las corrientes actuales.

De otra parte, la posición mayoritaria dentro del debate actual señala la necesidad de legitimar el sistema penal<sup>4</sup>, surgiendo las diferencias entre las diversas posiciones en lo que constituye el fundamento y la legitimación del mismo, con marcadas consecuencias que se reflejan al interior del sistema de delito que a partir de allí se desprenden.

---

<sup>1</sup> La cuestión sin embargo, no es en absoluto novedosa. Así, ALIMENA en 1915 sostenía la necesidad de dar solución a este interrogante y señalaba como en la doctrina de entonces, para algunos el problema resultaba innecesario ya fuera por que se consideraba que al realizarse un cuestionamiento de esta naturaleza se estaría poniendo en duda la legitimidad del derecho a castigar y se terminaría en discusiones de corte filosófico. Para otros pensadores reseñados por el mencionado autor, el criminalista no debería investigar este asunto, pues juristas dedicados a otras disciplinas no se ocupan del mismo. Por último, para otros pensadores reseñados en esta obra, indagar sobre el fundamento y la legitimación del derecho a castigar resulta innecesario, en tanto que el mismo deriva de la soberanía del Estado, situación que no requiere justificación alguna. Cfr. ALIMENA, Bernardino. *Principios de Derecho Penal*. Librería General de Victorino Suárez, Madrid, 1915. Pp. 109 y ss.

<sup>2</sup> Sostiene SILVA SÁNCHEZ: "...la discusión sobre los fines del Derecho penal, tradicionalmente considerada como materia especulativa, filosófica o de teoría de la sociedad (se convierte) en algo de sustancial trascendencia práctica que repercute directamente en la resolución que haya de darse a los casos penales, a través de su encuadramiento en el sistema...". SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Ob. Cit. P. 180.

<sup>3</sup> A nuestro juicio, en el caso de optar por tal posición no queda más camino que abogar por la abolición del sistema. En igual sentido, SILVA SÁNCHEZ sostiene: "...muy minoritariamente se ha rechazado toda posible legitimación de la imposición de la pena, lo cual habría de conducir inevitablemente a proponer la abolición del propio Derecho Penal.". SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1992. P. 180.

<sup>4</sup> Categóricamente, apunta con acierto GROSSO GARCÍA "...la legitimación del derecho penal es un imperativo irrenunciable del derecho penal de un Estado constitucional de derecho y ningún sistema con pretendida validez puede desconocerla. Y esta legitimación no puede ser ya la mera autoreferencia del sistema legal en sí mismo, sino que debe encontrar los parámetros de legitimación más allá de las fronteras de la propia legislación penal." GROSSO GARCÍA. Manuel Salvador. *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2003. p. 296. Cfr. Nota 41.

La doctrina predominante en la actualidad sostiene que se encuentran dos alternativas teóricas mayoritariamente aceptadas a la hora de plantearse el problema de la legitimidad del sistema penal. Una de tales posibilidades, la constituye el legitimar el sistema penal y realizar la construcción dogmática del delito a partir del ordenamiento constitucional y por otra, la de promover *la implementación dogmática de una perspectiva funcional de corte radical*.<sup>5 6</sup>

## 2.1. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL.

Estas propuestas, que dominan el panorama contemporáneo de la discusión, surgen a partir de la segunda mitad del Siglo XX principalmente en Italia, y sostienen que la legitimación del derecho penal se deriva directamente del contenido de la Constitución que, como norma superior, establece los fines y funciones que debe cumplir el ordenamiento represor, a fin de que el mismo produzca los efectos buscados por el ordenamiento constitucional, aún a costa de renunciar a la construcción de un sistema como tal, dependiendo la solución en cada caso, de lo político-criminalmente deseable de acuerdo con las pautas establecidas.

Esta corriente ideológica encuentra en las propuestas de ROXIN su principal exponente a nivel mundial en la actualidad. Para este autor, el fin del Derecho Penal se deriva del Estado y consiste en garantizar la vida en común de los ciudadanos sin que sea puesta en peligro.<sup>7</sup>

En Italia, la doctrina mayoritaria ha seguido el camino de legitimar el Derecho Penal a partir de la Constitución gracias a las tesis de BRICCOLA. Así, DONINI encuentra en la Carta el fundamento tanto de la pena como del derecho penal. Señala el mencionado autor, que la norma fundamental impone un modelo de intervención penal

---

<sup>5</sup> Así, URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. *La Legitimidad del Derecho Penal. Equilibrio entre fines, funciones y consecuencias*. Universidad Externado de Colombia. P. 35.

<sup>6</sup> Para una descripción de tales propuestas, cfr. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2003. p. 297.

al parlamento, al cual éste se encuentra vinculado en los fines e instrumentos de tutela, así como en sus límites negativos.<sup>8</sup>

En España encontramos un panorama semejante, en tanto que los más importantes autores han elegido igualmente legitimar el Derecho Penal a partir de la norma superior. ARROYO ZAPATERO, quien ha propuesto la tesis del *programa penal de la Constitución*, señala que de la Carta se derivan los principios y reglas esenciales que deben respetarse en los procesos de incriminación, en la imputación del comportamiento o la asignación de responsabilidad así como en los fines de la pena.<sup>9</sup> En criterio de este autor, para la protección de un determinado bien se debe tener en cuenta la importancia que al mismo le da el orden superior, y es necesario que sea imprescindible para mantener el orden social.

Continuando con los autores ibéricos, GARCÍA RIVAS<sup>10</sup> sostiene igualmente la vinculación indisoluble existente entre la Constitución y el Derecho Penal, en tanto que la primera define y legitima por si misma, los mecanismos de poder del Estado, dentro de los que se encuentra el derecho represor.

Entre nosotros una postura similar en lo tocante con la vinculación entre el Derecho Penal y la Constitución la encontramos en la obra de Luis Carlos PÉREZ. Para el mencionado jurista, el Estado surge a partir de la necesidad de mantener el orden establecido por quienes dominan en una sociedad determinada. De la existencia del Estado surge, sin más, la del Derecho, que será un vehículo para imponer orientaciones políticas. Así, el fundamento del Derecho Penal para el citado autor se encuentra en la Constitución, norma en la cual se encuentran reguladas las relaciones de poder<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> ROXIN, Claus. *“Problemas Básicos del Derecho Penal”*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros. Reus S.A., Madrid, 1991. pág. 21.

<sup>8</sup> DONINI, Massimo. *Un derecho penal fundado en la Carta Constitucional: razones y límites*. En *Revista Penal*. Número Ocho. Salamanca, 2001. P. 24 y ss. Interesante resulta la afirmación de este autor en cuanto sostiene que su posición adquiere un corte *iuspositivista*.

<sup>9</sup> ARROYO ZAPATERO, Luis. *Derecho Penal Económico y Constitución*. En: *Revista Penal*. Editorial La Ley. Número Uno. Salamanca, 1998. P. 3.

<sup>10</sup> GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado Democrático de Derecho*. Universidad de Castilla - La Mancha.

<sup>11</sup> PÉREZ, Luis Carlos. *Tratado de derecho penal*. Editorial Temis, Bogotá DC, 1967. P. 77.

Encontramos en la actualidad posiciones como la de SANCHEZ HERRERA, uno de los principales abanderados de esta corriente ideológica<sup>12</sup>, para quien los principios constitucionales son el fundamento, el soporte y el límite de la vinculación entre la dogmática y la política criminal. Señala este importante autor, que gracias a esta vinculación soportada por principios de origen constitucional, se busca establecer unas estrategias de control de los hechos socialmente nocivos para garantizar los derechos y deberes establecidos en la Constitución, realizar los fines del Estado, asegurar un orden justo, y resolver los problemas que plantea el Derecho Penal mediante la producción de consecuencias justas<sup>13</sup>.

Dentro de estas posturas el fundamento del derecho a castigar se encuentra en la Constitución, que como norma fundamental establece los fines del Estado y supedita al resto del ordenamiento jurídico, siendo además el fundamento del derecho a castigar, estando este último indisolublemente ligado al modelo de Estado<sup>14</sup>.

Esta corriente teórica se basa en la construcción de un sistema del delito que renuncia a la coherencia sistémica en aras de la consecución de los fines del Estado, tal y como lo plasme la Carta Fundamental, encontrando un referente normativo<sup>15</sup>, *jurídico*, si se quiere, a la hora de justificar el derecho penal.

Sin embargo, estas propuestas realizan una recepción acrítica de los postulados constitucionales, los cuales son aceptados, así como las interpretaciones que de las mismas ha hecho el Tribunal Constitucional, sin más, sin someterlos a crítica alguna, desconociendo las incoherencias en que puede incurrir el ordenamiento superior y dejando de lado el componente sociológico como explicación del sistema jurídico.

---

<sup>12</sup> De hecho este importante autor nacional se ha auto-denominado como “*quien con mayor ahínco*” defiende la comprensión de un sistema de estas características. SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. *Introducción*. En: *Entre el principalismo, el funcionalismo y las instituciones dogmáticas* Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2002. P. 23.

<sup>13</sup> *Ibíd.* P. 23.

<sup>14</sup> Juan Carlos FORERO RAMÍREZ se encuentra dentro de quienes sostienen esta postura, cuando señala de manera contundente que la función de la pena y el modelo de Estado *van de la mano*. FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. *El delito de omisión en el Nuevo Código Penal*. Legis Editores, Bogotá, DC, 2001. La anterior postura se refleja posteriormente en la construcción del delito que propone en su obra.

<sup>15</sup> En este punto no hay unanimidad entre los autores de esas corrientes. Para algunos, se trata de realidades previas al ordenamiento jurídico que se limitaría a reconocerlas, mientras que para otros se protegen en tanto se encuentran normativizadas en la Carta Política. Cfr. DONINI. Ob. Cit. P. 24 y ss.

Pero adicionalmente, el hecho de renunciar a una construcción sistemática, prefiriendo las soluciones a casos concretos<sup>16</sup> en vez de establecer un sistema que dé respuestas similares a una generalidad de sucesos, sin duda resulta un esfuerzo loable, pero que torna el sistema en imprevisible, cuando la previsibilidad de las decisiones judiciales como expresión de la seguridad jurídica constituye uno de los fines de la dogmática.

## 2.2. UNA PROPUESTA NORMATIVISTA.

La propuesta normativista encuentra la legitimación del derecho penal en criterios sociológicos y específicamente en las tesis de Niklas Luhmann sobre la sociedad, para encontrar allí la necesidad del derecho, primero, y posteriormente la legitimación del sistema penal.<sup>17</sup>

Señala Luhmann, que la génesis y el mantenimiento del orden social está dado por la complejidad y el fenómeno de la doble contingencia<sup>18</sup>.

Con el concepto al de complejidad, Luhmann se refiere al conjunto de todos los sucesos posibles, y abarca el campo ilimitado de mundos posibles. Así entonces, este fenómeno es un mundo de posibilidades que como tal no es real debido a que la igualdad radical de lo posible, en tanto posible, no se rompe hasta que alguna prelación permita la decantación de uno de esos mundos como *real*<sup>19</sup>.

Ese campo de posibilidades que se denomina complejidad<sup>20</sup> se presenta como un caos<sup>21</sup>. Una vez se introduce algún orden a esa inabarcabilidad, y se reduce la

---

<sup>16</sup> Ejemplo de ello sucede en la evolución del concepto de imputación objetiva y como conceptos tan importantes como el del ámbito de protección de la norma, no fueron el resultado de una propuesta sistemática coherente, sino de la comprobación de la insuficiencia de sus postulados para plantear soluciones a casos concretos. Para una exposición de dicha evolución, puede consultarse el artículo de REYES ALVARADO, Yesid. *El concepto de imputación objetiva*. En: *Revista Derecho Penal Contemporáneo-Revista Internacional*. Número Uno. Legis Editores, Bogotá, DC, 2002.

<sup>17</sup> Para GROSSO GARCÍA estas propuestas "...entienden que el problema de la legitimación del derecho penal se encuentra en la estructura misma de la sociedad y que es de la sociedad de donde deben emanar los criterios materiales para la imputación penal cuyos supuestos normativos se deben integrar en un sistema de la teoría del delito...". GROSSO GARCÍA. Manuel Salvador. *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2003. p. 296. Cfr. Nota 39. Señala posteriormente GROSSO GARCÍA, "...en el modelo de sociedad que se encuentra hoy configurado y dentro del sistema constitucional e el que se desenvuelve nuestro ordenamiento jurídico, el derecho penal se encuentra necesitado de una legitimación externa de carácter material y axiológico, para poder ser aceptado como válido y en consecuencia aplicable a los miembros de la sociedad dentro de la cual pretende operar.". Ob. Cit. P. 300.

<sup>18</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio *La filosofía del derecho en Habermas y Luhmann*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Pág. 105.

<sup>19</sup> *Ibíd.* P. 104

<sup>20</sup> Señala Sandra J. CASTRO OSPINA: "La sociedad es un sistema que en criterio de LUHMANN, puede explicarse a través de la teoría de la complejidad sistémica y de su diferenciación del entorno. Es tal el número de elementos que deben englobarse en ella, que llega un momento en que hay sobreabundancia de relaciones, posibilidades y conexiones, es imposible que cada elemento se relacione con todos los demás, esto es la complejidad y ella obliga a la selección". CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette. *Influencias del funcionalismo en el sistema penal*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá DC, 1996. Pp. 41 y ss.

<sup>21</sup> GARCÍA AMADO. *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*. P.238

complejidad, se sienta la base para la prelación que permite que uno de los mundos se afiance como real, comenzando entonces a existir, la sociedad<sup>22</sup>.

Luhmann presenta la situación originaria a través de lo que denomina la *doble contingencia*<sup>23</sup>, en la cual se establece un contacto entre dos sujetos en el que aún no se ha reducido la complejidad, no siéndole a ninguno posible saber qué puede esperar del otro sujeto. En este estado, no hay orden, el cual aparece mediante la reducción de la complejidad que se inicia cuando uno de los sujetos hace *algo*, poniendo con su actuar fin a la indeterminación. Al actuar, realiza una oferta al otro sujeto quien puede elegir sí la acepta o no.<sup>24</sup>

Cualquiera que sea la respuesta, operará como selección con lo que la otra parte se podrá enlazar en idéntica clave, momento en el cual ha existido una comunicación entre las partes<sup>25</sup>. El carácter de fundante de lo social que reviste este acto se encuentra en su valor de conexión para la otra parte y permite que se genere el componente de toda estructura social, las expectativas<sup>26</sup>.

Así, para Luhmann los sistemas sociales surgen por una necesidad<sup>27</sup>, pero se deben al azar de esas primeras distinciones cuyo contenido no se prefigura en ninguna naturaleza previa.

En cuanto a la composición de la sociedad, hemos visto como esta surge cuando un evento enlaza a los individuos a través de su sentido compartido y posee con ello el carácter de comunicación. Las comunicaciones son definidas por García Amado interpretando a Luhmann como *eventos que en cuanto dotados de sentido poseen un valor comunicativo*<sup>28</sup> y serán los componentes de la sociedad.<sup>29</sup> <sup>30</sup>Por su parte, los eventos se definen en la misma línea como *aquello que para un sistema funciona*

---

<sup>22</sup> GARCÍA AMADO, *La filosofía*.... Cit. P. 104

<sup>23</sup> Cfr. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Ed. Anthropos. Universidad Iberoamericana. Segunda Ed. 1997.

<sup>24</sup> Cfr. LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de una teoría*. Ed. Piados. Universidad Autónoma de Barcelona, 1990. La cita corresponde al estudio preliminar que realiza IZUZQUIZA, Ignacio. P. 12.

<sup>25</sup> GARCÍA AMADO. *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*. P.240

<sup>26</sup> GARCÍA AMADO, *La filosofía*.... Cit. P. 104

<sup>27</sup> Es interesante señalar en este punto que según HABERMAS, LUHMANN vendría siendo un heredero de la concepción del Estado y de la sociedad dada por Hobbes. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho*. Ed. Trotta. Madrid. 1998. P. 64.

<sup>28</sup> GARCÍA AMADO. *La filosofía*.... Cit. Pág. 109 y ss.

<sup>29</sup> "Ahí donde hay comunicación, hay sociedad", sentencia GARCÍA AMADO. Ob. Cit. P. 111. En igual sentido, GARCÍA AMADO. *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*. P. 238.

como unidad no susceptible de ulterior descomposición.<sup>31</sup> Sin comunicaciones no es posible que exista sociedad<sup>32</sup>, pues éstas constituyen el único cause para que puedan constituirse en común selecciones como mecanismos de reducción de la complejidad y de superación de la *doble contingencia*<sup>33</sup>.

Así, tenemos entonces que la sociedad surge gracias a la superación del fenómeno de la doble contingencia con lo cual se supera la complejidad indeterminada y no manipulable, estableciendo las posibilidades que se pueden desarrollar en su interior. Pero ello, es solo el inicio de un proceso que debe continuar con la permanente reducción de la complejidad para lo cual genera subsistemas.<sup>34</sup>

El aumento de las personas que se integran al sistema y la multiplicación de comunicaciones<sup>35</sup> generan una complejidad que García Amado denomina *paralizante*<sup>36</sup>, que impide el crecimiento de la sociedad hasta tanto no se reduzca. Mientras cada individuo deba ante cada evento tener en consideración todos los presupuestos posibles en la sociedad y cuente con un sistema comunicativo general e indeterminado, es inevitable el bloqueo de la dinámica debido a una *sobresaturación*<sup>37</sup>.

Para resolver este problema, surgen a partir del sistema social global nuevos sistemas sociales que se presentan como subsistemas suyos, sin dejar de ser -por ello- sistemas auténticos y autónomos<sup>38</sup>. El factor fundamental en la construcción de los subsistemas lo determina su función reductora de la complejidad operante en la sociedad con miras a su reproducción en tanto que permiten un tratamiento sectorial y simplificado de la parte de la complejidad de que se ocupan, con lo cual los otros subsistemas podrán prescindir del tratamiento de la misma y apreciarán la reducción

---

<sup>30</sup> En igual sentido, CASTRO OSPINA. Sandra J. Señala “*En el sistema social la comunicación es un proceso de selecciones que le permite reducir la complejidad*”. Ob. Cit. P. 43.

<sup>31</sup> GARCÍA AMADO. *La filosofía...* Cit. P. 111.

<sup>32</sup> Encontramos una acertada aclaración en la obra de GARCÍA AMADO cuando señala lo siguiente frente a las comunicaciones. Primero, gracias a ese operar sobre sí mismo, un sistema social establece límites frente a otros sistemas. Segundo, las comunicaciones no son lo único que contiene la sociedad, sino que éstas, demás de ser su elemento diferenciador frente a otros sistemas son su elemento constitutivo. GARCÍA AMADO. *La filosofía...* Cit. . P. 111.

<sup>33</sup> En igual sentido sostiene GROSSO GARCÍA, “[l]a sociedad se compone de un conjunto complejo de procesos de comunicación...” . GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2001. P. 53.

<sup>34</sup> *La filosofía...* Cit. Pág. 111 y ss.

<sup>35</sup> Cfr. MORALES DE SETIÉN RABIAN, Carlos. *La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Günther Teubner*. P. 54

<sup>36</sup> GARCÍA AMADO, *La filosofía...* Cit. Pág. 111 y ss.

<sup>37</sup> *Ibid.* Pág. 111 y ss.

<sup>38</sup> Es importante señalar, con GARCÍA AMADO que no toda interrelación es un sistema, solo lo será si se limita a sí misma frente al medio. *La filosofía...* Cit. Pág. 111 y ss.

de la complejidad. Esta es, según García Amado la génesis de los sistemas y estará dada por la especialización funcional en la reducción de la complejidad<sup>39</sup>.

Los subsistemas forman parte a su vez del sistema social global y se construyen sobre la base de las comunicaciones, diferenciándose como sistema propio y autónomo gracias a la *clave* conforme a la cual ordenan sus comunicaciones.<sup>40</sup>

A su vez, se busca que la reproducción de los elementos dentro del sistema sea ordenada, de manera que las estructuras del sistema permitan que las comunicaciones se sigan de otras con un cierto orden. Se trata entonces de hacer previsibles las comunicaciones que sigan a otras comunicaciones dentro del sistema, por lo que las estructuras se componen de expectativa<sup>41</sup>. Una vez se ha logrado la reducción de la complejidad, surge lo que García Amado denomina lo *esperable*, con lo que se logra la estabilización de los sistemas y permite el cumplimiento de sus funciones<sup>42</sup>.

Cada partícipe dentro de estos procesos sabrá entonces que esperan los demás de él y a su vez que puede él esperar de los demás<sup>43</sup>. Con ello se busca coordinar comportamientos, para lo cual es necesario que las expectativas sean comunes y compartidas de manera que los individuos sean ante el sistema *intercambiables*<sup>44</sup>. Las expectativas establemente compartidas permiten la estabilidad del sistema y a su vez, el entramado de expectativas constituye la estructura de cada sistema social.

La solución de la doble contingencia es posible entonces mediante las expectativas que recaerán tanto sobre conductas, como sobre otras expectativas. Esas expectativas a su vez deben sustraerse a peculiaridades no esenciales de la situación y deben poseer un esquema de validez claro y simple para que no sea necesario modificarlas en cada evento. A su vez, son temporalmente válidas para largos períodos y cuentan con un elemento de generalidad que se alcanza encajándolas en

---

<sup>39</sup> Ibid. Pág. 111 y ss.

<sup>40</sup> Ibid. Pág. 111 y ss.

<sup>41</sup> GARCÍA AMADO. *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*. P.238

<sup>42</sup> GARCÍA AMADO, *La filosofía...* Cit. Pág. 111 y ss.

<sup>43</sup> GROSSO GARCÍA define las expectativas como, "...el conjunto de los posibles desenvolvimientos de determinadas situaciones comunicativas futuras, derivado de la manera como se dan esas mismas situaciones en el presente." GROSSO GARCÍA. Manuel Salvador. *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2003. p. 320.

abreviaciones simbólicas que facilitan a los partícipes la comprensión y asimilación de las expectativas imperantes en cada sistema, por lo cual las expectativas se agrupan en personas, roles, programas, valores etc.<sup>45</sup>

Si el sistema nace en una sociedad compleja por esencia con la finalidad de reducir esa complejidad, su propia existencia se encuentra determinada al hecho de que entre los individuos no puede haber consenso. Señala García Amado, que ningún sistema puede arrogarse el conocimiento de todo lo existente, sino sólo de lo que cae bajo su código particular y su selectividad, y es por ello que no puede haber consenso global social. Lo anterior a su vez conduce a que el conflicto no destruye el sistema sino que es presupuesto de su articulación. En el sistema el conflicto se normaliza y se evita el contagio al medio social.<sup>46</sup>

Por ello las legitimaciones – señala García Amado- de un sistema deben ser producto del mismo sistema y no venir dadas desde afuera del mismo. No es entonces el consenso con unos valores o con una moral lo que justifica una decisión, sino el buen funcionamiento del sistema lo que acarrea un reconocimiento social necesario. Así, decisión legítima es la que se admite sin crítica, aquella cuya autoridad se acepta sin examen de la corrección de sus premisas.

La extensión del consenso en la sociedad se da por medio de la institucionalización, en tanto que las instituciones sirven para generalizar un consenso presupuesto; el individuo consiente por anticipado en los resultados del funcionamiento institucional, habría un consenso tácito y quien niega ese consenso queda aislado y no podrá justificar su defraudación de expectativas<sup>47</sup>.

En cuanto al sistema jurídico, la finalidad del mismo la constituye la utilización de perspectivas conflictuales para la reproducción y formación de expectativas de comportamiento congruentemente generalizadas en lo temporal, material y social<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> GARCÍA AMADO, *La filosofía...* Cit. Pág. 111 y ss.

<sup>45</sup> *Ibid.* Pág. 111 y ss.

<sup>46</sup> GARCÍA AMADO, *La filosofía...* cit. P. 159

<sup>47</sup> *Ibid.* P. 165

<sup>48</sup> *Ibid.* P. 168

Si el origen de los sistemas sociales se encuentra en la superación de la doble contingencia por medio de la formación de expectativas que permiten a los individuos orientarse y hallar vías de interrelación en medio de la cantidad de posibilidades que se abren en cada relación, esa seguridad que hace esperable el comportamiento propio y ajeno bajo pautas comunes es el derecho.<sup>49</sup> El derecho es quien permite la generalización de expectativas dándoles un alcance que rebasa el tiempo, la situación y los partícipes de cada relación particular, permitiendo su vigencia como estructuras sociales.<sup>50</sup>

Si las estructuras de los sistemas sociales consisten en expectativas, hay una inseguridad presente pues estas podrán ser defraudadas, por lo que es necesario contar con un mecanismo que permita el mantenimiento del sistema aún en tales casos.

Frente a una defraudación de expectativas, se tienen dos posibilidades<sup>51</sup>.

- a. Se pueden presentar como expectativas cognitivas, por lo que una defraudación sería una nueva fuente de conocimientos y el germen de una nueva expectativa que sustituye la anterior. Así, el sistema aprende y se adapta.
- b. Se opta por mantener las expectativas defraudadas, y el sistema no se adapta sino que por el contrario, se defiende. Si en la sociedad no existiera un amplio entramado de expectativas que no cambian ante las frustraciones la posibilidad de orientación intersubjetiva, la misma desaparecería y las estructuras serían evanescentes, quedando intacto el problema de la doble contingencia. Así entonces, para asegurar esas expectativas no modificables por actos particulares de los individuos, existe el sistema jurídico. La función del derecho entonces, para Luhmann estará dada por la estabilización de las expectativas de comportamiento, con lo que las normas jurídicas serán expectativas de comportamiento contrafácticamente estabilizadas.

---

<sup>49</sup> GARCÍA AMADO. *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*. P.238

<sup>50</sup> GARCÍA AMADO. *La filosofía...* P. 168

El elemento coercitivo permite que los supuestos de las normas puedan realizarse aún sobre los incumplimientos u oposiciones.

El consenso legitimador otorga el respaldo a las expectativas normativizadas mediante normas legales, así como a las sanciones cuando las mismas sean defraudadas.

Por su parte, el derecho no es un medio de evitar conflictos sino de preverlos y prepararlos para encausarlos, en tanto que sus normas llevan implícita la previsión del conflicto y gracias a ese conflicto, le es posible reforzar las expectativas normativizadas desencadenando los mecanismos tendientes a la imposición contrafáctica de las expectativas que ahora aparecerá reforzada para casos futuros<sup>52</sup>.

El conflicto, es empleado por el derecho para poder generalizar las expectativas,<sup>53</sup> y a su vez, el conflicto encuentra en el derecho el elemento dinamizador que permite su evolución y adaptación a los cambios en el medio social<sup>54</sup>. Igualmente, el derecho sirve para dar a los conflictos un cauce comunicativo específico que evita su difusión indiscriminada en el medio social. Por su parte, la expectativa de coacción sirve para evitar una mayor violencia en el medio como forma de imponer pretensiones.<sup>55</sup>

Lo anterior nos pone de presente una inexactitud en el pensamiento de Urbano Martínez, en tanto que señala que en una propuesta de este corte se da por presupuesta la legitimidad del sistema.<sup>56 57</sup> Ello no es cierto, en tanto que el

---

<sup>51</sup> Ibid. P. 173

<sup>52</sup> Ibid. P. 174

<sup>53</sup> “Si se quisiera expresar esta idea recurriendo al empleo de términos provenientes de la sociología, se diría que el derecho es un generador de expectativas a nivel social, cuya inobservancia puede ser catalogada como una defraudación”. REYES ALVARADO, Yesid. *El concepto de imputación objetiva*. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional. Número 1. Legis Editores. Bogotá, DC, 2002.

<sup>54</sup> Sostiene GROSSO GARCÍA: “...lo que justifica y legitima tanto al derecho penal como a la pena, es la función que ambos cumplen tanto respecto del sistema social en general como del sistema jurídico en particular”. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2001. P. 50.

<sup>55</sup> GARCÍA AMADO. *La filosofía...* Cit. P. 174

<sup>56</sup> URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. Ob. Cit. P. 36. La propuesta de Urbano Martínez conduciría a afirmar –a nuestro juicio- que la propuesta funcionalista puede prescindir de todo referente axiológico para justificarse, lo cual a su vez redundaría en la afirmación de que el sistema es autoreferente y se justifica por ello *en sí mismo*, acercándose —a nuestro juicio— a una propuesta de corte positivista. Sobre los sistemas autoreferentes, puede consultarse el pensamiento de HART H. L. A. Para una brillante exposición sobre el mismo, véase RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes. 1997.

sistema jurídico, o mejor, el derecho se justifica en tanto que se erige como estabilizador de las expectativas normativas, y como reductor de la complejidad,<sup>58</sup> y su justificación derivará entonces de referentes ajenos al derecho,<sup>59</sup> lo cual a nuestro juicio constituye el camino acertado y de ninguna manera presupone el aceptar la legitimación del derecho penal sin más, simplemente, encuentra sus fundamentos en espacios *no-jurídicos*.

En cuanto a la relación existente entre los conceptos de hombre, sujeto y persona<sup>60</sup>, tenemos que si las relaciones sociales tienen como propósito básico la búsqueda de sentido, el hombre como individuo surge a partir del momento en que se diferencia del mundo que lo rodea, siendo esta la primera relación que establece<sup>61</sup>. En ella, el mundo será todo lo que el hombre “no es”, es lo que lo rodea y es su propia creación, siendo un entorno complejo ante el cual el individuo enfrenta una situación de angustia, pues ese mundo se le impone como una realidad.

Para superar esta situación, el individuo se incorpora a ese mundo, en búsqueda de sentido, lo cual supone previamente el reconocimiento por parte del entorno como individuo, su propio reconocimiento como algo distinto del mundo, y la necesaria identificación con los demás como semejantes, alcanzando así su propia subjetividad. Superado lo anterior, el hombre será reconocido y se produce su ingreso en el mundo.

Cuando el sujeto decide involucrarse en la sociedad siguiendo tanto las pautas de comunicación como las reglas para la transmisión de sentido previamente establecidas por el sistema social dentro del cual se produce la relación, logra

---

<sup>57</sup> SÁNCHEZ HERRERA sostiene algo similar en tanto que en su opinión, en la construcción funcionalista del delito se prescinde de la legitimación del sistema, cuando señala: “[l]as actuales teorías positivistas tienden a fundamentar y explicar los derechos en función de una teoría “pura”, es decir, estrictamente ligada a la normatividad positiva, o sobre la base de criterios “sistémicos” o “autopoieticos” (sic) o sea de autorreferencias inmanentes al propio ordenamiento jurídico. De ahí que para el positivismo jurídico, lo mismo el decimonónico que el presente, los derechos fundamentales han perdido el significado reivindicativo y axiológico, para convertirse en autolimitaciones y concesiones al poder o en subsistemas que reflejan la racionalidad intrínseca y garantizan la estabilidad y autoconservación del sistema jurídico político. Es precisamente esta la fundamentación que caracteriza la sistemática funcionalista.” SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. *Introducción*. En: *Entre el funcionalismo, el principalismo y las instituciones dogmáticas*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá DC, 2002. P. 25.

<sup>58</sup> Señala PERDOMO TORRES, Jorge Fernando “...el derecho...tiene como función el mantenimiento de la estructura social que toma como base...”. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá DC, 2001.

<sup>59</sup> El mismo URBANO lo pone de presente cuando manifiesta que “las propuestas funcionalistas de corte radical...se dotan de una clara fundamentación sociológica”. URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. Ob. Cit. P. 39. Cfr. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2003. p. 298.

<sup>60</sup> Seguimos esto a GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2003. pp.329 y ss.

<sup>61</sup> GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2003. p. 330.

establecer procesos comunicativos con otros individuos, apareciendo así el concepto de *persona*.<sup>62</sup>

Es en ese momento, cuando el individuo se incorpora a la sociedad, de la cual reclama un reconocimiento como ser diferente y se decide a establecer procesos de comunicación beneficiándose así del contacto social, que debe entonces asumir obligaciones con ese medio social, apareciendo así el concepto de responsabilidad.

En el momento en que la persona decide comunicarse, y con ello puede afectar a otros, debe entonces correr con las cargas que ello conlleva, en tanto que a su vez se está beneficiando del hecho de vivir en sociedad.

Además, el sujeto entendido como ser social es portador de roles y fuente de expectativas para los demás miembros de la sociedad.<sup>63</sup> Ya hemos visto anteriormente la importancia que tienen las expectativas dentro de la sociedad<sup>64</sup> y de allí que cuando el individuo entra en la misma como portador de roles si trasgrede los procesos comunicativos, resulta apenas elemental que deba responder por ello<sup>65</sup>.

Así entonces, esta posición logra encontrar un fundamento adecuado a la responsabilidad mediante el denominado sinalagma libertad de comportamiento/responsabilidad, en virtud del cual el hombre cuenta con una libertad para configurar su propio mundo pero a su vez se hace responsable precisamente por ello, de las intromisiones que haga en las órbitas de los demás.

---

<sup>62</sup> *Ibid.* P. 332.

<sup>63</sup> "...cada individuo desarrolla diversos roles a nivel social, y que la correcta ejecución de las actividades propias de cada uno de esos roles supone el cumplimiento de determinadas expectativas de comportamiento, cuya inobservancia genera una defraudación social entendida como imperfecta ejecución de un rol; esas obligaciones que bajo determinadas circunstancias debe cumplir el individuo constituyen su ámbito de competencia, y cada persona asume frente al cumplimiento de esos deberes una posición de garantía frente a la sociedad. La base de una responsabilidad penal radica entonces en los ámbitos de competencia de cada individuo, pues solo a quien respecto de determinadas actuaciones posee una posición de garante puede serle reprochado su comportamiento desviado." REYES ALVARADO, Yesid. "El concepto..." Cit.

<sup>64</sup> Cfr. BERNATE OCHOA, Francisco. *Algunos apuntes sobre la estructura del delito en el Código Penal Militar*. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional. Número 4. Legis Editores. Bogotá, DC, 2003.

<sup>65</sup> Cfr. REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Ed. Temis. P. 128 y ss.

Varias son las objeciones que esta posición recibe por parte de la doctrina. En primer lugar, se aduce que una postura como esta renuncia a legitimar el sistema, y por lo tanto, serviría para justificar cualquier régimen.

En cuanto a la primera objeción, hemos visto como estas posturas si se ocupan del problema de la legitimación del derecho penal buscando la misma en referentes no jurídicos, específicamente sociológicos, solución acertada a nuestro juicio.

En efecto, si el Derecho Penal se legitima recurriendo a referentes normativos como puede ser la Constitución, quedamos a mitad de camino, en tanto que queda latente el problema de la legitimidad del ordenamiento superior, con lo cual la cuestión no se resuelve del todo. Adicionalmente, el admitir una postura como esta, conduce inexorablemente a aceptar y eventualmente presuponer de entrada los postulados superiores, sin importar el contenido y la justificación de los mismos.

En segundo lugar, es recurrente el argumento según el cual esta postura desconoce al ser humano. Ello no es del todo acertado, pues en la postura de Luhmann este encuentra también un lugar.

Lo primero es señalar que cada persona tiene un sistema psíquico autopoietico diferente de los sistemas sociales, cuyos elementos no son comunicaciones. El sistema social le es ajeno al individuo y constituye su medio.<sup>66</sup>

El individuo es necesario para la sociedad, pero no forma parte de la auto referencialidad del sistema<sup>67</sup>. El sujeto individual no es el centro del sistema<sup>68</sup>. Es sujeto para sí mismo, para el sistema auto referencial particular y propio de su conciencia, pero no hay sistemas de sujetos, en tanto que la sociedad y sus sistemas se componen de comunicaciones, no de individuos<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> GARCÍA AMADO. *La filosofía...* Cit. Pág. 157 y ss.

<sup>67</sup> CASTRO OSPINA señala: "la sociedad no está compuesta de seres humanos, sino de comunicaciones" Ob. Cit. P. 43

<sup>68</sup> Sobre este asunto, señala URBANO MARTÍNEZ: "Se rechaza una concepción antropologizada del pensamiento social para promover un pensamiento concebido en torno a los sistemas, se prescinde de los comportamientos humanos como centro de esas construcciones para en su lugar colocar a las comunicaciones..." URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. Ob. Cit. P. 39

<sup>69</sup> GARCÍA AMADO. *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*. P. 249.

La conexión entre lo físico y lo social se da por que siempre una modificación en el medio implica una reacción del sistema, para lo que Luhmann acude a lo que denomina la *interpenetración* que se da entre sistemas que recíprocamente se perciben como complejidad irreducible pero se toman como dato para su estructuración interna manteniendo su propia complejidad.<sup>70</sup>

El elemento de enlace lo constituye el sentido<sup>71</sup>, por el cual el sistema se sirve del individuo como vehículo y centro de imputación de expectativas.<sup>72</sup> Ello se logra por el lenguaje, que traduce complejidad social en complejidad psíquica.<sup>73</sup> El sistema se estructura sobre la base de expectativas que tienen como referencia al individuo como centro de identificación de un haz de expectativas. Por ello, para el sistema persona es un haz de expectativas.<sup>74</sup>

La individualidad del ser humano tampoco pasa inadvertida para Luhmann, quien señala que la identidad del sujeto se constituye en el criterio identificador frente al medio siendo la acción individual la constante identificadora<sup>75</sup>. La personalidad entonces se explica como una serie de criterios identificadores del propio comportamiento. Siempre el hombre tendrá múltiples posibilidades de actuación, pero escogerá aquellas que no desdigan de su actuar anterior y permitan una presentación coherente, como identidad y no como contingencia.<sup>76</sup>

La existencia de personalidades como sedes de comportamientos previsibles e imputación de expectativas sociales se encuentra ligada a un interés prioritariamente social, por lo que el propio sistema asume la protección de ese ámbito que le es necesario, surgiendo así la explicación de los derechos humanos.<sup>77 78</sup>

---

<sup>70</sup> GARCÍA AMADO. *La filosofía...* Cit. P. 159

<sup>71</sup> "la totalidad de las relaciones sociales tienen como propósito básico la búsqueda de sentido". GROSSO GARCÍA. Manuel Salvador. *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2003. p. 329.

<sup>72</sup> LUHMANN, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Ed. Cit. P. 131.

<sup>73</sup> GARCÍA AMADO. *La filosofía...* Cit. P. 159

<sup>74</sup> *Ibid.* P. 159

<sup>75</sup> En contra, MIR PUIG, Santiago. *Sociedad, norma y persona en Jakobs*. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional. Número 2. Legis Editores. Bogotá, 2003

<sup>76</sup> GARCÍA AMADO. *La filosofía...* Cit. P. 159

<sup>77</sup> *Ibid.* P. 159

<sup>78</sup> En opinión de URBANO MARTÍNEZ, dentro de un sistema como el que aquí se defiende se prescinde de los derechos humanos fundamentales, lo cual es, en nuestro criterio, equivocado. Vid. URBANO MARTÍNEZ, Ob. Cit. P. 40.

El entendimiento del hombre como ser social marca el punto de partida para sostener que en esta concepción, el individuo si importa, pero como sujeto que necesita de la sociedad para poderse desarrollar, y es precisamente la referida distinción entre individuo, sujeto y persona la que reconoce tal situación.

En efecto, una vez el hombre ha tenido una comprensión de si mismo como ente individual diferenciado de los demás, y ha reconocido a otros como semejantes a él, es cuando decide participar dentro de los procesos comunicativos.

Para el Derecho Penal ello supone, como acertadamente lo apunta Grosso<sup>79</sup> el que éste no puede invadir la esfera de autonomía del individuo, sino que por el contrario, su intervención debe limitarse a aquellos eventos que perturben a la sociedad constituida.

Por último, es claro que el Derecho Penal de ninguna manera puede contrariar la Constitución, debido a que el primero se encuentra subordinado a ésta, pero tal coincidencia se refiere a la legitimidad formal, pero de ninguna manera, a nuestro juicio, soluciona el problema de la legitimidad material.<sup>80</sup>

Visto lo anterior, es claro que las objeciones que en contra de esta postura son infundadas, y que por el contrario, la misma logra una explicación adecuada al interrogante sobre la legitimación del Derecho Penal.

### 3. CONCLUSIONES

Gracias a los referentes que obtenemos del sistema social y al entendimiento de la sociedad en los términos de Luhmann, podemos concluir que el Derecho Penal encuentra su justificación y su legitimación en una sociedad que surge a partir de la solución de la *doble contingencia* y que a medida que va avanzado, la complejidad

---

<sup>79</sup> GROSSO, Manuel Salvador. *El concepto de delito...* Cit.

<sup>80</sup> JAKOBS. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...* Cit.

que ello supone torna en imperativa la necesidad de contar con un mecanismo que permita que las comunicaciones, elemento fundamental del sistema social, se desenvuelvan de una manera adecuada, previsible, y allí la deviene la necesidad del derecho como mecanismo que permite lo anterior.

Igualmente, al ser la sociedad un ente organizado de la manera anteriormente descrita y al ser el derecho una necesidad, la pena -como consecuencia a la inobservancia de los roles que asume la persona- surge a partir de la necesidad de proteger las expectativas normativas de los demás miembros de la sociedad, quienes como personas -por ende portadoras a su vez de determinados roles- pueden confiar en que los demás miembros igualmente observarán en su actuar las pautas establecidas para los procesos de comunicación al interior del grupo social.

De no existir la protección de las expectativas la sociedad estaría, indiscutiblemente, destinada a disolverse, en tanto que reinaría el caos y se regresaría a un estado de violencia en el cual simplemente, prevalecería el más fuerte sobre los demás. Así entonces, la legitimación del derecho penal estaría dada por el mantenimiento de las expectativas en tanto que necesarias para la comunicación dentro de la sociedad<sup>81</sup>. El derecho penal se ocuparía entonces de mantener las estructuras normativas en las cuales se sustenta todo el orden social.

Y es que si entendemos que el hombre que se beneficia de lo social en tanto que sabe qué puede esperar, de las demás personas, gracias a que el Derecho respalda mediante las normas sus expectativas, es apenas lógico que debe someterse a las reglas que regulan los procesos de comunicación al interior de la sociedad. Solo así se permite el progreso de la sociedad.

Así entonces, resulta necesaria la existencia del derecho, y de la pena, que estarán en cabeza de un único poder, el Estado. La legitimidad del ente estatal en cuanto tal no es tema del presente estudio, pues ello desbordaría la temática analizada, pero es

---

<sup>81</sup> Así, JAKOBS. Refiriéndose a la legitimación material del derecho penal apunta: “[l]a legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y el Estado. No existe ningún contenido genuino de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de la regulación...[l]a contribución que el Derecho Penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la formada y en la exigida legalmente, no se

claro que al ser la expresión de la voluntad de una mayoría se encuentra legitimado para establecer los parámetros de conducta dentro de la sociedad.<sup>82</sup>

El panorama actual del Derecho Penal y la triste realidad que está arrojando en términos de injusticia, consecuencias desfavorables y demás, ciertamente deteriora su imagen, pero no por ello podemos afirmar que ello lo torna en sí ilegítimo e innecesario. Una cosa es que el sistema no funcione y otra cosa es que no deba existir. No, debe existir, lo necesitamos, pero debe funcionar adecuadamente,<sup>83</sup> pero eso es asunto que no entra dentro de la presente disertación.

---

*den por pérdidas en caso de que resulten defraudadas.*" JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. CUELLO CONTRERAS y GONZALEZ DE MURILLO. Ed. Marcial Pons, Segunda Edición, Madrid, 1997.

<sup>82</sup> Para algunos autores la legitimidad del derecho penal depende de la legitimación del Estado. Cfr. FERRAIOLI, Luigi. *Derecho y razón*.

<sup>83</sup> Por ello se afirma, a nuestro juicio con acierto, que "[e]l derecho penal protege siempre la identidad básica de la sociedad, pero cómo se configure en concreto esa sociedad no depende del derecho penal...", GARCÍA AMADO, Juan Antonio "Funcionalismo, teoría de ...". Cit. P. 236.

## BIBLIOGRAFÍA

- BERNATE OCHOA, Francisco. *Algunos apuntes sobre la estructura del delito en el Código Penal Militar*. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional. Número 4. Legis Editores. Bogotá, DC, 2003.
  - *Delitos de falsedad en estados financieros*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá DC, 2003.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000*. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional. Número 3. Legis Editores, Bogotá DC, 2003.
- CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette. *Influencias del funcionalismo en el sistema penal*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá DC, 1996.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio *La filosofía del derecho en Habermas y Luhmann*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
  - *Funcionalismo, Teoría de sistemas y derecho penal*.
- GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2001.
  - *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho*. Ed. Trotta. Madrid. 1998. P. 64.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. CUELLO CONTRERAS y GONZALEZ DE MURILLO. Ed. Marcial Pons, Segunda Edición, Madrid. 1997.
- LUHMANN, Niklas, *Hacia una teoría científica de la sociedad*. En: Revista Anthropos, No. 173/174. Barcelona, julio – octubre, 1997. pág. 6.
  - *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Ed. Anthropos. Universidad Iberoamericana. Segunda Ed. 1997.
  - *Sociedad y sistema: la ambición de una teoría*. Ed. Piados. Universidad Autónoma de Barcelona, 1990.

- MESSUTI DE ZABALA, Ana María. *Reflexiones sobre el pensamiento penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. 2000. Año 8°, Número 31.
- MIR PUIG, Santiago. *Sociedad, norma y persona en Jakobs*. En: Revista Derecho Penal contemporáneo – Revista Internacional. Número 2. Legis Editores. Bogotá, 2003
- MORALES DE SETIÉN RABIAN, Carlos. *La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Günther Teubner*.
- PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá DC. 2001.
- QUEVEDO BARRERO, Lucas Leonardo. *La Constitución y el aporte de Luhmann a la dogmática: vías de acercamiento*. Tesis de grado. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Bogotá DC, 2000.
- REYES ALVARADO, Yesid. *El concepto de imputación objetiva*. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional. Número 1. Legis Editores. Bogotá, DC, 2002.
  - *Imputación objetiva*. Segunda edición. Ed. Temis. Bogotá, 1996.
- RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes. 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1992.
- URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. *La Legitimidad del Derecho Penal. Equilibrio entre fines, funciones y consecuencias*. Universidad Externado de Colombia.
- ZAFFARONI. Eugenio Raúl. Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y I del MERCOSUR de Derecho Penal y Criminología. Guarujá, Brasil, 16 de septiembre de 2001.