

# El funcionalismo en el Derecho: Notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs

Alberto Montoro Ballesteros

Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de Murcia

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.— II. EL PENSAMIENTO SISTÉMICO DE N. LUHMANN: A) *El proyecto científico de Luhmann*. 1. La complejidad social. 2. La limitación de la razón humana. 3. El sistema como instrumento cognitivo. B) *Teoría de la Sociedad: Autoreferencia y autopoiesis*. C) *Teoría del Derecho*. 1. El sistema jurídico. 2. Los derechos fundamentales. 3. La idea de Justicia.— III. LA CONCEPCIÓN FUNCIONAL DEL DERECHO PENAL DE G. JAKOBS: A) *La conservación de la sociedad como función primaria del Derecho*. B) *El Derecho como factor de identificación y garantía de la sociedad*. C) *Consecuencias*. D) *Consideraciones críticas*.

## I. INTRODUCCIÓN

El funcionalismo es una corriente metodológica que se desarrolla básicamente en la segunda mitad del siglo XX (R. K. Merton, T. Parsons...) y que se extiende por los ámbitos de la antropología, la sociología, la psicología, la política..., alcanzando incluso al Derecho.

El funcionalismo encuentra un precedente remoto en el organicismo del siglo XIX y su raíz, más próxima e inmediata, en el pensamiento sociológico de E. Durkheim (*Las reglas del método sociológico*, 1895).

El método funcionalista se propone como objetivo la comprensión y explicación de las estructuras sociales, no a

partir de su origen histórico y de sus peculiaridades espaciales (geografía) y temporales, sino tomando como punto de partida la observación, análisis y estudio de las funciones que realizan las estructuras sociales dentro de la sociedad o en parte de ella<sup>1</sup>.

Desde estos supuestos nuestra pretensión es ofrecer una sinopsis sobre la significación del funcionalismo en el pensamiento jurídico a partir de las teorías de N. Luhmann y G. Jakobs.

## II. EL PENSAMIENTO SISTÉMICO DE N. LUHMANN

### A) *El proyecto científico de Luhmann*

La pretensión de Luhmann en su *Systemtheorie* es la continuación y actualización crítica del funcionalismo estructural de T. Parsons. Construir una *Teoría de la sociedad*, completa y exhaustiva, de carácter interdisciplinar —y dentro de ella una Teoría del Derecho— sirviéndose como instrumento metodológico de la *teoría de los sistemas*.

El intento de Luhmann cristaliza en una visión deshumanizada y tecnificada de la sociedad cuyos rasgos fundamentales son:

#### 1. *La complejidad social*

Se trata de la *complejidad de la sociedad actual* en cuanto sistema, en la cual el hombre aparece situado ante un amplísimo horizonte de posibilidades de actuación con la consiguiente perplejidad y dificultad para elegir, lo cual supone contingencia y riesgo.

---

<sup>1</sup> MEEHAN, E. J. *Pensamiento político contemporáneo*, Estudio crítico, trad. esp. de F. RUBIO LLORENTE, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1973, pp. 105 y ss. Véase también TIMASHEFF, N. S. *Teoría sociológica (Su naturaleza y desarrollo)*, trad. esp. de F. M. TORNER, 5ª. Reimpresión de la 1ª ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1971, pp. 276 y ss.

## 2. *La limitación de la razón humana*

La natural *limitación de la razón humana* (*imbecillitas*, en su sentido clásico) para reducir por sí misma la complejidad del mundo.

## 3. *El sistema como instrumento cognitivo*

Nos referimos al recurso a la *idea de sistema* como instrumento (aparato técnico) para posibilitar la comprensión del mundo y la reducción de su dramática complejidad, haciendo posible la orientación y actuación humanas, puesto que el sistema —los sistemas normativos— permiten construir expectativas estables, sólidas, sobre el comportamiento de uno mismo y del de los demás<sup>2</sup>.

### B) *Teoría de la sociedad*

Luhmann —haciéndose eco de los nuevos avances de la ciencia (física, biología, cibernética, neurofisiología, etc.)— entiende la *sociedad* no como una suma de individuos sino como un *sistema* (totalidad de estructura sistemática), integrada, a su vez, por una pluralidad de *subsistemas* que tienen su propia estructura y autonomía.

Los sistemas están formados de elecciones sucesivas y referidas entre sí que tienen la función de facilitar la comprensión de la realidad y reducir la complejidad, encon-

---

<sup>2</sup> Cfr. LUHMANN, N. *Sociedad y Sistema: La ambición de la Teoría*, trad. esp. de S. LÓPEZ PETIT y D. SCHMITZ, Introducción de I. IZUZQUIZA, ed. Paidós, Barcelona, 1997, pp. 41 y ss., 67 y ss., 75 y ss.

El pensamiento de N. Luhmann me parece asistemático, complejo y oscuro. Por ello, en la construcción de esta sinopsis, me voy a servir básicamente de las claras y rigurosas exposiciones de J. I. MARTÍNEZ GARCÍA, *Justicia e igualdad en Luhmann*, en "Anuario de Filosofía del Derecho", Nueva Época, Tomo IV, Madrid, 1987, pp. 41 y ss., e I. IZUZQUIZA, *Introducción: La urgencia de una nueva lógica*, introducción a *Sociedad y Sistema* de N. LUHMANN, ya citada. En relación con lo escrito hasta este momento véase: MARTÍNEZ GARCÍA, J. I. *op. cit.*, pp. 44, 55, 56, 62 y 85. Véase también OLLERO, A. *Derecho y Sociedad (Dos reflexiones en torno a la Filosofía jurídica alemana actual)*, Editora Nacional, Madrid, 1973, pp. 120 y ss., 143 y ss.

trando soluciones en un mundo cambiante. El núcleo central de los sistemas está constituido por la “comunicación”, que supone no sólo el intercambio lingüístico sino también el de la acción. Los sistemas son pues medios de comunicación (*en ello radica su racionalidad*) que aseguran en su ámbito la transmisión de la complejidad reducida realizada por dichos sistemas, según un esquema binario (verdad-falsedad, lícito-ilícito, etc.)<sup>3</sup>.

Los sistemas constituyen estructuras de todo tipo -familias, empresas, sociedades, iglesias, estados- integradas por acciones concretas que para mantenerse y subsistir en *su medio ambiente* han de resolver multitud de problemas<sup>4</sup>.

Para Luhmann, inspirándose en las teorías biológicas (H. Maturana), los sistemas se caracterizan por las notas de *autoreferencia* y *autopoiesis*.

- La *autoreferencia* alude a la distinción entre el sistema y su entorno, viendo en el sistema un todo cerrado en donde todas sus operaciones y elementos aparecen referidos a sí mismos.
- La *autopoiesis* (autoproducción) significa que los sistemas sociales, igual que los sistemas psíquicos y orgánicos, tienen la capacidad de producir, ellos mismos, los elementos que los integran, construyendo su propio espacio de operación y reducción de la complejidad<sup>5</sup>.

De acuerdo con lo anteriormente indicado la sociedad, compuesta por sistemas de comunicaciones, puede diferenciarse progresivamente, reduciendo su complejidad, en diferentes subsistemas sociales tales como la economía, la política, la religión, la educación... y el Derecho<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> LUHMANN, N. *Soziale Systeme (Grundrig einer allgemeinen Theorie)*, Frankfurt am Mainz, 1984; MARTÍNEZ GARCÍA, J. I. *op. cit.*, pp. 51 y 52 y ss., nota 21; IZUZQUIZA, I., *op.cit.*, pp. 25 a 28.

<sup>4</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., *op. cit.*, pp. 47 (notas 10 y 11), 49 y 51 (notas 14 y 15).

<sup>5</sup> LUHMANN, N. *Sociedad y Sistema, cit.*, pp. 87 y ss., 121 y ss.; IZUZQUIZA, I., *op. cit.*, pp. 17 a 25; MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., *op.cit.*, p. 54, notas 31 y 32.

<sup>6</sup> IZUZQUIZA, I., *op.cit.*, pp. 25 y ss.

### C) *Teoría del Derecho*

En la teoría sistémica del Derecho Luhmann distingue tres nociones o categorías fundamentales: el sistema jurídico, los derechos fundamentales y la justicia.

#### 1. *El sistema jurídico*

Luhmann concibe el Derecho como un subsistema específico del complejo sistema social, definido básicamente por la nota de *positividad*, y que se diferencia funcionalmente de los otros subsistemas sociales (económico, moral, político, etc.) por su específico entramado de comunicación consistente en su propio sistema binario —distinción entre lo jurídico (*Recht*) y lo antijurídico (*Unrecht*)— capaz de establecer y fijar determinadas “expectativas normativas de conducta”.

Estas expectativas de conducta deben ser generalizadas en tres dimensiones:

1. *Dimensión temporal*: Conservación de las expectativas con independencia de que se realicen o no.
2. *Dimensión social*: Institucionalización de las expectativas mediante el consenso.
3. *Dimensión material*: Identificación de los contenidos o materias sobre las que versan las expectativas<sup>7</sup>.

La abstracción y deshumanización del pensamiento sistémico de Luhmann ( en relación con él se ha hablado de una “*sociedad sin hombres*”<sup>8</sup>) culmina en la revisión y tecnificación de las ideas de *derechos fundamentales* y de *justicia* que, en cuanto categorías centrales del pensamiento jurídico, aparecen configuradas como imágenes surrealistas.

<sup>7</sup> MARTINEZ GARCIA, J. I., op .cit., pp. 57, 58 y 61 (notas 42, 45 y 57).

<sup>8</sup> IZUZQULZA, I., *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, introducción a N. LUHMANN, *Sociedad y Sistema*, cit., p. 38.

## 2. *Los derechos fundamentales*

Para Luhmann los derechos fundamentales no son ya derechos naturales o humanos del individuo, basados en la dignidad humana y otros valores de la persona que el Derecho deba reconocer y proteger (ello es pura metafísica). Para él los derechos fundamentales consisten en piezas o instituciones técnicas del sistema social (estructuras intrasistemáticas) constituidas por un conjunto de expectativas de comportamiento sostenidas por el consenso, y que operan en el sistemas social como filtros y límites técnico-jurídicos frente a la tendencia expansiva del Estado o sistema político, garantizando la diferenciación y la operatividad del sistema jurídico<sup>9</sup>.

## 3. *La idea de justicia*

Respecto de la Justicia cabe decir que dicha categoría pierde en el pensamiento de Luhmann, como cabía esperar, toda significación ética para quedar reducida a una vaga, fría y técnica cualidad del sistema jurídico.

La justicia consiste para Luhmann en la “adecuada complejidad del sistema jurídico”<sup>10</sup> entendido no como conjunto de normas sino como sistema de acción y de experiencia orientado por el Derecho. La justicia constituye así un criterio regulativo, interno al sistema, y referido a la operatividad del mismo, que no debe colapsarse ni bloquearse, permitiendo la adopción de decisiones fluidas y coherentes<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> LUHMANN, H., *Grundrechte als Institutions: Ein Geitraa zur Politischen Soziologie*, 2ª Auf. Duncker und Humblot, Berlín, 1974, pp. 12, 13, 23 a 25, 71, 72 182 a 185, 187 y 198. Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., *op. cit.*, pp. 50, 51 (notas 17 a 19), 67 y 68 (notas 75 a 78).

<sup>10</sup> LUHMANN, N., *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, en “Rechtstheorie”, 4 Band, Heft 2, 1973, p. 142. Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., *op. cit.*, p. 72 (nota 88).

<sup>11</sup> LUHMANN, N., *Gerechtigkeit...*, *cit.*, pp. 145, 154 y 156; MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., *op. cit.*, pp. 73, 74 y 79.

### III. LA CONCEPCIÓN FUNCIONAL DEL DERECHO PENAL DE G. JAKOBS

#### A) *La conservación de la sociedad como función primaria del Derecho*

La idea central de funcionalismo de Günther Jakobs es la necesidad de que el sistema social (sociedad) funcione adecuadamente y tenga los medios precisos para su autoconservación y autodefensa<sup>12</sup>.

Desde esta perspectiva el Derecho (y de modo especial el Derecho penal que es el que interesa a Jakobs) forma parte del sistema social y tiene como *función primaria el mantenimiento y defensa del sistema social vigente*, dotándolo de cohesión y resolviendo cualquier problema que pueda afectar al funcionamiento del mismo<sup>13</sup>.

Esto es *válido para cualquier tipo de sociedad* y no implica necesariamente desconocimiento o sacrificio de la libertad que sólo puede desarrollarse en el seno de una sociedad en funcionamiento y que, en cualquier caso, depende siempre (nos referimos al problema de la libertad) de la actitud del sujeto<sup>14</sup>.

#### B) *El Derecho como factor de identificación y garantía de la sociedad*

La configuración e identificación de la sociedad (en cuanto sistema de comunicación) se lleva a cabo mediante las normas jurídicas. Éstas son las que, dentro de la dinámica social, permiten saber el significado de los comportamientos de la persona y lo que razonablemente puede esperarse de ella<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en la Teoría de un Derecho penal funcional*, trad. esp. de M. CANCIO MELIÁ, y S. FELJÓO SÁNCHEZ, 1ª ed. Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 36 y 37.

<sup>13</sup> *Ibid.*, pp. 20 a 22, 24 y 43.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 29 a 34, 36 y 37.

<sup>15</sup> *Ibid.*, pp. 52 y 53.

Según G. Jakobs dichas normas, en cada momento, no tienen que ser necesariamente como son sino que podrían ser de cualquier otro modo. Esta apertura de Jakobs al relativismo, al nihilismo, incluso, hace que, dado el carácter contingente del contenido de las normas, su confirmación, su validez y eficacia se encomienda, sin más, a una medida de fuerza, a una sanción<sup>16</sup>. Ello explica, según Jakobs, que sea fundamentalmente el Derecho penal el que mejor contribuye a identificar y definir el tipo de sociedad de que se trate en cada tiempo y lugar. En este sentido entiende G. Jakobs: “Que la pena máxima se imponga por brujería, por contar chistes sobre el Führer o por asesinato, caracteriza a ambos, al Derecho penal y a la sociedad”<sup>17</sup>.

Desde los supuestos de ese funcionalismo, —sin más fundamentación filosófica que el relativismo y el nihilismo— se entiende que, según Jakobs, el problema social planteado por el delito tenga como única solución la confirmación de las normas del sistema por parte del Derecho penal. La finalidad de éste, entiende Jakobs, no es tanto la protección de “*bienes jurídicos*” como la defensa y garantía de las *normas* que determinan la identidad del sistema<sup>18</sup>. Jakobs afirma explícitamente que el “funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”<sup>19</sup>.

Dicha sociedad, siguiendo a N. Luhmann, no es entendida por G. Jakobs desde el punto de vista individualista que ve la sociedad como la obra de sujetos individuales que la crean y la legitiman mediante el contrato (Hobbes, Kant) y dictan sus propias leyes, sino desde la perspectiva de la comunidad, de la sociedad misma (sistema social de comunicación) que genera y garantiza sus propias reglas<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> *Ibíd.* pp. 26 a 28.

<sup>17</sup> *Ibíd.* p. 22. Véanse las pp. 20 a 24.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, pp. 17, 18, 25 y ss, y 44 a 49.

<sup>19</sup> *Ibíd.* p. 15.

<sup>20</sup> *Ibíd.* pp. 15 y 16.

C) *Consecuencias*

Desde la base de esa concepción de la sociedad y del Derecho es lógico que Jakobs entienda:

1. Que siendo el *delito* la negación de la norma la *pena* ha de tener como función exclusiva la confirmación de la norma (en su dimensión externa, formal) sin plantearse el tema de la dimensión interna, material, de la misma; esto es, el asunto del “bien jurídico” protegido por dicha norma, según el planteamiento tradicional del Derecho penal<sup>21</sup>.
2. La pena aparece pues desprovista de toda función o finalidad psicológico- social o individual (prevención, reducción...). Su única tarea es la confirmación de la norma y, a través de ello, la afirmación y aseguramiento de la identidad de la sociedad en cuanto sistema social<sup>22</sup>.
3. La concepción funcionalista de Jakobs se prolonga en la revisión y replanteamiento de otras categorías centrales del Derecho penal (idea de persona como sujeto del Derecho penal, imputación objetiva, culpabilidad, dolo...)<sup>23</sup>, las cuales a la luz de su pensamiento, cobran un aire surrealista, espectral, que nos impulsa, como primera reacción, a llevarnos las manos a la cabeza.

D) *Consideraciones críticas*

Al funcionalismo de Jakobs subyace, como único apoyo, según se ha indicado ya, un relativismo, un nihilismo axiológico, ético, en virtud del cual cualquier sistema social existente, por el simple hecho de su existencia, es válido y debe ser protegido mediante el Derecho. Sociedad y Derecho forman un binomio puramente “neutro”, una es-

---

<sup>21</sup> *Ibíd.*, pp. 17, 18, 63 y 64.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, pp. 18 y 19.

<sup>23</sup> *Ibíd.*, pp. 50 y 55.

estructura técnica como la constituida por cualquier mecanismo cuya existencia y funcionamiento es independiente e indiferente a toda exigencia o valoración ética<sup>24</sup>.

Lo anteriormente indicado explica que para Jakobs, la concepción funcional de la sociedad y del Derecho, en cuanto categorías éticamente “neutras”, sean compatibles tanto con una sociedad esclavista (sociedad instrumental) —en la que el esclavo es un objeto, una cosa, pero no una persona; sociedad que posee su propia lógica y dinámica y que puede ser comprendida y explicada funcionalmente—<sup>25</sup>, como con una sociedad de hombres libres (sociedad no instrumental) en la que, según la formulación clásica de Hegel, “el mandato del Derecho (sería) por tanto: sé una persona y respeta a los demás como personas”<sup>26</sup>.

Como se ha podido ver a lo largo de las consideraciones precedentes, la concepción funcionalista de la sociedad y del Derecho de Jakobs tienen como resultado *la conversión del Derecho en un mero instrumento técnico* al servicio del “funcionalismo social”. Lo importante aquí es que la sociedad (con independencia del tipo de sociedad de que se trate) —ya sea autocrática o democrática— funcione y tenga medios de autoconservación y defensa. El Derecho aparece así despojado de toda dimensión o referencia ética (sólo le interesa el valor técnico de la utilidad entendido como funcionalidad) resultando ciego e impotente en relación con el problema de la defensa y cambio de otros valores, en especial de los éticos. Para Jakobs, en sintonía con Kelsen, los problemas axiológicos, éticos, son cuestiones que no competen al Derecho, sino a la Política<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> *Ibíd.*, pp. 20 a 22.

<sup>25</sup> *Ibíd.*, pp. 37 y 38.

<sup>26</sup> HEGEL, H., *Rechtsphilosophie*, parágrafo 36; Cfr. JAKOBS, G., *op. cit.*, pp. 38 y 39.

<sup>27</sup> *Ibíd.*, pp. 40 y 41.