



*Artículos de  
investigación*

---



# La legitimidad del derecho penal



**Francisco Bernate Ochoa\***

Recibido: Enero de 2004

Aprobado: Febrero de 2004

## INTRODUCCIÓN

**E**l 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. En la actualidad, es opinión casi unánime señalar que a partir de la respuesta que a tal cuestión se formule se construye la teoría del delito, lo cual supone 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 ésta 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



\* Profesor-investigador de derecho penal de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.

<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 cómo en la doctrina de entonces, para algunos, el problema resultaba innecesario ya fuera porque se consideraba que al realizarse un cuestionamiento de esta naturaleza se estaría poniendo en duda la legitimidad del derecho que se iba 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 de éste. Por último, para otros pensadores reseñados en esta obra, indagar sobre el fundamento y la legitimación del derecho que se va a castigar resulta innecesario, por cuanto el mismo deriva de la soberanía del Estado, situación que no requiere justificación alguna. Cfr. Alimena, Bernardino, *Principios de derecho penal*, Madrid, Librería General de Victorino Suárez, 1915, pp. 109 y ss.

<sup>2</sup> Sostiene José María Silva Sánchez que "...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". En *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, José María Bosch, 1992, p. 180.

*Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 6(1): 61-80, enero-junio de 2004*

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.

## 1. 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 su ilegitimidad por diversas razones<sup>3</sup> y abogan por que se suprima, aunque en todo caso, es la minoría de las corrientes actuales.

En la actualidad, la posición mayoritaria señala la necesidad de legitimar el sistema penal,<sup>4</sup> existiendo, sin embargo, diferencias entre las variadas posiciones en cuanto a su fundamento y legitimación, las cuales se reflejan en la construcción de la teoría del delito que propone cada modelo.

La doctrina predominante en la actualidad sostiene que se encuentran dos alternativas teóricas mayoritariamente aceptadas a la hora de plantear 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, promover la implementación dogmática de una perspectiva funcional de corte radical.<sup>5</sup>

### 1.1 La Constitución como fuente de legitimación del derecho penal

Las propuestas mencionadas, que dominan el panorama contemporáneo de la discusión, surgen a partir de la segunda mitad del siglo



<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, *op. cit.*, p. 180, sostiene: "...muy minoritariamente se ha rechazado toda posible legitimación de la imposición de pena, lo cual habría de conducir inevitablemente a proponer la abolición del propio Derecho Penal".

<sup>4</sup> Categóricamente, apunta con acierto Manuel Salvador 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 autorreferencia 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*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2003, p. 296. Cfr. nota 41.

<sup>5</sup> Así, Urbano Martínez, José Joaquín, *La legitimidad del derecho penal. Equilibrio entre fines, funciones y consecuencias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 35. Para una descripción de tales propuestas, cfr. Grosso García, *El concepto del delito...*, *op. cit.*, p. 297.

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 las funciones que debe cumplir el ordenamiento represor, para que produzca los efectos buscados por el ordenamiento constitucional, aun a costa de renunciar a la construcción de un sistema como tal. Lo anterior depende de la solución en cada caso, así como de lo político-criminalmente deseable de acuerdo con las pautas establecidas.

Esta corriente ideológica encuentra en las propuestas de Roxin, su principal exponente 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>6</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 al Parlamento, al cual éste se encuentra vinculado en los fines e instrumentos de tutela, así como en sus límites negativos.<sup>7</sup>

En España encontramos un panorama semejante: los más destacados autores han elegido de igual forma 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>8</sup> En criterio de este autor, para la protección de un determinado bien se debe tener en cuenta la importancia que le da el orden superior, y es necesario que sea imprescindible para mantener el orden social.

Continuando con los autores ibéricos, García Rivas<sup>9</sup> sostiene también la vinculación indisoluble existente entre la Constitución y el

<sup>6</sup> Roxin, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, 1991, p. 21.

<sup>7</sup> Donini, Massimo, "Un derecho penal fundado en la Carta Constitucional. Razones y límites", en *Revista Penal*, Salamanca, No. 8, 2001, pp. 24 y ss. Interesante resulta la afirmación de este autor, en cuanto sostiene que su posición adquiere un corte *iuspositivista*.

<sup>8</sup> Arroyo Zapatero, Luis, "Derecho penal económico y Constitución", en *Revista Penal*, Salamanca, La Ley, No. 1, 1998, p. 3.

<sup>9</sup> García Rivas, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado democrático de derecho*, Colección Estudios, Ediciones Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.

derecho penal, en cuanto la primera define y legitima por sí 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>10</sup>

Encontramos en la actualidad posiciones como la de Sánchez Herrera, uno de los principales abanderados de esta corriente ideológica,<sup>11</sup> para quien los principios constitucionales son el fundamento, el soporte y el límite de la vinculación entre la dogmática y la política criminal. Este autor señala 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>12</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, que además es el fundamento del derecho a castigar, porque este último está indisolublemente ligado al modelo de Estado.<sup>13</sup> Esta



<sup>10</sup> Pérez, Luis Carlos, *Tratado de derecho penal*, Bogotá, Temis, 1967, p. 77.

<sup>11</sup> De hecho este importante autor nacional se ha autodenominado 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*, Bogotá, Nueva Jurídica, 2002, p. 23.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>13</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*, Bogotá, Legis, 2001. La anterior postura se refleja posteriormente en la construcción del delito que propone en su obra. Es importante la posición que maneja Henao Cardona en igual sentido, y para quien la Constitución traza los límites que debe limitar tanto positivamente como negativamente el ordenamiento jurídico-penal. Henao Cardona, Luis Felipe, *¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección?*, Salamanca, s. e., 2004.

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, razón por la cual encuentra un referente normativo,<sup>14</sup> jurídico, si se quiere, a la hora de justificar el derecho penal.

Sin embargo, estas propuestas reciben, sin más, acriticamente los postulados constitucionales (los cuales son aceptados), así como las interpretaciones que de éstas ha hecho el Tribunal Constitucional, y de esta manera desconocen las incoherencias en que puede incurrir el ordenamiento superior y dejan de lado el componente sociológico como explicación del sistema jurídico.

Adicionalmente, el hecho de renunciar a una construcción sistemática, que prefiere las soluciones a casos concretos,<sup>15</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 imprevisible el sistema, cuando la previsibilidad de las decisiones judiciales, como expresión de la seguridad jurídica, constituye uno de los fines de la dogmática.

## 1.2 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 la legitimación del sistema penal, después.<sup>16</sup>



<sup>14</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 cuanto se encuentran normativizadas en la Carta Política. Cfr. Donini, *op. cit.*, pp. 24 y ss.

<sup>15</sup> Ejemplo de ello sucede en la evolución del concepto de *imputación objetiva* y cómo nociones tan importantes como la 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 Yesid Reyes Alvarado, "El concepto de imputación objetiva", en *Revista Derecho Penal Contemporáneo-Revista Internacional*, Bogotá, Legis, No. 1, 2002.

<sup>16</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, *El concepto del delito...*, *op. cit.*, p. 296, cfr. nota 39. Señala posteriormente Grosso García: "...en el modelo de sociedad que se encuentra hoy configurado y dentro del sistema constitucional y 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". *Ibid.*, p. 300.

Luhmann señala que la génesis y el mantenimiento del orden social están dados por la complejidad y por el fenómeno de la doble contingencia.<sup>17</sup> Con el concepto de complejidad, este autor 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 cuanto posible, no se rompe hasta que alguna prelación permita la decantación de uno de esos mundos como *real*.<sup>18</sup>

Ese campo de posibilidades, que se denomina complejidad,<sup>19</sup> se presenta como un caos;<sup>20</sup> pero una vez se introduce algún orden a esa inabarcabilidad y se reduce la complejidad, se sientan las bases para la prelación, que permite que uno de los mundos se afiance como real, y así comienza a existir la sociedad.<sup>21</sup>

Luhmann presenta la situación originaria a través de lo que denomina la *doble contingencia*,<sup>22</sup> en la cual se establece un contacto entre dos sujetos, donde aún no se ha reducido la complejidad, por lo que a ninguno le es 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* y cuando con su actuar pone fin a la indeterminación. Al actuar, realiza una oferta al otro sujeto, quien puede elegir si la acepta o no.<sup>23</sup>

Cualquiera que sea la respuesta, operará como selección, con lo que la otra parte se podrá enlazar en idéntica clave, que es el momento en el cual ha existido una comunicación entre las partes.<sup>24</sup>



<sup>17</sup> García Amado, Juan Antonio, *La filosofía del derecho en Habermas y Luhmann*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1996 p. 105.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 104

<sup>19</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*, Bogotá, Librería del Profesional, 1996, pp. 41 y ss.

<sup>20</sup> García Amado, *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*, s. d., p. 238.

<sup>21</sup> García Amado, *La filosofía...*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>22</sup> Cfr. Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Ed. Anthropos, Universidad Iberoamericana, 1997.

<sup>23</sup> Cfr. Luhmann, Niklas, *Sociedad y sistema. La ambición de una teoría*, Barcelona, Paidós, Universidad Autónoma de Barcelona, 1990. La cita corresponde al estudio preliminar que realiza Izuzquiza, Ignacio, p. 12.

<sup>24</sup> García Amado, *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*, *op. cit.*, p. 240.

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>25</sup> Así, para Luhmann, los sistemas sociales surgen por una necesidad,<sup>26</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 cómo ésta surge cuando un evento enlaza a los individuos a través de su sentido compartido y posee con ello el carácter de comunicación. Interpretando a Luhmann, García Amado define las comunicaciones como “eventos que, en cuanto dotados de sentido, poseen un valor comunicativo”<sup>27</sup> y serán los componentes de la sociedad.<sup>28</sup> Por su parte, los eventos se definen en la misma línea como “aquello que para un sistema funciona como unidad no susceptible de ulterior descomposición”.<sup>29</sup> Sin comunicaciones no es posible que exista sociedad,<sup>30</sup> pues éstas son 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>31</sup>

Así, tenemos 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, pues se establecen las posibilidades que se pueden desarrollar en su interior. Pero ello es sólo el inicio de un proceso que debe continuar con la permanente reducción de la complejidad, generando subsistemas.<sup>32</sup>

<sup>25</sup> García Amado, *La filosofía...*, op. cit., p. 104.

<sup>26</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*, Madrid, Trotta, 1998, p. 64.

<sup>27</sup> García Amado, *La filosofía...*, op. cit., pp. 109 y ss.

<sup>28</sup> “Ahí donde hay comunicación, hay sociedad”, sentencia García Amado, *La filosofía...*, p. 111. En igual sentido, García Amado, *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*, op. cit., p. 238. Asimismo, Castro Ospina señala: “En el sistema social la comunicación es un proceso de selecciones que le permite reducir la complejidad”, op. cit., p. 43.

<sup>29</sup> García Amado, *La filosofía...*, op. cit., p. 111.

<sup>30</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, además de ser su elemento diferenciador frente a otros sistemas, son su elemento constitutivo. García Amado, *La filosofía...*, op. cit., p. 111.

<sup>31</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*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2001, p. 53.

<sup>32</sup> García Amado, *La filosofía...*, op. cit., pp. 111 y ss.

El aumento de las personas que se integran al sistema y a la multiplicación de comunicaciones<sup>33</sup> genera una complejidad que García Amado denomina *paralizante*,<sup>34</sup> que impide el crecimiento de la sociedad hasta tanto no se reduzca. Mientras cada individuo deba tener en consideración todos los presupuestos posibles en la sociedad ante cada evento y cuente con un sistema comunicativo general e indeterminado, es inevitable el bloqueo de la dinámica, debido a una *sobresaturación*.<sup>35</sup>

Para resolver el problema de la sobresaturación 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>36</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 cuanto permiten un tratamiento sectorial y simplificado de la parte de la complejidad de que se ocupan, con lo cual los otros subsistemas podrán prescindir de su tratamiento y apreciarán la reducción de la complejidad. Ésta es, según García Amado, la génesis de los sistemas y estará dada por la especialización funcional en la reducción de la complejidad.<sup>37</sup>

Los subsistemas forman parte a su vez del sistema social global y se construyen sobre la base de las comunicaciones, y así se diferencian como sistema propio y autónomo gracias a la *clave* conforme con la cual ordenan sus comunicaciones.<sup>38</sup> A su vez, se busca que la reproducción de los elementos dentro del sistema sea ordenada, de manera que las estructuras de éste permitan que las comunicaciones se sigan de otras con un cierto orden. Con ello se trata de hacer previsibles las comunicaciones que sigan a otras comunicaciones dentro del sistema, por lo que las estructuras se componen de expectativa.<sup>39</sup> Una vez se ha logrado la reducción de la complejidad, surge lo que García



<sup>33</sup> Cfr. Morales de Setién Rabian, Carlos, *La racionalidad jurídica en crisis. Pierre Bourdieu y Günther Teubner*, En: *La fuerza del derecho*. Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 2000. p. 54.

<sup>34</sup> García Amado, *La filosofía...*, *op. cit.*, pp. 111 y ss.

<sup>35</sup> *Ibid.*, pp. 111 y ss.

<sup>36</sup> Es importante señalar, con García Amado, que no toda interrelación es un sistema: sólo lo será si se limita a sí misma frente al medio. *La filosofía...*, *op. cit.*, pp. 111 y ss.

<sup>37</sup> *Ibid.*, pp. 111 y ss.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pp. 111 y ss.

<sup>39</sup> García Amado, *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*, *op. cit.*, p. 238.

Amado denomina lo *esperable*, con lo que se logra la estabilización de los sistemas y se permite el cumplimiento de sus funciones.<sup>40</sup>

Cada partícipe de estos procesos sabrá qué esperan los demás de él y, a la vez, qué puede él esperar de los demás.<sup>41</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 *intercambiables*<sup>42</sup> ante el sistema. Las expectativas compartidas permiten la estabilidad del sistema y, al mismo tiempo, el entramado de expectativas constituye la estructura de cada sistema social.

La solución de la doble contingencia es posible mediante las expectativas que recaerán tanto sobre conductas como sobre otras expectativas. Esas expectativas, a la vez, 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. De igual forma, son temporalmente válidas para largos períodos y cuentan con un elemento de generalidad que se alcanza encajándolas en 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>43</sup>

Si el sistema nace en una sociedad compleja por esencia, con la finalidad de reducir esa complejidad su propia existencia se encuentra determinada por el 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 por ello 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>44</sup>

---

<sup>40</sup> García Amado, *La filosofía...*, *op. cit.*, pp. 111 y ss.

<sup>41</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, *El concepto del delito...*, *op. cit.*, p. 320.

<sup>42</sup> García Amado, *La filosofía...*, *op. cit.*, pp. 111 y ss.

<sup>43</sup> *Ibid.*, pp. 111 y ss.

<sup>44</sup> García Amado, *La filosofía...*, *op. cit.*, p. 159.

Por ello —señala García Amado— las legitimaciones de un sistema deben ser su producto y no venir dadas desde afuera. No es 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 cuanto las instituciones sirven para generalizar un consenso presupuesto; el individuo consiente por anticipado en los resultados del funcionamiento institucional, existe, por lo tanto, un consenso tácito y quien niega ese consenso queda aislado y no podrá justificar su defraudación de expectativas.<sup>45</sup> En cuanto al sistema jurídico, su finalidad la constituye la utilización de perspectivas conflictuales para la reproducción y la formación de expectativas de comportamiento congruentemente generalizadas en lo temporal, material y social.<sup>46</sup>

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 desde pautas comunes es el derecho.<sup>47</sup> Este último permite la generalización de expectativas que, al darles un alcance que rebasa el tiempo, la situación y los partícipes de cada relación particular, permiten su vigencia como estructuras sociales.<sup>48</sup>

Si las estructuras de los sistemas sociales consisten en expectativas, hay una inseguridad presente, pues éstas podrán ser defraudadas, por lo que es necesario contar con un mecanismo que permita el mantenimiento del sistema aun en tales casos. Frente a una defraudación de expectativas, se tienen dos posibilidades:<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 168.

<sup>47</sup> García Amado, *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*, op. cit., p. 238.

<sup>48</sup> García Amado, *La filosofía...*, op. cit., p. 168.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 173.

- 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.
- 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, ésta desaparecería y las estructuras serían evanescentes, de esta manera quedaría intacto el problema de la doble contingencia. Así, para asegurar esas expectativas no modificables por actos particulares de los individuos, existe el sistema jurídico. Para Luhmann, la función del derecho estará dada por la estabilización de las expectativas de comportamiento, con lo que las normas jurídicas serán expectativas de comportamiento contrafácticamente estabilizadas.

El elemento coercitivo permite que los supuestos de las normas puedan realizarse aun sobre los incumplimientos o las oposiciones. El consenso legitimador otorga el respaldo a las expectativas normativizadas mediante normas legales, así como a las sanciones cuando éstas sean defraudadas.

Por su parte, el derecho no es un medio de evitar conflictos, sino de preverlos y prepararlos para encausarlos, en cuanto sus normas llevan implícita la previsión del conflicto, y gracias a éste les es posible reforzar las expectativas normativizadas, desencadenando los mecanismos tendientes a la imposición contrafáctica de las expectativas, que ahora aparecerán reforzadas para casos futuros.<sup>50</sup>

El conflicto es empleado por el derecho para poder generalizar las expectativas<sup>51</sup> y, a la vez, éste encuentra en el derecho el elemento dinamizador que permite su evolución y adaptación a los cambios en el medio social.<sup>52</sup> Igualmente, el derecho sirve para dar a los

---

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>51</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, "El concepto de imputación objetiva", *op. cit.*

<sup>52</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, *Dos estudios sobre...*, *op. cit.*, p. 50.

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>53</sup>

Lo anterior evidencia una inexactitud en el pensamiento de Urbano Martínez, por cuanto él señala que en una propuesta de este corte se da por presupuesta la legitimidad del sistema.<sup>54</sup> Esto no es cierto, pues el sistema jurídico o, mejor, el derecho se justifica por erigirse como estabilizador de las expectativas normativas y como reductor de la complejidad,<sup>55</sup> y su justificación derivará de referentes ajenos al derecho,<sup>56</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 al vínculo existente entre los conceptos de hombre, sujeto y persona,<sup>57</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, y ésta es la primera relación que establece.<sup>58</sup> En ésta, el mundo será todo lo que el hombre *no es*, es lo que lo rodea y es su



<sup>53</sup> García Amado, *La filosofía...*, *op. cit.*, p. 174.

<sup>54</sup> Urbano Martínez, *op. 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 redanda en la afirmación de que el sistema es autorreferente y se justifica por ello *en sí mismo*, acercándose —a nuestro juicio— a una propuesta de corte positivista. Sobre los sistemas autorreferentes, puede consultarse el pensamiento de H. L. A. Hart. Para una brillante exposición sobre éste, véase Rodríguez, César, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997.

Sánchez Herrera, *op. cit.*, p. 25, sostiene algo similar. Según él, 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”.

<sup>55</sup> Jorge Fernando Perdomo Torres señala: “...el derecho [...] tiene como función el mantenimiento de la estructura social que toma como base”. en *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

<sup>56</sup> El mismo Urbano Martínez lo señala cuando manifiesta que “las propuestas funcionalistas de corte radical [...] se dotan de una clara fundamentación sociológica”. Urbano Martínez, *op. cit.*, p. 39. Cfr. Grosso García, *El concepto del delito...*, *op. cit.*, p. 298.

<sup>57</sup> Seguimos en esto a Grosso García, *El concepto del delito...*, *op. cit.*, pp. 329 y ss.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 330.

propia creación, que es 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 el reconocimiento por parte del entorno del sujeto como individuo, su propio reconocimiento como algo distinto del mundo, y la necesaria identificación con los demás como semejantes, para alcanzar así su propia subjetividad. Superado lo anterior, el hombre será reconocido y se producirá 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 establecer procesos comunicativos con otros individuos, y de esa manera aparece el concepto de persona.<sup>59</sup> En ese momento el individuo se incorpora a la sociedad, de la cual reclama un reconocimiento como ser diferente, y se decide a establecer procesos de comunicación; con ello se beneficia del contacto social, pero debe asumir obligaciones con ese medio, y de esta manera aparece el concepto de responsabilidad.

En el momento en que la persona decide comunicarse, y con ello puede afectar a otros, debe correr con las cargas que ello implica, por cuanto a la vez se está beneficiando del hecho de vivir en sociedad. Además, el sujeto —entendido como ser social— es portador de roles y es fuente de expectativas para los demás miembros de la sociedad.<sup>60</sup> Ya hemos visto la importancia que tienen las expectativas dentro de la sociedad,<sup>61</sup> y de allí que cuando el individuo entra como portador de roles, si transgrede los procesos comunicativos, resulta apenas elemental que deba responder por ello.<sup>62</sup>

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 332.

<sup>60</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 sólo a quien respecto de determinadas actuaciones posee una posición de garante puede serle reprochado su comportamiento desviado". Reyes Alvarado, "El concepto de imputación objetiva", *op. cit.*

<sup>61</sup> Cfr. Bernate Ochoa, Francisco, "Algunos apuntes sobre la estructura del delito en el Código Penal Militar", en *Revista Derecho Penal Contemporáneo-Revista Internacional*, Bogotá, Legis, No. 4, 2003.

<sup>62</sup> Cfr. Reyes Alvarado, Yesid, *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1996 p. 128 y ss.

Así, 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.

Varias son las objeciones que esta posición recibe por parte de la doctrina. En primer lugar, se alega que una postura como ésta renuncia a legitimar el sistema y, por lo tanto, serviría para justificar cualquier régimen. En cuanto a esto, hemos visto cómo estas posturas sí se ocupan del problema de la legitimación del derecho penal, al buscarla 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, pues 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 ésta conduce inexorablemente a aceptar y eventualmente a presuponer de entrada los postulados superiores, sin importar su contenido y justificación.

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 comunicacionales. El sistema social le es ajeno al individuo y constituye su medio.<sup>63</sup>

El individuo es necesario para la sociedad, pero no forma parte de la autorreferencialidad del sistema.<sup>64</sup> El sujeto individual no es el centro del sistema,<sup>65</sup> es sujeto para sí mismo, así como para el sistema autorreferencial particular y propio de su conciencia; pero no hay sistemas de sujetos, en cuanto la sociedad y sus sistemas se componen de comunicaciones, no de individuos.<sup>66</sup>



<sup>63</sup> García Amado, *La filosofía...*, *op. cit.*, pp. 157 y ss.

<sup>64</sup> Castro Ospina, *op. cit.*, p. 43, señala: "la sociedad no está compuesta de seres humanos, sino de comunicaciones".

<sup>65</sup> Sobre este asunto, Urbano Martínez señala: "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, *op. cit.*, p. 39.

<sup>66</sup> García Amado, *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*, *op. cit.*, p. 249.

La conexión entre lo físico y lo social se da porque 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 irreductible, pero se toman como dato para su estructuración interna al mantener su propia complejidad.<sup>67</sup>

El elemento de enlace lo constituye el sentido,<sup>68</sup> por el cual el sistema se sirve del individuo como vehículo y centro de imputación de expectativas.<sup>69</sup> Ello se logra por el lenguaje, que traduce complejidad social en complejidad psíquica.<sup>70</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>71</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, de esta manera la acción individual es la constante identificadora.<sup>72</sup> La personalidad se explica como una serie de criterios identificadores del propio comportamiento. El hombre siempre 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>73</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 (desde ahí surge la explicación de los derechos humanos).<sup>74</sup>



<sup>67</sup> García Amado, *La filosofía...*, op. cit., p. 159.

<sup>68</sup> “la totalidad de las relaciones sociales tienen como propósito básico la búsqueda de sentido”. Grosso García, *El concepto del delito...*, op. cit., p. 329.

<sup>69</sup> Luhmann, *Sistemas sociales...*, op. cit., p. 131.

<sup>70</sup> García Amado, *La filosofía...*, op. cit., p. 159.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 159.

<sup>72</sup> En contra, Mir Puig, Santiago, “Sociedad, norma y persona en Jakobs”, en *Revista Derecho Penal Contemporáneo-Revista Internacional*, Bogotá, Legis, No. 2, 2003.

<sup>73</sup> García Amado, *La filosofía...*, op. cit., p. 159.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 159. 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. Véase Urbano Martínez, op. cit., p. 40.

El entendimiento del hombre como ser social marca el punto de partida para sostener que, en esta concepción, el individuo sí importa, pero como sujeto que necesita 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 sí 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>75</sup> 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 no puede contrariar de forma alguna la Constitución, debido a que el primero se encuentra subordinado a ésta; sin embargo, tal coincidencia se refiere a la legitimidad formal, pero de ninguna manera, a nuestro juicio, soluciona el problema de la legitimidad material.<sup>76</sup>

Visto lo anterior, es claro que las objeciones contra esta postura son infundadas y que, por el contrario, ésta logra una explicación adecuada al interrogante sobre la legitimación del derecho penal.

## 2. 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 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 de allí deviene la necesidad del derecho como mecanismo que permite lo anterior.

---

<sup>75</sup> Grosso García, *El concepto de delito...*, op. cit.

<sup>76</sup> Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

Igualmente, al ser la sociedad un ente organizado de la manera descrita y al ser el derecho una necesidad, la pena —como consecuencia de 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 en el interior del grupo social.

De no existir la protección de las expectativas, la sociedad estaría, indiscutiblemente, destinada a disolverse, en cuanto 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 necesarias para la comunicación dentro de la sociedad.<sup>77</sup> El derecho penal se ocuparía de mantener las estructuras normativas sobre las cuales se sustenta todo el orden social.

Por lo tanto, si entendemos que el hombre se beneficia de lo social, por cuanto 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 en el interior de la sociedad. Sólo así se permite el progreso de la sociedad.

Así 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, no es tema del presente estudio, pues ello desbordaría la temática analizada, pero es 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>78</sup>

---

<sup>77</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 [...] la 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 den por pérdidas en caso de que resulten defraudadas”. *Ibid.*

<sup>78</sup> Para algunos autores la legitimidad del derecho penal depende de la legitimación del Estado. Cfr. Ferraioli, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1997.

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>79</sup> sin embargo eso es asunto que no entra dentro de la presente disertación.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alimena, Bernardino, *Principios de derecho penal*, Madrid, Librería General de Victorino Suárez, 1915.
- Arroyo Zapatero, Luis, "Derecho penal económico y Constitución", en *Revista Penal*, Salamanca, La Ley, No. 1, 1998.
- Bernate Ochoa, Francisco, "Algunos apuntes sobre la estructura del delito en el Código Penal Militar", en *Revista Derecho Penal Contemporáneo-Revista Internacional*, Bogotá, Legis, No. 4, 2003.
- \_\_\_\_\_, *Delitos de falsedad en estados financieros*, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 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*, Bogotá, Legis, No. 3, 2003.
- Castro Ospina, Sandra Jeannette, *Influencias del funcionalismo en el sistema penal*, Bogotá, Librería del Profesional, 1996.
- Donini, Massimo, "Un derecho penal fundado en la Carta Constitucional. Razones y límites", en *Revista Penal*, Salamanca, No. 8, 2001.
- Ferraioli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1997.
- Forero Ramírez, Juan Carlos, *El delito de omisión en el Nuevo Código Penal*, Bogotá, Legis, 2001.
- García Amado, Juan Antonio, *La filosofía del derecho en Habermas y Luhmann*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1996
- \_\_\_\_\_, *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*, s. d.



<sup>79</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, *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*, op. cit., p. 236.

- García Rivas, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado democrático de derecho*. Colección Estudios, Ediciones Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.
- Grosso García, Manuel Salvador, *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2003.
- \_\_\_\_\_, *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2001.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho*, Madrid, Trotta, 1998.
- Henaó Cardona, Luis Felipe, *¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección?*, Salamanca, s. e., 2004.
- Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- Luhmann, Niklas, "Hacia una teoría científica de la sociedad", en *Anthropos*, Barcelona, No. 173-174, julio-octubre, 1997.
- \_\_\_\_\_, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Madrid, Anthropos, Universidad Iberoamericana, 1997.
- \_\_\_\_\_, *Sociedad y sistema. La ambición de una teoría*, Barcelona, Paidós, Universidad Autónoma de Barcelona, 1990.
- Messuti de Zabala, Ana María, "Reflexiones sobre el pensamiento penal", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, año 8, No. 31, 2000.
- Mir Puig, Santiago, "Sociedad, norma y persona en Jakobs", en *Revista Derecho Penal Contemporáneo-Revista Internacional*, Bogotá, Legis, No. 2, 2003.
- Morales de Setién Rabian, Carlos, "La racionalidad jurídica en crisis. Pierre Bourdieu y Günther Teubner", en *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 2000.
- Perdomo Torres, Jorge Fernando, *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Pérez, Luis Carlos, *Tratado de derecho penal*, Bogotá, Temis, 1967.
- Quevedo Barrero, Lucas Leonardo, *La Constitución y el aporte de Luhmann a la dogmática. Vías de acercamiento*, tesis de grado, Bogotá, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2000.
- Reyes Alvarado, Yesid, "El concepto de imputación objetiva", en *Revista Derecho Penal Contemporáneo-Revista Internacional*, Bogotá, Legis No. 1, 2002.
- \_\_\_\_\_, *Imputación objetiva*, Bogotá, Temis, 1996.
- Rodríguez, César, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997.

- Roxin, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, 1991.
- Sánchez Herrera, Esiquio Manuel, "Introducción", en *Entre el principalismo, el funcionalismo y las instituciones dogmáticas*, Bogotá, Nueva Jurídica, 2002.
- Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, José María Bosch, 1992.
- Urbano Martínez, José Joaquín, *La legitimidad del derecho penal. Equilibrio entre fines, funciones y consecuencias*, Bogotá, 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.