

EVOLUCIÓN DE LA DOGMÁTICA PENAL
DEL CAUSALISMO AL FUNCIONALISMO

Análisis histórico de la Dogmática del Derecho Penal principalmente de nuestro entorno jurídico cultural. Desde el Causalismo, pasando por el Neokantismo, el Finalismo, hasta llegar en las modernas tendencias Funcionalistas que dominan nuestra dogmática actual: Destáquese las tesis de ROXIN y JAKOBS.

Palabras claves: Dogmática Penal, Funcionalismo Penal, Historia del Derecho Penal.

EVOLUTION OF THE CRIMINAL DOGMATIST
OF THE CAUSALISMO TO THE FUNCIONALISMO

Historical analysis of the Dogmatist of the Criminal law principally of our juridical cultural environment. From the Causalismo, the Neokantismo, the Finalismo, up to the modern currents Funcionalistas that dominate the current dogmatist: from the above mentioned one distinguish the theses of ROXIN and JAKOBS.

Key words: Criminal Dogmatist, Funcionalismo Criminal, History of the Criminal law.

EVOLUCIÓN DE LA DOGMÁTICA PENAL DEL CAUSALISMO AL FUNCIONALISMO

Por, Sandro Montes Huapaya¹.

I. Introducción; II. El Positivismo: explicación causal de fenómenos empíricos; 2.1. El método del formalismo jurídico; 2.2. La teoría del delito en el Positivismo; 2.3. Cuestionamiento del Positivismo; III. El Neokantismo; IV. El Finalismo; 4.1. El método del Finalismo; 4.2. La estructura de la Teoría del Delito con el Finalismo; 4.3. Cuestionamientos al Finalismo; V. El Funcionalismo; 5.1. Funcionalismo Teleológico-Valorativo moderado: modelo de Racional-Final o Teleológico Funcional del Derecho Penal según ROXIN; 5.2. Funcionalismo Teleológico-Valorativo Radical: JAKOBS; VI. Al final de la luchas de Escuelas.

I. Introducción.

Iniciamos este recorrido afirmando que la dogmática jurídico-penal constituye la Ciencia del Derecho penal por excelencia². Es la ciencia de los penalistas. Cual sea el método del que se parta, en la elaboración de las diversas categorías y su integración de los conceptos en un sistema adherido a los estudios dogmático, proporcionan siempre una seguridad jurídica quimérico de otro modo.

Desde que la dogmática germinara con el movimiento codificador mucho a madurado hasta nuestros tiempos. Ya lo advertía en su momento el propio VON LISZT³, “*Cuando más se abandone a la casuística la legislación y la ciencia, tanto más insegura e incoherente será la Administración de Justicia*”⁴. Ante este temor, la labor primitiva del jurista dogmático se inicia cuando se centra en el análisis, deducción y teorización del Derecho codificado, conformando así los primeros sistemas que se tendrían por universales y permanentes, excluyendo toda consideración valorativa o sociológica. Y desde que surge esa gramática interpretativa de las normas jurídico-penales se alzan las fronteras mínimas de lo que puede ser penado y prohibido por el Derecho Penal, de qué elementos deben concurrir en un hecho para ser

¹ Sandro Montes Huapaya, Abogado Penalista, en Madrid, Sevilla y Lima.

² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, p. 120: “*A mi juicio, la consideración jurídica de la criminalidad debe ser destacada frente a la de otros tipos, y ello por dos razones: en primer lugar, porque los conceptos delito, pena o medida de seguridad sólo tienen relevancia para las disciplinas no jurídicas en cuanto vienen definidos y delimitados por las normas jurídico penales; en segundo lugar, porque los conocimientos que brindan estas ciencias tienen fundamental significación en tanto que sirven para una mejor regulación jurídica, adquiriendo únicamente en función de esta regulación jurídica importancia práctica*”.

³ LISZT Franz Von, integra la corriente "causalista naturalista" en la teoría del delito, a la que también pertenece Ernst von Beling. Según los causalistas naturalistas, la acción es una causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria.

⁴ VON LISZT, Franz, citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 44.

jurídico-penalmente relevante y punible. El *Ius Puniendi* estatal queda arrinconado, neutralizado, frente a la codificación.

Se evidencia así que el propósito de la dogmática, inicialmente en construcción, independientemente de su desarrollo científico, ha sido la de obtener siempre una seguridad jurídica, ser una barrera infranqueable ante ideologías sociológicas y el *Ius Puniendi* estatal. Estaba en juego la idea de defensa del Estado de Derecho⁵.

Desde esta perspectiva garantística, la dogmática jurídico-penal “*hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuando menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución*”⁶ Con ello, se garantiza los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encause dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites. La Dogmática jurídico-penal se presenta así como una derivación del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal e igualmente como una conquista irreversible del pensamiento democrático⁷.

Posteriormente, y conseguida la conquista de limitar el *Ius Puniendi* estatal, la dogmática cuestiona el hecho de entenderse simplemente como reproducción de la voluntad de la ley. Se delibera frente a su testaruda neutralidad valorativa. El Derecho penal no debía aislarse de la realidad social, porque correría el riesgo de caer en una supervaloración del pensamiento lógico-sistémico y con ello a la relativización de la misma. De esta observación, de la necesidad de tratar de emparentar a la norma con los valores ha dado lugar el segundo gran impulso del Derecho penal, el de acercarlo a la realidad social. A partir de aquí es donde debemos prestar más atención al discurso de su justificación. ¿A qué tipo de realidad social nos referimos? ¿Qué función cumple el Derecho penal dentro de la Política criminal que adopte una sociedad? Nos hacemos esta última pregunta porque en la actualidad las barreras entre en Derecho penal y la

⁵ En palabras del profesor peruano, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho Penal. Parte General. Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas*, Ed., Rodhas, 2da edición, Lima, Perú. 2007, p. 139 y ss., este autor establece que la teoría del delito cumple un rol fundamental: primero, como criterio interpretativo de la norma jurídico-penal, a fin de fijar la relevancia jurídico-penal del comportamiento conforme a los alcances normativos del tipo penal y, segundo como método lógico-deductivo dirigido a resolver un determinado grupo de casos, como interdicción a la arbitrariedad judicial y como mecanismo garantizador del principio de igualdad. Prosigue: “*la pretensión punitiva del Estado en una sociedad democrática debe estar sujeta a determinados límites que compaginan coherentemente en las líneas programáticas de la Teoría del Delito. La Teoría del delito constituye la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser prohibido y penado por el Derecho Penal y ofrecer las respuestas, de qué conductas y qué elementos deben concurrir, para que un hecho sea jurídico-penalmente relevante y punible, esto es, cuáles son las características que debe contener una conducta para que pueda ser alcanzado con una pena.*”... “*Esta respuesta sólo podrá derivarse de la función que se le asigne al derecho penal en un Estado Social de Derecho, el Derecho penal tiene como misión fundamental, proteger los intereses sociales, tanto individuales como colectivos, que son considerados indispensables para asegurar una participación activa en la vida política y jurídica de una sociedad organizada. Actúa también como un medio de prevención, en el sentido de motivar a los ciudadanos mediante la internalización de la norma de conducta para que se abstengan de realizar conductas que afecten bienes jurídicos; para cumplir eficazmente esta función se conmina con una pena la infracción de la norma de conducta, creándose así el temor de una sanción, produciéndose un efecto disuasorio de inhibición del animus delictivo.*”

⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Ed., Tecnos, Madrid 1990, p. 158.

⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, p. 136.

política criminal se difuminan, como lo expondremos en nuestro recorrido. Como comentamos en el Primer Capítulo, a la hora de abordar “*La Dogmática Jurídico-penal*”, en un sistema orientado axiológicamente por principios de política criminal es la que tiende a convertirse en una estructura dogmática próxima a la realidad social. Pero, con ello no se diga que desatendamos la función garantista que impone en Derecho penal. Más por el contrario, lo que se pretende es que la política criminal asuma también una función garantística de delimitación de la intervención punitiva estatal, acogiendo todas las garantías de tipo formal y sustancial que la dogmática se ha empeñado en mantener, como tutela de las libertades individuales en una estructura socio-estatal. Este sistema abierto, permeable a la incidencia directa de los principios materiales que han de inspirar la intervención penal, debe constituirse en un vehículo adecuado para traducir en términos conceptuales y trasladar a la práctica aspiraciones como la de restringir la intervención del poder punitivo al mínimo auténticamente necesario⁸. Y en esos conceptos ha de reconocerse las distintas configuraciones sociales y políticas que reconozcan sus ciudadanos dentro de un estado. Trátese de una gramática propia en cada realidad social. Afirmamos nuestro compromiso a la elaboración de nuestra propia gramática penal, acorde con nuestras realidades sociales latinoamericanas.

A continuación pasamos a exponer las distintas corrientes jurídico-penales que han predominado en su momento hasta nuestros días.

II. El Positivismo: explicación causal de fenómenos empíricos.

El Positivismo parte del rechazo del carácter científico de la circunspección jurídica del delito, y la idea de su sustitución por una consideración sociológica o antropológica (positivismo sociológico-naturalista). Surge así la Criminología como ciencia autónoma (sus precursores, en Italia, LOMBROSIO, FERRI Y GARÓFALO; y en Alemania, VON LISZT, representando la visión moderna). Lo importante para esta corriente es verificar cuál es la causa del delito y qué efecto tendrían las penas. La dogmática pasa a un segundo plano, formando sólo juristas prácticos, cobrando importancia disciplinas como la Penología y la propia Política criminal, que forman a verdaderos juristas científicos.

II.1. El método del formalismo jurídico.

Entre sus representantes más destacados se encuentran ROCCO, BINDING Y VON LISZT. En el sistema formalista de BINDING, se toma como objeto de referencia dogmática a las normas de Derecho, que pueden ser positivas o no escritas. Y en esta última referencia a las leyes no escritas puede haber una orientación a la Política Criminal, pero todo se disuelve si es que se define al bien jurídico como “condición de la vida sana en una comunicad jurídica”. En BINDING, no es posible disociar la política criminal y la dogmática. Sin embargo, en el caso de VON LISZT, entiende el sistema dogmático como un sistema lógico (no teleológico), en el que predomina una vinculación a la ley. Sin embargo, su referencia a la Política criminal viene orientada por el concepto que éste toma del Bien jurídico, calificándolos como “*intereses que crea la vida*”. Así, la cuestión del “*Derecho correcto*” es una cuestión política y no jurídica. Los llamados a concretarla son los políticos y no los juristas en su trabajo hermenéutico. Visto así, la ciencia jurídica dogmática tiene una doble vertiente: la de *ciencia sistemática*, similar a la visión de BINDING y la de *ciencia práctica*. En este sentido, las proposiciones jurídicas y conceptos

⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. cit., p. 45.

más generales de ellas obtenidas son producto de una abstracción a partir de fenómenos de la vida jurídica y a éstos han de referirse.

II.2. La teoría del delito en el positivismo.

En el sistema de VON LISZT, asentado en el modelo causalista del positivismo, bajo una influencia marcada de la perspectiva naturalista, el delito y sus elementos están presididos por una base causalista⁹, naturalista, que es el acto o acción humana. Avocado al estudio del Código Penal Alemán de 1871, parte del mismo para concebir al delito como *la acción sancionada por las leyes penales*. La acción u omisión, desde una perspectiva causal, se configura así como el primer elemento del sistema dogmático del Derecho penal, que se concreta en un movimiento, o ausencia de movimiento, corporal voluntario. El examen del proceso psicológico que determina esa acción u omisión, es decir, del dolo o la culpa, no pertenecen al estudio de la fase objetiva del delito, sino a la subjetiva, o sea de la culpabilidad (bipartición en la formulación dogmática: objetiva y subjetiva)¹⁰. Para el causalismo, pertenece a la fase objetiva de la mecánica delictiva, la acción y la omisión, la tipicidad y la antijuricidad; a la fase subjetiva, corresponde la culpabilidad (el dolo la culpa), y para algunos la preterintencionalidad. Esta bipartición es propia en los sistemas de LISZT¹¹, BELLING y RADBRUCH.

Definido el sistema Causalista como un sistema penal cerrado a cualquier valoración jurídico-cultural o político-criminal, la *Conducta*, no es más que la causa de una modificación del mundo exterior cuya percepción se constata a través de los sentidos. La *Tipicidad*, no es más que el supuesto de hecho traducido en el tipo penal. El contenido de este elemento es puramente objetivo o descriptivo, percibidos por los sentidos y verificados mediante pruebas científicas. Sin embargo, el tipo tiene un fundamento limitador del *Ius puniendi*. En el sentido de BELLING, sólo las conductas descritas en los tipos penales pueden ser sancionadas dentro del mínimo y máximo de la pena señalada en el mismo. Si el tipo es objetivo y a la vez objeto de valoración, esas valoraciones no tienen lugar en la tipicidad sino en otro elemento del delito: *la antijuricidad*. La valoración de ese objeto determinará si la conducta es antijurídica (contraria a Derecho) o a pesar de ser típica resultaría justificada por considerados materiales que concurren en el momento de su realización.

⁹ El sistema jurídico penal causalista tiene sus orígenes en LISTZ, Franz VON el cual se concibe la "acción" como el fenómeno causal natural en el delito. Listz recoge ideas de las Escuelas Clásicas y Positivista; se avoca al estudio del Código Penal Alemán de 1871, a partir de la definición del mismo Código para el delito que es la acción sancionada por las leyes penales; realiza un estudio sistemático del derecho penal y del delito, partiendo de una base naturalística, causalista, que es el acto o acción humana.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal. Parte General*, T. II., 5ª edición, Ed. Ediciones Jurídicas, Lima, 1986, p. 653; FERNÁNDEZ, GONZALO D., "El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal", en *De Las penas*, homenaje al Prof. Isidoro de Benedetti, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1997, p. 215, sostiene el autor que: "... cabría que remontar esa división tajante del delito (sistema bimenbre) a la conocida teoría de las fuerzas de Carrara, quien distinguía entre la "fuerza física" y la "fuerza moral" en la composición de la infracción penal.

¹¹ LISZT, Franz Von, *Tratado de derecho penal*, traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa; y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, Ed. Reus, Madrid, 1927, p. 376; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, Ed. Losada, Bs. As., 1959, t. V, p. 149, sostiene este autor que Listz, identificaba a la culpabilidad con aquellos presupuestos subjetivos (dolo y culpa), junto a los cuales tenía existencia las consecuencias del delito. El conjunto de ambos constituía el delito. El "dolo" y la "culpa" serían formas de conexión psíquica entre el autor y su hecho.

Finalmente, la *culpabilidad psicológica* es entendida como conciencia y voluntariedad del agente encaminada a obtener un evento. "*Este concepto permitía hacer abstracción del problema del libre albedrío, en torno al cual existía entonces una ardua polémica, ante el auge de la concepción determinista del ser humano, por influencia del positivismo y de la teoría evolucionista de Darwin*"¹². La separación, entre hecho y su autor, en sus orígenes, obedecía a la división categorial de comprender el hecho, el suceso perturbador valorado negativamente, por un lado; y al sujeto responsable de aquel suceso, por otro lado¹³. Concepción comprendida en el momento por el fuerte predominio naturalista tendiente a encontrar datos empíricos explicables de las ciencias naturales a todos los conceptos jurídicos¹⁴ y a todos los ámbitos del saber¹⁵.

Se extraen, en principio, las siguientes consecuencias: la pena se impone individualmente al sujeto que realiza el acto (responsabilidad personal); la atribución de culpabilidad se limita por el hecho realizado (responsabilidad por el hecho) y sólo si es que media un nexo psicológico concretado en el dolo o culpa (responsabilidad subjetiva)¹⁶. Para FONZ LISZ, el dolo se configura como la relación psicológica entre el autor y el hecho; mientras que la culpa, era considerada como una relación psíquica imperfecta debido a que el autor provocaba un resultado no deseado que se había representado. En otras palabras, el autor sí había previsto el resultado provocado, pero previamente lo había desechado como posible. Resumiendo, a partir de 1907, se pudo desarrollar la Teoría del Delito siguiendo los postulados del sistema Clásico, con un presupuesto y tres categorías, según la siguiente estructura: *Conducta*, presidida por la causalidad; *Tipicidad*, es igual al tipo objetivo; *Antijuricidad*, caracterizada por la contravención del orden jurídico desprovista de alguna causa de justificación jurídica: legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio de un Derecho, consentimiento de un pasivo; y, la *Culpabilidad*, cuyas formas son el dolo y la culpa.

II.3. Cuestionamiento del Positivismo.

Entendido, con el método Neokantiano y las ciencias del espíritu que la Dogmática jurídico-penal se legitima como una disciplina científica, el problema pasa, en la década de los sesenta y primeros de los setenta, del siglo pasado, a regañar del modelo dogmático excesivamente confinado en sí mismo e inadecuado para atender a la resolución de los conflictos sociales. Críticas como su imposibilidad de resolver problemas prácticos o el empleo de su método *deductivo-axiomático*: siguiendo una la secuencia metodológica se parte de la confrontación del delito como hecho humano sin referencia a norma alguna (positivismo sociológico) o del delito frente a la misma norma jurídica o Derecho positivo (positivismo jurídico)

¹² CEREZO MIR, José, *Derecho penal. Parte general-Lecciones* (Lecciones 26-40), 2ª edición, Ed. De la Universidad Nacional de Educación a distancia UNED, Madrid, 2000, p. 20.

¹³ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4ª edición, Completamente corregida y ampliada, Trad. De Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993, p. 378.

¹⁴ ROXÍN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, Tomo I, *Fundamentos de la Estructura de la teoría del delito*. Trad. 2ª edición, por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p.794.

¹⁵ MORALES PRATS, Fermín, "Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: Convenciones normativas y función individualizadora", en *Libro Homenaje al profesor Dr. Ángel Torio López*, Granada, 1999, pp. 171-184.

¹⁶ Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, 4ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 1996, p. 95.

–*inducción*–; posteriormente nos planteamos las *hipótesis* en las que previa *deducción*, establecemos teorías, leyes o sistemas (resultados); finalmente *contrastamos* los resultados con los hechos o normas jurídicas, para finalmente buscar respuestas o soluciones. La finalidad es la construcción jurídica a través de la abstracción progresiva de los conceptos más específicos a los más generales. Se buscaba con ello unas fórmulas fundamentales y permanentes, similar al modelo de la geometría. La inviabilidad actual del método se manifiesta en la imposibilidad de la construcción jurisprudencial sólo con los presupuestos legales. El derecho por sí sólo no puede brindarse como “*el todo*” a la resolución de los problemas sociales. En este orden, el método se comporta como abstracto para atender a la realidad social cambiante, para considerar los avances habidos en las ciencias sociales e incluso para admitir las valoraciones político-criminales. En el mismo sentido, JESCHECK, nos dice que: “*No cabe (...) desconocer el peligro que encierra una dogmática jurídico-penal excesivamente anclada en fórmulas abstractas, a saber: de que el juez se abandone al automatismo de los conceptos teóricos, desatendiendo así las particularidades del caso concreto. Lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión del hecho, en tanto que las exigencias sistemáticas deben permanecer en segundo plano. Es necesario las entrada a las decisiones valorativas de política criminal en el sistema del Derecho penal*”¹⁷. No se duda cuando se afirma que el Derecho positivo debe configurar el marco inicial, abierto o flexible, que establece la demarcación de las construcciones dogmáticas de *lege lata*; pero en la elección del método (inductivo) de estudio no podemos erigir a la ley positiva, como única vía para la elaboración de los conceptos y menos pretenderlos hacerlos eternos. En esto han contribuido el método neokantiano y el finalismo, como lo veremos líneas abajo.

III. El Neokantismo.

Con el advenimiento del Neokantismo se diferencia ¹⁸entre el método explicativo propio de las *ciencias naturales*, y otro vinculado estrictamente a las ciencias del espíritu, las llamadas *ciencias culturales*. Permite este método afirmar la legitimidad científica de la dogmática (tesis del dualismo metodológico).

¹⁷ JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol., I, Ed., Bosch, Barcelona, 1981, pp. 264-265. En este mismo sentido, señala VIVES ANTÓN, tomas salvador, “las reglas positivas remiten fuera de si misma, y la teoría del derecho no puede elaborarse sin presupuestos metateoréticos. Y, en consecuencia, no cabe efectuar una separación tajante entre el derecho positivo y el derecho ideal al que éste remite como fundamento legitimador”, en “Dos problemas del positivismo jurídico”, en AA. VV., *Escritos penales*, Dir. J. R. Casabó Ruiz, Ed., Universidad de Valencia, Valencia, 1979, pp. 341-368, p. 349.

¹⁸ Representantes, ROCCO, BINDING Y VON LISZT. Destáquese este último como un criminalista que más enfáticamente a vinculado el desarrollo de las hipótesis y sus deducciones a teorías desde la inducción directa a las proposiciones del Derecho vigente. Decía, el autor, que la Ciencia del Derecho penal debía que “*comprender delito y pena como generalización conceptual en una consideración técnico-jurídica y desarrollar en un sistema cerrado los preceptos concretos de la ley, subiendo hasta los últimos principios y conceptos fundamentales*”. El subrayado es mío. LISZT, Franz Von, citado por ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. De MUÑOZ CONDE, Francisco, Ed., Bosch, Barcelona, 1972, p. 17.

Con el método neokantiano apoyado en consideraciones axiológicas¹⁹ y materiales se sustituye el método puramente jurídico-formal, pero sin dejar de lado el objeto al Derecho positivo. Valores que no son absolutos, universales e inmutables, sino condicionados a una realidad socio-cultural concreta, que coadyuvan a dar significado y contenido al Derecho positivo. Es decir, las valoraciones caen en el objeto de su estudio constituido por el propio Derecho positivo. Pero, no se desprende de la impronta naturalista que estima inherente a la realidad la idea de causalidad. Así las categorías jurídico-sistémicas se impregnan de una dimensión valorativa, adquiriendo una cosa o una acción “*significación*” o “*sentido*”. Con este aporte valorativo se distancian los conceptos dogmáticos de la ley como un todo sistémico. Así, entran con esa dimensión valorativa la consideración moderna del bien jurídico como realización del un valor, y de su lesión como criterios decisivos de la interpretación de los tipos.²⁰ En la teoría del delito la misma causalidad (física) absorbe consideraciones valorativas; lo mismo ocurre en la antijuricidad –antes eminentemente formal-, se llena de contenido material con las causas de justificación supraleales; y en la culpabilidad, entendida como relación de causalidad psicológica, se complementa valorativamente con la construcción del principio de inexigibilidad. Creemos decir, con razón, que el advenimiento de las valoraciones en todas las categorías jurídicas del Derecho penal se erige en apoyo imprescindible para cualquier edificación dogmática que se jate de ser más justa e ideal, incluso en cualquier construcción actual.

IV. El Finalismo.

La metodología del finalismo implica un cambio radical en relación al positivismo formalista y al relativismo axiológico neokantiano. Con el finalismo, el objeto esencial deja del ser el Derecho positivo, por razones de espacio y tiempo. Pero también deja de ocuparse de las valoraciones de contenido variable según las circunstancias culturales, inherentes en el método neokantiano. La dogmática ha de ser sistemática, pero su objeto ha de tener una dimensión permanente, supranacional y suprapositivo de la materia jurídica: nos referimos a las llamadas “*estructuras lógico objetivas*”, de carácter permanente y perteneciente al mundo de lo real, del ser, de lo ontológico²¹. En esas estructuras tienen inherente la dimensión de sentido, por lo cual no

¹⁹ No fue hasta el siglo mediados del siglo cuando el tema de los valores fue abordado con profundidad por la Filosofía, con autores como Scheler, Nietzsche, Windelband, Rickert, Weber, etc, y esto supuso el nacimiento de una nueva rama o subciencia de la Filosofía, la ciencia de los valores o Axiología. La etimología de esta palabra procede del griego: “*digno, valioso*”; y de: “*ciencia, tratado* “. Según esto, Axiología sería la “*Ciencia de lo valioso o de los valores*”.

²⁰ En este mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 57.

²¹ La ontología es la parte de la metafísica que estudia el ser en general y sus propiedades trascendentales. Puede nombrarse como el estudio del ser en tanto lo qué es y cómo es. La ontología define al ser y establece las categorías fundamentales de las cosas a partir del estudio de sus propiedades, sistemas y estructuras. Es importante tener en cuenta que la ontología estudia los seres en la medida en que existen y no se basa en los hechos o las propiedades particulares que se obtienen de ellos. Entre las principales cuestiones que aborda la ontología, se encuentran las entidades abstractas. Los números y los conceptos, por ejemplo, ingresan en el conjunto de las cosas abstractas, a diferencia de los seres humanos, las mesas, los perros y las flores. La ontología se pregunta qué criterio se utiliza para establecer si una entidad es abstracta o concreta, ya que hay entidades abstractas que no se saben si existen. La ontología también reflexiona sobre los universales (las propiedades o atributos). Estos referentes justifican la forma de referirse acerca de individuos: los ontólogos aún debaten sobre la existencia de los universales en las cosas o en la mente. La distinción entre lo mental y

cabría ninguna valoración sobre ellas, incluso en su formulación jurídica por el legislador. Si con el Neokantismo objeto y sujeto del conocimiento son imposibles de separación –la razón humana individual ordena la realidad en el marco de un proceso de conocimiento-, en otras palabras, el método determina la configuración del objeto. Con el finalismo, en cambio, no se alude a la razón humana individual para la configuración de la realidad. Lo que es, no lo aporta el sujeto en el proceso del conocimiento, sino de lo que se trata es que el mismo las descubra en la realidad²². “*La realidad, por tanto, ya tiene incorporada la dimensión de sentido: ésta es una dimensión ontológica, no epistemológica, del ser y no de su conocimiento. Este sistema finalista se inspira en la filosofía de Kant, que a su vez es el fundamento de la escuela llamada filosofía de valores, desarrollada en Alemania a principios del siglo XX, donde se plantea que el derecho no es una reproducción de la realidad, sino el resultado de los conceptos extraídos de esa realidad a través de una elaboración metodológica fundada en “valores” y “fines”. Por todo ello no sólo es posible, sino imprescindible, la separación entre objeto y el sujeto que conoce. Es el estudio del objeto el que determina el método. El sujeto habrá de descubrir las estructuras permanentes del ser a través del método fenomenológico*”²³. No se trata, entonces, de llenar las categorías con valores y menos por cada sujeto individual, sino de advertir las dimensiones de sentido que están en la realidad, que son universales y permanentes.

IV.1. El método del Finalismo.

El método del que se sirve el finalismo para advertir esas estructuras lógico-objetivas es el deductivo-abstracto. En conclusión, la pregunta sería, de qué estructuras lógico-objetivas partiría el Derecho penal. Si el mismo tiene como objeto el obrar humano, allí encontraríamos la primera, la *estructura final de la acción* y, como otro de sus elementos de su estructura a la culpabilidad *como poder actuar de otro modo*. La teoría finalista de la acción surge para superar la teoría causal de la acción, dominante en la ciencia alemana penal desde principios del siglo pasado. El jurista Hans Welzel dio origen a esta teoría que plantea una sistematización jurídico penal diferente a la ya conocida teoría causalista, en general Welzel acepta que el delito parte de la acción, que es una conducta voluntaria, pero ésta misma tiene una “*finalidad*”, es decir persigue un fin.

IV.2. La estructura de la Teoría del Delito con el Finalismo.

La estructura de la Teoría del Delito parte de la *Acción Final*. En palabras del mismo WELZEL, “*La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento finalista y no solamente causal. La finalidad o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la*

los procesos físicos de la mente constituye otro problema ontológico. Lo mental suele no ser accesible desde el punto de vista físico (una idea no se encuentra como tal dentro de la cabeza, sino que surge por un proceso físico); su existencia ontológica, por lo tanto, no está probada.

²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 58.

²³ WELZEL, Hanz, citado por, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 59.

obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es vidente, la causalidad es ciega"²⁴. El dolo se ubica sistemáticamente en el tipo. Por ejemplo, cuando un apersona yerra en el disparo dirigida hacia otra, frente a qué estamos: ¿frente a tentativa de homicidio o de lesiones? Aquí la importancia que el dolo se sistematice en la tipicidad, en el tipo de lesiones o en el tipo de homicidio, según la finalidad concreta.

La Tipicidad, tiene así una vertiente objetiva y otra subjetiva. El tipo subjetivo contendría al dolo, como finalidad, como sentido del objetivo, en el que se lesiona al bien jurídico, mediante un curso causal.

La Antijuricidad, comprende un juicio de valor objetivo, en cuanto se pronuncia sobre la conducta típica de un hombre, constituye una unidad de momentos del mundo exterior (objetivos) y anímicos (subjetivos).

La Culpabilidad, denominada teoría final de la acción²⁵ desarrollada por WELZEL conlleva a una nueva estructura en el sistema del Derecho penal, cuyo dominio abarcó hasta el año 1960²⁶. El punto de partida teórico del finalismo se halla en la crítica que WELZEL realiza al relativismo valorativo y al normativismo del pensamiento penal neokantiano. Superada las etapas de la culpabilidad bajo connotaciones naturalista-causalista o naturalista-psicologista, producto del advenimiento del finalismo, la concepción de la culpabilidad es entendida de forma exclusivamente normativa. Culpabilidad como reprochabilidad pura, implica un juicio de valor dirigido al autor. Así, como en la antijuricidad se muestra una acción como contraria a una norma legal de comportamiento e implica un juicio desvalorativo sobre la acción como tal; en la culpabilidad se decide si la acción antijurídica puede ser reprochada al autor y, por consiguiente, implica un juicio desvalorativo sobre el autor por su injusto realizado.

Luego de los trabajos de HELLMUTH VON WEBER y de HANZ WELZEL en los años treinta el dolo y la culpa ya no forman parte de la culpabilidad sino de la conducta humana

²⁴ WELZEL, Hanz, *Teoría de la acción finalista*, Ed., De Palma, Buenos Aires, 1951, p. 19.

²⁵ 36 Cfr. PEÑA CABRERA, Raul, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3ª edición, Ed. Grijley, Lima, 1997, p. 176: comenta este autor que esta teoría fue desarrollada por Hans Welzel a comienzo de los años 30 (1931) aunque con anterioridad la sostuvo Hellmuth von Weber (1929) y en época posterior la defendieron Alexander Graf zu Dohna (1936), Friedrich Schaffstein (1938), Richard Busch (1949), Werner Niese (1951), Reinhart Maurach (1954), Armin Kaufmann (1959), Günther Stratenwerth (1965), entre otros. Los años en que se mencionan aluden al momento en que se publicaron sus obras más representativas.

²⁶ SHÜNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales, estudios en honor de Claus Roxin en su 50 aniversario*, Trad. De Jesús María Silva Sánchez, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 43, 53, 54.

adquiriendo la teoría del delito una nueva estructura ubicando al dolo y la imprudencia²⁷ ya en el tipo del ilícito; la Tipicidad subjetiva²⁸.

Para WEBER, se actuaba culpablemente "quien accionaba antijurídicamente no obstante que puede conducirse conforme a derecho. A quien no ha tenido en modo alguno posibilidad de conducirse de otra manera, lo consideramos libre de reproche"²⁹. Añade WEBER, que la antijuricidad y la culpabilidad son los dos elementos fundamentales de la acción punible. La culpabilidad se halla en el "poder", la antijuricidad en el "deber". Ya lo decía WELZEL³⁰, que WEBER "representa el desarrollo de la más reciente teoría del injusto y la culpabilidad como sustitución de los contrarios "objetivo-subjetivo" por los contrarios "deber ser-poder"³¹. En todo caso, la reducción a tales consignas no está totalmente libre de dudas, ya que también el "deber ser" está limitado por "el poder" (esto es, el poder de actuar) pertenece a la esfera de lo injusto. En el ámbito de la culpabilidad se trata del

²⁷ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, *Curso de derecho penal. Parte general*, 1a edición, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996, p. 313, Sin embargo, conforme apuntan algunos autores, "De todos modos, no sería prudente entender que, con la concepción normativa pura, el dolo y la culpa dejan de tener relevancia para la culpabilidad. Esta no se manifiesta con los mismos apoyos en el actuar doloso y en el culposo. Así, para el acto doloso, se invocarán la conciencia de la antijuricidad y la posibilidad de comportarse con arreglo a las exigencias jurídicas captadas por ese conocimiento; y, en cambio, para el actuar culposo se planteará la posibilidad potencial de conocer la norma de cuidado y el cuidado personalmente exigible al autor. En consecuencia, las bases del juicio de culpabilidad difieren entre el acto doloso y el culposo, con lo que resulta que, si bien dolo y culpa no son simples formas de la culpabilidad sino parte del injusto, la culpabilidad se produce de manera diversa para el dolo y para la culpa respectivamente".

²⁸ HIRSCH, Hans Joachim, "El Principio de Culpabilidad y su función en el derecho penal", en *Revista peruana de Ciencias Penales*, Nro. 5, Enero-Junio, Ed. GC, 1995. p. 180; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general, I. El hecho punible*, Ed. Edersa, Madrid, 1982, p. 163: de la misma manera, este autor sostiene que la teoría final de la acción se aprecia de haber alcanzado esta meta por vez primera, dado que ha incluido el dolo ya en el momento de la adecuación típica de lo ilícito; BITENCOURT, Cesar Roberto, "Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade", en *Revista de Direito penal e ciências a fins*, Rev. Nro. 5, Dir. Lélío Braga Calhau,

<http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?pagina=5&id=117>: La teoría del delito encuentra en el finalismo uno de los más importantes puntos de su evolución. Es una de las más caras contribuciones de la teoría finalista, que fuera iniciada por el normativismo noekantiano, fue la extracción de la culpabilidad de todos aquellos elementos subjetivos que integraban la culpabilidad hasta entonces, dando origen a una concepción normativa pura de la culpabilidad, la primera construcción verdaderamente normativa, a decir de MAURACH.

²⁹ WEBER, Helmuth Von, "Para la estructuración del derecho penal" (Traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni), en *Nuevo Foro Penal*, (NFP), No. 13 (1982), Bogotá, 1982. p. 572.

³⁰ WELZEL, Hans, *Derecho penal Alemán. Parte general*, 11ª edición, 4ª edición Castellana, Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Ed., Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p. 169.

³¹ Cfr. STRATENWERTH, Günter, Loc. cit., p. 70-71: este autor comenta que: "Ilícito y culpabilidad suelen ser referidos a los conceptos de "deber" y "poder" respectivamente. Con ello lo que quiere decir es que lo ilícito se relaciona con la lesión del deber establecido por el derecho, independientemente de si el autor tenía la posibilidad de cumplirla o no; en la culpabilidad, por el contrario, se trata de la capacidad individual de cumplir con el deber. De acuerdo con esto, actúa antijurídicamente el que no hace lo que debía hacer y culpablemente sólo aquél que pudo hacer lo debido (...). Tales fórmulas no son falsas, pero si imprecisas, puesto que, por lo menos para los finalistas, ya en lo ilícito se introduce el "poder": la posibilidad de la acción. Los sucesos que el autor no ha dominado ni ha podido dominar no realizan un supuesto de hecho típico. El "poder" del que depende la culpabilidad, por lo tanto, es otro; se trata de la posibilidad de conocer la exigencia del deber y de comportarse de acuerdo con ella: es la posibilidad de una acción responsable".

poder de estructuración de la voluntad, más precisamente del poder-orientarse de la voluntad según contenidos de deber ser obligatorios".

Por su parte WELZEL, sustenta que la culpabilidad es un "juicio de reproche" de carácter personal formulado al autor del hecho cuando éste, a pesar de haberse podido conducir de conformidad con la norma, opta por comportarse de manera distinta; nace así, el criterio del "poder en lugar de ello" que sirve de base al juicio de reproche"³².

En WELZEL, se nota una vuelta al Clasicismo y por ello, se centra en el libre albedrío como fundamento de la culpabilidad. Entendida así la culpabilidad centra su contenido sobre tres núcleos temáticos: La Imputabilidad; la posibilidad de la conciencia de la antijuricidad; Cognoscibilidad de la norma de prohibición; y, la falta de especial situación de necesidad, las cuales hacen inexigible una resolución de voluntad conforme a la norma: el reproche puede ser dispensado cuando existan circunstancias que influyan fuertemente sobre la motivación misma, en estos casos se habla de inexigibilidad de otra conducta que exculpan el juicio de reproche.

Resumiendo, con la concepción de una acción final se modificó todas las categorías del delito dando origen al llamado sistema finalista, el cual fue expuesto en toda su extensión hacia el año 1940, para encontrarlo como a continuación se expone:

Conducta (finalidad); *Tipicidad*, compuesto por un elemento objetivo (elementos normativos, culturales y jurídicos) y un elemento subjetivo (dolo y culpa); *Antijuricidad*, caracterizada por la ausencia de causas de justificación, legítima defensa, estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho o consentimiento del sujeto pasivo; *Culpabilidad*, que comprende a la imputabilidad, conciencia de la antijuricidad, exigibilidad de otra conducta, la cual se excluye cuando ocurre: miedo grave o temor fundado, estado de necesidad exculpante o error de prohibición.

IV.3. Cuestionamientos al Finalismo.

En cuanto a esta teoría, tampoco ha estado exenta de críticas. La más destacada la que versa sobre el fundamento material: la libertad de voluntad.

Las críticas vertidas a la "*libertad de voluntad*" o "*posibilidad de actuar de otro modo*" que en su momento formularon los clásicos no sólo fueron el caldo crítico de los positivistas, sino también de los que se apoyaron en doctrinas del psicoanálisis. Al adoptar el finalismo un concepto normativo de culpabilidad anclado sobre estas consideraciones ontológicas, vuelven nuevamente las críticas sobre aquél "*poder*" repercutiendo en las bases mismas del concepto de culpabilidad en sentido material. El carácter ficticio, la falibilidad de aquella imagen antropológica del hombre racional y libre, deja de ser una perspectiva confiable.

Por otro lado, las críticas también se han manifestado en que bajo estos fundamentos metodológicos, el legislador al crear tipos penales debe estar sujeto a las estructuras permanentes de la teoría del delito y no violentarlas para evitar caer en contradicciones. De tal modo que el legislador debe partir de los conceptos de acción, antijuricidad y culpabilidad, como estructuras fundamentales, que servirán para preservar los derechos fundamentales del hombre, es decir que su actividad creadora no debe ser autónoma, si no sujetarse a los principios de la teoría del delito.

³² WELZEL, Hans, "Persönlichkeit und schuld" en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), 60 (1941), Berlín, 1941. p. 452 y ss.

V. El Funcionalismo.

El abandono de la defensa de las estructuras *lógico-objetivas* afectó la coherencia del modelo de Welzel, ya que un modelo de la teoría del delito orientado por consideraciones de política criminal evidenció un problema en la dogmática: la tensión entre la armonía del *sistema* y la consideración del *problema* que el hermeneuta jurídico está llamado a resolver, al fin y al cabo

El advenimiento de la corriente funcionalista no trajo consigo el abandono total de la estructura sistémica del finalismo, aunque sí los fundamentos de sus elementos. Por ejemplo, aceptó el avance que trajera el finalismo ortodoxo con la conocida *teoría estricta de la culpabilidad*, que la despojó del dolo y la culpa para anclarla en la tipicidad subjetiva. La culpabilidad así adquiere sólo contenidos subjetivos sobre el autor. Pero con ello, también se da un trato diferenciado al error de tipo y al error de prohibición, antes considerados similarmente. En un sistema edificado, sobre *la naturaleza de las cosas* no se podía adjudicar consecuencias iguales a situaciones diversas, por lo que siendo evidente que un error de tipo (el autor no sabe que mata) es más intenso que un error de prohibición (el autor sabe que mata, pero cree equivocadamente que tiene derecho a hacerlo), debía necesariamente generar consecuencias distintas. Dado que la distinción es esencial no cabía identificar ambos supuestos, por lo mismo que la muerte de un hombre en legítima defensa no podía ser asimilada a matar un mosquito.³⁴

De allí que todas las concepciones del funcionalismo se mueven dentro de las estructuras internas del finalismo o causalismo, pero con diferentes fundamentos en sus elementos. Así, Roxín, sostiene que sobre la base de la síntesis neoclásico-finalista se puede distinguir entre injusto y culpabilidad, esgrimiendo que el injusto caracteriza el desvalor de la acción (y en su caso del resultado), y en cambio la culpabilidad el "*desvalor de la actitud interna*" o el "*poder evitar y consiguiente responsabilidad*" del autor respecto de la realización antijurídica del tipo. Así también, se mantiene la consideración material, procedente del sistema neoclásico, del injusto como dañosidad (o nocividad) social y de la culpabilidad como reprochabilidad, que tampoco contradice el sistema finalista y que se mantiene en las teorías modernas del delito. Por ello, tanto el injusto y la culpabilidad también se explican, como desvalor del hecho y desvalor del autor, respectivamente. El funcionalismo acoge estas sedimentaciones sistémicas, pero las llenas de nuevo contenido en su fundamentación, como cuando hizo su aparición el sistema racional-final de Roxin, en 1970, rechazando la vinculación del sistema jurídico penal a las vinculaciones de las realidades ontológicas del, ser previas a la configuración del los tipos. El sistema jurídico penal debe ser tributario de las finalidades del Derecho penal y esto debe ser así en congruencia con la continuación de la filosofía de base neokantiana y neo hegeliana, que había tenido un bache durante las entreguerras y en el sistema neoclásico había tenido un desarrollo insuficiente.

El sistema funcionalista, en la práctica teórica y dogmática, tiene dos vertientes que estudiaremos a continuación, pero vale desde ahora decir que ninguna tiene una opinión dominante dentro de la dogmática jurídico-penal, toda vez que, según el propio Roxín, aún no se ha impuesto un sistema global elaborado sobre esas bases, y con respecto a su tesis (teleológica funcional) se encuentran aún en fase de desarrollo. Sólo diremos, que en el pensamiento

³³ RIGHI, Esteban, *Derecho Penal, Parte general*, Ed., Lexis Nexis, 1era edición, Buenos Aires, 2007, p. 123 y ss.

³⁴ *Ibidem.* p. 124.

estructural-funcionalista podemos distinguir un *funcionalismo moderado* o *racional*, que en su elaboración atiende a criterios de política criminal (en el caso Roxín), y de un funcionalismo radical que en su elaboración y desarrollo, como veremos luego, atiende a fines de prevención general positiva (en la línea de Jakob).

A continuación destacaremos el funcionalismo moderado de CLAUS ROXIN y el funcionalismo radical de GÜNTHER JAKOBS.

V.1. Funcionalismo Teleológico-Valorativo moderado: modelo de Racional-Final o Teleológico Funcional del Derecho Penal según ROXIN.

ROXIN, publica en 1970 su monografía *“Política Criminal y Sistema del Derecho Penal”* pretendiendo con ella superar las arduas polémicas entredichas entre causalistas y finalistas³⁵. Su finalidad era superar el alejamiento de las teorías elaboradas y las soluciones adoptadas a las mismas, muy alejadas de la realidad social práctica, como consecuencia de formulaciones abstractas a la que conducía el método empleado³⁶. Las graves limitaciones en el método dogmático y en especial del sistemático, las calificaba el maestro alemán como de *“deprimentes dificultades”*³⁷. Se rompe así con el normativismo extremo en el que habían incurrido los neokantianos, centrados en la *“naturaleza de las cosas”* y de la idolatría profesada por los ortodoxos finalistas hacia las *“estructuras lógico-objetivas”*. Dogmática y realidad social no se comunican³⁸, por lo que había que solucionar ese escollo: *“superar la contraposición tradicional entre lo satisfactoriamente correcto y lo político-criminalmente satisfactorio”*. Habría que superar, entonces, las barreras existentes entre el Derecho Penal y la Política Criminal

³⁵ ARIAS EIBE, Manuel José, “Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006), pp. 439-453, p. 440; También, véase, LENK, Hans, “Cuestiones teórico-científicas de la sociología”, en *Filosofía Pragmática*, Trad., de Garzón Valdés del original alemán de 1975, fecha por la que se cita, Ed., Alfa, Barcelona, 1982, pp. 63-95., p. 64: De ésta se ha dicho que *“fue, tal como hoy se ve cada vez con más claridad, una pseudo gran lucha llevada a cabo bajo la desafortunada etiqueta de ‘positivismo’ o ‘neopositivismo’ y en la que ambas partes mantuvieron una especie de diálogo de sordos”*.

³⁶ ROXIN, C., “Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems”, em *Festschrift für Günther Kaiser*, Ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1998: pp. 885 y ss.

³⁷ ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho penal* (trad. esp. de Muñoz Conde del original alemán *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, de 1970, fecha por la que se cita en el texto), Ed. Bosch, Barcelona 1972.p. 23

³⁸ SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed., Bosch Barcelona, 1992. pp. 69 y 72.. Manifiesta este autor que: *“La normativización de los conceptos es efectivamente precisa pues sólo ella proporciona la flexibilidad necesaria para posibilitar variaciones de contenido en los conceptos en función de cambios valorativos o del equilibrio de fines. En todo caso, debe quedar claro que, en sus orígenes, la reocupación de ROXIN es práctica y se halla muy relacionada con la crítica al sistema desde las perspectivas de la “Tópica”. Su propuesta es, pues, un intento de salvar el sistema haciéndolo, a la vez, apto para la resolución de problemas. La solución frente al sistema cerrado, por un lado, y el pensamiento tópico, por otro, se llama “sistema abierto” de orientación teleológica”*. Más adelante sostiene, este autor en cuanto al carácter descriptivo de la teoría del delito: *“En otras palabras, si se entiende que no es producto de una inducción a partir de los preceptos de un Derecho positivo, ni tampoco el resultado de un proceso deductivo a partir de la configuración de determinadas estructuras materiales del ser, sino que expresa los elementos que, según una concreta concepción valorativa, sin duda condiciona culturalmente, se estima que deben concurrir para sancionar penalmente un hecho”*.

³⁹ orientando el sistema mismo a las valoraciones de la Política Criminal hacia los fines mismos del Derecho Penal en general y de cada uno del sistema en particular⁴⁰. A esta nueva dirección dogmática se denomina “*sistema abierto*”⁴¹ intentando, con ello, dar soluciones a los problemas de la realidad práctica, pero sin caer en un puro pensamiento *tópico*⁴². Política criminal y sistematización dogmática deberían ser como las caras de una misma moneda a la solución del caso específico. Lo decisivo ha de ser siempre la solución del caso concreto, pero sin dejar de desatender a las exigencias sistemáticas,⁴³ porque cualquier Política criminal que prescindiera de la sistematización resultan poco fructíferas, debido a su carácter reduccionista.

En cierta medida no fueron pocos los que en aras de una “*mejor justicia*” negaban a la construcción dogmática, afirmaciones que guardaban algún parecido mimético con las

³⁹ ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, (1972), pp. 19-20. “*si las cuestiones politicocriminales no pueden ni deben penetrar en ella (en la dogmática, IOU), la deducción exacta del sistema puede garantizar ciertamente resultados inequívocos y uniformes, pero no materialmente justos. ¿Para qué sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad, es desde el punto de vista politicocriminal erróneo? ¿Debe ser preferible realmente a una decisión satisfactoria del caso concreto, que no es integrable en el sistema? Es evidente que debe responderse negativamente a esta cuestión y que hay que admitir las quiebras, motivadas politicocriminalmente, de la regla estricta. Pero, de este modo, se relativiza naturalmente todavía más la significación de los conceptos sistemáticos generales y de las abstracciones dogmáticas*”; Aunque de Política criminal ya se hablaba en pleno auge de las corrientes causalistas y finalista, como lo pone de relieve MUÑOZ CONDE, Francisco: “*Por lo demás, también en Alemania en los años 50 y 60, en pleno apogeo de la polémica entre causalistas y finalistas, los dogmáticos se ocupaban de la política criminal, sólo que, como ‘El burgués gentilhomme’ de Moliere, hablaban en prosa sin saberlo o, en este caso, sin decirlo, pero sabiendo perfectamente lo que hacían*”, en *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, Ed., Tirant lo blanch, Valencia, 3ª ed., 2002, pp. 96-97

⁴⁰ En palabra de ESTEBAN RIGHI, el abandono de la defensa de las estructuras *lógico-objetivas* afectó la coherencia del modelo de WELZEL, ya que un modelo de teoría del delito orientado por consideraciones de política criminal estableció una nueva tensión entre la armonía del *sistema* y la consideración del *problema* que el jurista enfrenta cuando debe resolver un caso. RIGHI, Esteban. *Derecho Penal. Parte general*. 1era edición, Ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 123 y ss.

⁴¹ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Tipicidad e imputación objetiva*, 2.ª ed., Editorial Jurídica de Cuyo, Mendoza, 1998, p. 58; en palabras de POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Instituciones de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2005, p. 39: “*el pretendido y deseado Derecho Penal mínimo y garantista es, a día de hoy –y no obstante la progresiva democratización y racionalización de la mayoría de los ordenamientos-, una aspiración idealista, una utopía más que una realidad. Tal aspiración de un más racional y armónico Sistema penal se ve paradójicamente contradicha por varios movimientos recientes, que caracterizan la actual Política Criminal. Se trata de movimientos fluctuantes, funcionales, variables, de muy diverso cariz y hasta contradictorios planteamientos. Aunque no entremos aquí en el análisis detenido de los rasgos que caracterizan al Derecho Penal de las modernas sociedades posindustriales, cabe afirmar que los actuales desarrollo del sistema punitivo conducen, paradójicamente, a posturas neocriminalizadoras, y –por ende- a la expansión del Derecho Penal, y no a su deseada reducción.*”.

⁴² VIEHWEG, T., «Tópica y jurisprudencia» (trad. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN), en *Ensayistas de hoy*, n.º 39, Ed., Taurus, Madrid, 1964, pp. 49 y 121. Ya en su momento fue este autor quien pretendió la sustitución del pensamiento sistemático en la Ciencia del Derecho, proponiendo su sustitución por un pensar tópico o pensamiento-problemático. Su procedimiento consiste en «*una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema*», por considerar que la categoría del sistema deductivo es “*inadecuada*” para la ciencia del Derecho; es «un impedimento para la vista».

⁴³ Por su parte, autores como JESCHECK: “*Lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión de hecho, mientras que las exigencias sistemáticas deben ocupar el segundo plano*”. En, ROXIN, Claus, *Política criminal*, 1970, p. 20, citando a JESCHECK. Sobre la tensión entre estos dos modos de hacer dogmática, v. Roxin, *Política criminal*, 1970, pp. 19-21.

manifestaciones de la Teoría de la tópicica y de la concepción hermeneútica de la interpretación y aplicación del derecho. Sin embargo, no explicaban en qué consistía la importancia de la justicia y hasta dónde se estaba dispuesto a llegar por afirmarla.

Todas las categorías dogmáticas en ROXIN deben ser entendidas desde los fines de la pena, que vienen dados por el propio sistema social. Desde esta perspectiva, la concepción del Bien jurídico en ROXIN está intrínsecamente ligada al sistema social mismo. Será aquello que resulte útil para el desarrollo del individuo o para el propio sistema social, y en ese orden la concepción material del injusto será precisamente la lesión de esos bienes útiles para el individuo o para el sistema. ROXIN, en su obra *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*, establece que el *tipo* cumple la función de determinación de la ley penal conforme al principio *nullum crimen*; a la *antijuridicidad* le corresponde la función de solucionar los conflictos sociales, y a la *culpabilidad* corresponde la función de determinar la necesidad de pena, conforme a consideraciones de tipo preventivo⁴⁴.

Por otro lado, si con el Derecho penal queremos buscar soluciones a la realidad social criminal, para su reducción, entonces tenemos que su finalidad adquiere tintes preventivos: prevenir y evitar el crimen. De lo que resulta es que el fin de las penas no es el de castigar o retribuir, sino de prevenir nuevos delitos: el fin de las penas será preventivo general positivo y de prevención especial, y en su concepción humanitaria llega a propugnar la adopción de medidas político-criminales tendentes a la sustitución de la pena de prisión –por ser ineficaz para la lucha de la criminalidad en general- por otras que supongan una menor injerencia en las personas, sin ser éstas menos eficaces que la misma en orden de prevención, para el caso de delitos menos graves y leves, centrando su atención, al mismo tiempo, en la necesaria atención a la víctima del delito y en la reparación del daño. Penas como los trabajos en beneficio de la comunidad, el arresto domiciliario vigilado a través de medios electrónicos o la suspensión o pérdida definitiva de la licencia para conducir y la multa, podrían resultar de una visión preventiva más eficaces que las mismas penas privativas de libertad.

Pero la formulación estratégica de ROXIN va más allá. No sólo se debe luchar contra la criminalidad empleando el arma del Derecho penal, sino, en el marco amplio de la prevención propugna una ciencia interdisciplinaria de la que el Derecho penal sería sólo uno de sus instrumentos. No sólo basta un catálogo de penas muy graves, en el caso de delitos graves, y otras menores, en el caso de los delitos de menor entidad, sino que en el marco de las políticas sociales (como ejemplo, reducción de la pobreza, la marginalidad, educación para eliminar los prejuicios de diferencias sociales, de la drogadicción, etc.) se tiene que reducir la criminalidad atacando precisamente su raíz.

En el plano dogmático, ROXIN piensa que hay dos aspectos importantes que puntualizar y que son justamente piezas centrales de esta nueva concepción, a saber:

En primer lugar, la teoría de la imputación al tipo objetivo. Dice ROXIN que mientras que el tipo objetivo –que para el sistema clásico agotaba el contenido del tipo, y al que los proyectos neoclásicos le añadieron sólo los elementos subjetivos del tipo y el finalismo le añadió el dolo- para las tres concepciones sistemáticas en los delitos de resultado quedaba reducido en lo esencial a la mera causalidad, en cambio, el nuevo timón teleológico hace depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la "*realización de un peligro no permitido dentro del fin de*

⁴⁴ SCHÜNEMANN, B. (comp.), "El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales", en *Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario*, Introducción, traducción y notas de Jesús María SILVA SÁNCHEZ, Ed., Tecnos, Madrid, 1991, p. 64.

protección de la norma", sustituyendo, así, por primera vez la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas. Esto nos lleva, a lo que se hace llamar, la moderna teoría de la imputación objetiva.

En segundo lugar, la ampliación de la *"culpabilidad"* a la categoría de la *"responsabilidad"*, en cuanto que a la culpabilidad como condición ineludible de toda pena se le debe completar siempre la necesidad preventiva (especial o general) de la sanción penal. Culpabilidad y necesidades preventivas se limitan recíprocamente y sólo conjuntamente dan lugar a la *"responsabilidad"* personal del sujeto, que acarrea la imposición de la pena.

ROXIN, expresó que el método jurídico tiene que partir de que las concretas categorías del delito –tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- y deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político criminal. De esta forma, la función político criminal del tipo consiste en la realización del principio *"nulum crimen sine lege"* y de él debe derivarse la estructuración dogmática.

Para ROXIN, la teoría del delito se fundamenta en la función social, en el fin (la misión) del derecho penal y de la pena, constituyendo, con ello, una ampliación del aspecto valorativo en la dogmática penal. Por eso, es mayoritaria la calificación de este sistema como sistemática racional-final o funcional. Su sistematización, entonces, no se fundamenta en criterios ontológicos (causalidad o finalidad), sino en las funciones político-criminales⁴⁵ (es decir, en el fin del derecho penal y la pena). El injusto se construye conforme a la función que tiene el derecho penal, con una tendencia ampliatoria debido a la teoría de la imputación objetiva, y la culpabilidad, con la introducción del criterio de necesidad de pena, se extienden hasta constituir una teoría de la responsabilidad.

Con ROXIN, las categorías tradicionales del delito (*acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*) subsisten pero orientadas hacia las líneas de la Política Criminal establecidas en la Constitución. Veamos, a continuación, qué valoraciones están presentes en cada categoría del delito, según la posición teleológica de este conspicuo penalista:

- En la *acción*, ROXIN, parte de un concepto valorativo de acción cuyo contenido consiste en podersele imputar a alguien como conducta suya un suceso que parte de él o un no hacer. La acción no se explica causalmente, por la conducta voluntaria, o la finalidad. Una persona actúa si determinado efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona, es decir, como centro espiritual de acción. Háblese así de un *"hacer"* o de un *"dejar de hacer"* y con ello de una *"manifestación de la personalidad"*
- En el *Tipo*, se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de pena según las determinadas necesidades, circunstancias y situaciones de la vida, que al fin y al cabo cumplirían, a demás, un fin político-criminal preventivo general. Se pretende con el tipo motivar al individuo para que omita la actuación descrita en el mismo (o en los delitos de omisión, para que lleve a cabo la conducta ordenada). Cumple una función nuclear la teoría de la imputación objetiva⁴⁶ si queremos excluir del tipo objetivo conductas que antes entraban en ella desde una concepción causalista (resultados casuales o a consecuencia del *versari in re illicita* - habrá culpabilidad no

⁴⁵

⁴⁶ Teoría elaborada por un conjunto de elementos normativos que sirven para regular el nexo causal, que a su vez pertenece a la parte objetiva de la tipicidad. Conforme a la imputación objetiva, un resultado típico debe imputarse al autor si se verifica que con su acción se elevó el nivel de riesgo permitido, siendo concretizado dicho riesgo en un resultado, resultado que a su vez pertenece al ámbito protector de la norma penal.

sólo cuando exista dolo o culpa, sino cuando hay intensión de realizar algo no permitido y se produce un resultado dañoso por mero caso fortuito-). Así, tenemos que la necesidad abstracta de pena bajo el aspecto de la prevención general y el principio de culpabilidad constituyen los criterios político-criminales rectores del tipo; y únicamente la prevención general es ajena a la interpretación del tipo, ya que la misma presupone un delincuente concreto, que aquí no desempeña aún ningún papel⁴⁷.

- El *Injusto*, en el sistema roxiniano también se tiñe de valoraciones al enjuiciar la acción típica concreta, según los criterios de la permisón o prohibición. El propio autor sostiene que en este tercer "escalón del delito" debería hablarse de "injusto" y no de mera "antijuridicidad". Fundamenta así su posición: "*Pues así como el tipo acoge dentro de sí la acción (sólo las acciones pueden ser típicas), el injusto contiene acción y tipo: sólo las acciones típicas pueden ser injusto penal. En cambio la antijuridicidad no es una categoría especial del Derecho Penal, sino de todo el ordenamiento jurídico: hay conductas que pueden ser antijurídicas para el Derecho civil o el Derecho Público y no obstante ser irrelevantes a efectos penales; y las causas de justificación también proceden de todos los campos del Derecho, lo que no deja de ser importante para los criterios rectores del injusto*"⁴⁸. Lo que cabe destacar en este nivel es que se analizan y se buscan soluciones en tres funciones; a saber, la solución de las colisiones de intereses de forma relevante para la punibilidad de uno o varios intervinientes; la referencia del injusto como punto de enlace para las medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas; y la concatenación del Derecho Penal con todo el ordenamiento jurídico.
- La *Responsabilidad*, con ROXIN, es sinónimo de merecimiento de pena por el injusto que ha realizado. Pero ese merecimiento de pena se encuentra limitada por la culpabilidad del sujeto. Así, a la culpabilidad como presupuesto debe añadirse una necesidad preventiva de punición. Razona el gran penalista, que en el denominado estado de necesidad disculpante actúa tanto antijurídica como culpablemente: porque el autor puede actuar de otro modo y si estamos ante el dato que el sujeto puede sobrellevar una superior exigibilidad tendrá que resistir el peligro y se le castiga si no lo hace. Si no estamos ante una total inexigible la impunidad no se fundamenta por tanto en la falta de culpabilidad, sino en las necesidades de pena tanto preventivo general o especial, con lo que queda excluida la responsabilidad⁴⁹. Lo mismo opera como fundamento para la legítima defensa. Bajo estos razonamientos, se puede colegir que la dirección político-criminal valorativa no se dirige hacia el hecho o injusto, propiamente, sino hacia el delincuente: ¿hay una necesidad de pena individual?

Las tesis de ROXIN presentan, según lo expuesto, una moderada normativización y funcionalización de los conceptos y categorías jurídico-penales, a diferencia de lo defendido por el profesor de Bonn, GÜNTER JAKOBS, que, se caracteriza por una completa absolutización o radicalización, tanto de la normativización como de la funcionalización de los mismos, como veremos a continuación.

⁴⁷ ROXÍN, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.*, Ed., Thompson Civitas, 2003, p. 219.

⁴⁸ ROXÍN, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.*, Ed., Thompson Civitas, 2003, p. 219.

⁴⁹ ROXIN, Claus, "Evolución y modernas tendencias de la Teoría del delito en Alemania", *Colección Vanguardia en Ciencias penales*, Ed., Editorial Ubijus, 1era reimpresión de la 1ea edición, México.D.F., 2009, p. 28.

V.2. Funcionalismo Teleológico-Valorativo Radical: JAKOBS.

Jakobs, por el contrario, reniega de la concepción tradicional del delito y diseña su sistema apoyándose en las ideas de Talcott Parsons y del sociólogo alemán Niklas Luhmann, quien desde su ensayo "*Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*" (1974) infiltró al Derecho penal con la sociología⁵⁰. Para algunos este acercamiento a la sociología representa un peligro al convertir al derecho en "*apéndice de las elaboraciones sociológicas*", perdiendo con ello su autonomía. Véase que el cargo es similar al que en su momento se le formulara a Enrico Ferri, con el Positivismo.

Si bien es cierto que Parsons aporta un concepto *voluntarista de acción*, concediendo un papel importante a los elementos empíricos de ésta, éste postula a la vez, una interdependencia de los mismos con otros de índole normativa. Para Luhmann, en cambio, la idea de sistema se contrapone a la de elemento: el sistema es el todo, mientras que el elemento la parte de aquel, pero no se puede negar el hecho mismo de que el sistema cualifica los elementos, pues la unidad de un elemento no está ónticamente dada, sino que empieza a constituirse como unidad a través del sistema, el cual recurre a un elemento para establecer sus relaciones. El derecho penal, bajo este pensamiento, sólo es un elemento del sistema: un subsistema dentro del sistema único.

Para Günther Jakobs, el funcionalismo en materia penal se concibe como la teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad.

La preservación de la sociedad es el objetivo que da sentido al Derecho penal, con lo que la práctica jurídico-penal es un ejercicio de autopreservación de la sociedad y, mediatamente, de preservación de la identidad individual que sólo es una identidad social, inserta en unas concretas referencias que son sociales y normativas a un tiempo. Sin tal función, el sentido de las normas penales decae, pues con el fin de la sociedad acabaría también toda posibilidad de que los individuos pudieran organizadamente defender su identidad y, más aún, desaparecería también la posibilidad de que el individuo tuviera una identidad que le permitiera percibir unos intereses que fueran algo más que puros instintos. Es la identidad de la sociedad la que permite la identidad de los sujetos singulares.

Al respecto señala el propio Roxín, que la construcción funcionalista de Jakobs, vuelve del revés la concepción de su maestro Welzel, al partir de la base de que conceptos como *causalidad, poder, acción, etc.*, no tienen un contenido prejurídico para el Derecho Penal, sino que sólo se pueden determinar según las necesidades de la regulación jurídica. El mérito de Jakobs consiste en haber llenado de contenido funcionalista a los elementos del delito dentro de la línea de Lhuman.

Para Jakobs, entonces, el orden ontológico propio del finalismo se sustituye por una Teoría de la Sociedad (sociología del derecho y Teoría del Derecho) que se organiza en atención

⁵⁰ Las variadas teorías del pensamiento funcional sociológico –corriente sistémica que surge en Inglaterra por los años 30 del siglo pasado– ha repercutido en las diferentes ramas de las distintas áreas; aunque concentra sus temas en la sociología y la antropología, también ha influido en los sistemas de la Educación, en la Administración y en el Derecho, entre otros. Específicamente, en el ámbito de Derecho, las diferentes direcciones del funcionalismo estructural de PARSONS y del funcionalismo sistémico de LUHMANN han desarrollado sorprendentemente el Derecho penal. JAKOBS, por su parte, representa un cambio de paradigmas en el Derecho Penal al acoger estas tesis funcionalistas y da origen a ese giro al establecer que las categorías dogmáticas no pueden hacerse con base a una fundamentación ontológica del Derecho.

a los fines que persigue el Derecho Penal ¿Qué es lo que pretende la sociedad estatalmente organizada? Por eso parte de una concepción de la sociedad similar a la de un complejo orgánico armónico, donde cada individuo del sistema desarrolla una concreta función que permite la coherencia del sistema y asiste al desarrollo dinámico de la misma, salvaguardándose así su estructura básica.

El hecho de ser persona significa tener que representar un papel dentro de un mundo normativo. Desde esta perspectiva se tiene que fijar de modo objetivo qué es lo que significa un comportamiento (acción), si significa una infracción a la norma o algo que no arrastra lesividad social, de modo que ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento, que ha de orientarse sobre la base de estándares, roles y estructuras objetivas, como los elementos del delito⁵¹.

La función del Derecho Penal no es otra que la de coadyuvar al establecimiento del orden y protección de las condiciones necesarias que posibiliten el mantenimiento de la vida humana en comunidad. La sanción, por tanto, contradice el mundo del infractor de la norma y afirma la no vigencia de la misma.

Si se parte de la *misión del Derecho penal* y no de la esencia (o de las estructuras) de objetos de la Dogmática penal, ello conduce a una (re) normativización de los conceptos. Se trata de conceptos nuevos y terminantes: es la norma revitalizada, o mejor dicho, renormativizada, la esencia del asunto. Es de entender, en esa orientación que el sujeto infractor es sólo el que puede ser responsable por el delito cometido, prescindiendo de que haya o no ocasionado el daño. Es la nueva modalidad de la teoría de la imputación objetiva, en la cual Jakobs arma todo un sistema diferente a la teoría del riesgo de Roxin, con su *teoría de los roles*, en la cual introduce categorías como el *principio de confianza*, de *actuación a propio riesgo*, *principio de prohibición de regreso*.

“*Persona*” resulta ser algo distinto de un ser humano, un individuo; éste es el resultado de procesos naturales, aquella un producto social. Dentro de este orden de comunicación normativa coexisten dos tipos de normas. Unas dadas por el mundo racional, de común entendimiento y aceptación cognitiva para todos los individuos y que no necesita de una estabilización especial. Otras normas no tendrían esa fuerza quien no la acepte, puede que sea comprendido en algunas sociedades parciales, pero sólo allí. Otra parte de las normas, carecen por completo de tal fuerza originaria para autoestabilizarse, en concreto aquellas que en una noción social no pueden representarse como dadas o reveladas previamente, sino que son normas hechas⁵².

La doctrina de este maestro alemán no es dominante dentro de Alemania ni en el resto del mundo. Es contrapuesta a la doctrina dominante que considera que la misión del Derecho penal es la tutela y protección de los bienes jurídicos amparados por el Derecho; ante ello, Jakobs considera en su pensamiento que la protección de la vigencia de la norma debe conseguir su aceptación o validez en la teoría de los fines de la pena: para él el hecho delictivo es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación. En este contexto, la pena sirve para confirmar la vigencia de la norma, a pesar de su infracción, y logra el ejercicio en la fidelidad hacia el derecho, y finalmente, cuando se impone, aparece la conexión existente entre el delito (que atenta contra la

⁵¹ MEDINA PEÑALOZA, Sergio, *Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo e Imputación Objetiva*, 2ª edición, Ed. Ae Angel, Mexico, 2003, p. 190.

⁵² En el mismo sentido, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Grijley, Lima, 2007. p. 253.

norma) y la obligación jurídica ineludible de soportar las consecuencias, que él llama "*ejercicio en la aceptación de los costes*".

Con Jakobs, el Derecho penal debe garantizar la expectativa de que el sujeto es fiel al Derecho; caso contrario, se comporta de manera culpable, independientemente de su estado psíquico (conocimiento o no). De ahí que el grado de fidelidad al Derecho se establece como un baremo objetivo para el castigo. Quien es culpable entonces, tiene un déficit de fidelidad al Derecho.

Para Roxin, la particularidad más hostil en el pensamiento de Jakobs es que, consecuente con su teoría del fin de la pena, la culpabilidad queda totalmente absorbida en el concepto de prevención general, o sea que no la considera como algo objetivamente dado, sino que simplemente la "adscribe" conforme al criterio de lo que es necesario para el "*ejercitamiento en la fidelidad al Derecho*", sin tomar en consideración las capacidades del autor. De manera psicologizante –manifiesta Jakobs– actúa con *dolo* "*quien conoce el riesgo por él creado*". Culpabilidad material, por tanto, es la falta de fidelidad frente a normas legítimas. El sujeto agresor es infiel a la norma, de tal manera con su actitud hostil "*resquebraja la confianza en la norma*" ¿y la pena qué hace? Restituye la confianza en la norma. El Derecho penal de culpabilidad, en el pensamiento de Jakobs, siempre estuvo fundamentado por sus fines sociales.

De la exposición de los fundamentos metodológicos sociológicos⁵³, influenciado por la Teoría de los Sistemas, Jakobs colige que para él los conceptos prejurídicos, en el sentido finalista, no deben guiar la tarea constructiva del Derecho penal, más por el contrario ésta debe seguir la estela de la función que le asigna el "*sistema como un todo unitario*" al Derecho penal del cual es sólo uno de sus elementos. Sin embargo el riesgo existe si se hace depender al Derecho penal de la función que quiera otorgarle el propio sistema. Al limitar la tarea del Derecho penal a la estabilización del sistema, por tanto, a la imputación según exigencias preventivo generales, en su construcción estarían ausentes elementos esenciales de la política criminal: la prevención especial y la garantía de los derechos del acusado que no se contemplan en su punto de partida teórico-sistemático". En un sistema sin una base de contenido normativo garantístico para estos conceptos cualquier sistema es válido.

Desde otra perspectiva, un sujeto no es aquel que puede ocasionar o impedir un suceso, sino aquel que puede ser responsable por éste. Igualmente, los conceptos de causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, etc., pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos que designan grados de responsabilidad o incumbencia. Estos conceptos no ofrecen al Derecho penal modelos de regulación, sino que sólo surgen en el contexto de las regulaciones de Derecho Penal al renormativizarlos. No se trata de pergeñar sistemas normativos al margen del contexto social (lo que desde luego también puede intentarse), sino que los esfuerzos se orientan a un Derecho penal en el seno de una sociedad de estructura dada, sin que evidentemente haya que renunciar a

⁵³ Comenta POLAINO NAVARRETE, Miguel, en relación a la relevancia de la Teoría de los Sistemas en el pensamiento de Jakobs que, "*sólo es cierta en parte, y por tanto los autores que suelen resaltar este aspecto (a menudo con exacerbada e infundada crítica a la supuesta abstracción sociológica de los conceptos dogmáticos penales), lo hacen desde una perspectiva muy parcial y fragmentaria, y –en consecuencia– no alcanzan a vislumbrar la totalidad del problema*". POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal*, Colaborador, Miguel POLAINO ORTS, Ed. Porrúa, México, D.F., 2001, p. 30.

formular aspiraciones frente a la realidad. El objetivo es la sistematización óptima (no que esté siempre completamente conseguida) del Derecho penal vigente.⁵⁴

De otro lado, al asignarle una función puramente preventiva general a la pena, su concepto de culpabilidad es mucho más original que el de Roxín, dependiendo exclusivamente de la demanda de prevención general positiva (de reforzamiento en la confianza en el derecho) y no tomando en cuenta la real posibilidad del sujeto de poder hacer algo diferente no lesivo o menos lesivo⁵⁵.

Después de todo, nos resulta original, de una consistencia sistémica, el modelo funcionalista de Jakobs al aparecer como una alternativa al modelo de la unidad sistemática del Derecho Penal y de política criminal de Roxín. Es una visión del sistema de la teoría del hecho punible como teoría de prevención general positiva, que sostiene que la finalidad de la pena es el mantenimiento estabilizado de las expectativas sociales de los ciudadanos. Esas expectativas son el fundamento de las normas, es decir, de los modelos de conducta orientadores del contrato social, y, la pena tiene la función de contradecir y desautorizar la desobediencia de la norma. El Derecho penal, por tanto, protege la validez de las normas y la defensa de esta validez, aunque de forma secundaria, protege un bien jurídico del Derecho Penal, protección ésta que en la doctrina dominante se convierte en la principal finalidad. El delito, así concebido, es la falta de fidelidad hacia el derecho que trastoca la estabilidad e integridad social. Bajo esta visión lo relevante es la manifestación de un hecho disfuncional que desestabiliza al sistema, sin importar las causas de su desviación o las formas de prevenirlo. Se produce, así, el destierro de los fundamentos individualistas del delito, de su ontologismo y de los valores fundamentales del ser humano.⁵⁶

VI. Al final de la luchas de Escuelas.

En la actualidad ninguno de los anteriores sistemas, positivo, axiológico u ontológico, domina el lenguaje científico en la dogmática penal. Por el contrario, desde los años sesenta la

⁵⁴ JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, prólogo a la primera edición.

⁵⁵ Opina BACIGALUPO, que esta concepción se opone totalmente al "ontologismo", pues postula una normativización total del contenido de las categorías, es decir una funcionalización de las mismas, de tal manera que "no sólo los conceptos de culpabilidad y acción, a los que la dogmática penal los ha reconocido, de todos modos, en forma expresa una esencia o una estructura lógico-objetiva o pre-jurídica devienen conceptos de los que nada es posible decir sin tomar en consideración la función del derecho Penal, sino que, inclusive, el concepto de sujeto, al que se le atribuye "la culpabilidad y la realización de la acción-"(...) "Un sujeto desde este punto de vista, no quién puede causar o impedir un suceso sino quien resulta obligado a ello. De la misma manera, conceptos como causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, etc. pierden su contenido pre-jurídico y se convierten en conceptos relativos a niveles de competencia". La distancia entre los conceptos jurídicos del sistema y la "realidad ontológica" resulta aquí máxima. Ello se percibirá con mayor nitidez en la Teoría de la Acción que se debe convertir, en realidad, en una teoría del sujeto responsable, lo que le permite no reducir el Derecho Penal a sujetos individuales, y en la Teoría de la Culpabilidad, en la que ya no se tratará de fundamentar un reproche al autor sino de "limitarse a asegurar el orden social", razón por la cual no se trata de comprobar si el autor tuvo una alternativa de comportamiento, es decir, si tuvo real capacidad para comportarse de otra manera, sino de si en la sociedad existe una alternativa para la elaboración del conflicto diferente de la imputación del delito al autor. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ara. 1ª edición, Lima, 2004, p. 198.

⁵⁶ PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, *Derecho Penal, Parte General, Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas*. Ed. Rodhas, 2da edición, Lima, 2007, p. 172.

inclinación es hacia un método sintético en el que están presentes consideraciones lógicas, axiológicas, ontológicas y valoraciones de Política criminal, de orientación funcional o teleológica.

Coincidimos con Bacigalupo al sostener que, en la medida en la que ninguna de las teorías de la pena la tiene, tampoco podrían tenerla los sistemas dogmáticos conectados con ellas. *"Lo que parece seguro, es la dependencia de los sistemas dogmáticos de una decisión sobre la teoría de la pena, es decir, sobre la función social del Derecho penal y de algo que, generalmente, no se tiene en cuenta: una teoría de la sociedad. La evolución de la teoría del delito en el siglo XX ha sido paralela a diversas concepciones de la pena –la prevención especial del positivismo, el retorno a una teoría absoluta del finalismo y el nuevo entendimiento de la prevención especial y general del funcionalismo- y a su inserción en distintas nociones de la sociedad –la sociedad como un conjunto de intervenciones causales de los sujetos en objetos valiosos o en otros sujetos del positivismo, la sociedad entendida como intervenciones de valor ético-social de los sujetos con respecto a la esfera de bienes de otros sujetos del finalismo y la sociedad como un conjunto de sujetos interrelacionados sobre la base de expectativas estabilizadas en normas de conductas del funcionalismo"*.⁵⁷

Por su parte, señala SILVA SANCHEZ, que: *"Tal eclecticismo produce sistemas que alcanzan diferentes grados de coherencia. Esta puede estar prácticamente ausente en algunos casos hasta el punto de que, si por dogmática se entiende la conformación de un sistema coherente y ordenado desde sus conceptos más abstractos a los más concretos, puede incluso llegar a ser dudoso que tales formas de operar sean dogmática. En efecto, en algunos ejemplos de la dogmática dominante en la actualidad se suman sin demasiado orden consideraciones axiológicas –de indudable influencia neokantiana-, una tónica de soluciones ad hoc, cuyo origen cabe atribuir a la crítica contra la dogmática (en realidad, a la crítica contra la dogmática deductivo-abstracta) de los años sesenta, algunas referencias ontológicas y postulados de política criminal"*⁵⁸. En cualquier caso, la influencia del neokantismo no cesa en la normativización de los conceptos jurídico penales, pero inclinadas hacia una referencia teleológico o funcional. El sistema, en esta dirección, se racionaliza. No se puede sostener más el tener de base el criterio ontológico como criterio único de verdad en la regulación jurídica, en la que no entran valoraciones de los legisladores o juristas, porque las realidades lógico-objetivas las poseen ya. En otras palabras, la materia previa de vinculación absoluta al legislador en su tarea legislativa es relativa, en la medida que el legislador es libre de elegir entre uno u otro aspecto de la materia prefigurada y prejurídica orientado por sus representaciones valorativas. Y en el ámbito dogmático, esas valoraciones adquieren un tinte político criminal, más racional si se orientan hacia una realidad social concreta, por el contrario de los considerandos ontológicos de las *"estructuras inmutables del ser"*, pretendidos como verdades universales e intemporales. De ahí que la axiología y teleología⁵⁹, lo mismo si se quiere decir, valoraciones con orientaciones político-criminal dominan el método dogmático penal, configurándolo como un sistema abierto. Entonces, el método *inductivo* (del positivismo) y el método *deductivo* (de las estructuras materiales del ser), constituyen sólo formulaciones

⁵⁷ BACIGALUPO, Enrique, op. cit, p. 199.

⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 63.

⁵⁹ En España ha tenido acogida estos postulados en autores como GIMBERNAT ORDEIG, MIR PUIG, BUSTOS RAMIREZ, GOMEZ BENITEZ Y MUÑOZ CONDE, con algunas variantes en cuanto al grado de funcionalización del sistema en la teoría del delito.

lingüísticas descriptivas. No recogen o admiten el conjunto de orientaciones normativas que deberían presidir la tarea legislativa, en su regulación, y la función de aplicación del derecho penal, en su atribución de responsabilidad penal. En este punto, conviene establecer cuáles serían las fuentes de tales premisas

Hasta aquí sólo hemos ubicado a la dogmática en esta nueva dirección, pero debemos profundizar en el contenido propio de los valores empleados en cada categoría o en los conceptos; y, en qué medida esas nuevas nociones conectan con los fines del Derecho penal o los fines del propio Sistema penal. Sólo poniendo en evidencia qué contenido o propósitos tienen esos valores, de dónde se obtienen o cuál es la fuente de procedencia de los mismos, nos permitiría clarificar si estamos ante un sistema lógico, comprometido con todas las garantías tradicionales del Derecho penal o si, por el contrario, es un sistema que encierra peligros con difíciles pronósticos en sus consecuencias.

En cierta medida ampliamos mucho el perímetro si decimos que las valoraciones generales que *debe* reunir un hecho para ser estimado merecedor de pena, los conceptos y su sistematización dogmática deben de partir de los valores socio-culturales vigentes en una realidad, espacio-tiempo, social. La pluralidad valorativa a veces se hace hostil y conflictiva, difícil de convivir en determinados ámbitos. Por eso sostenemos que tal viabilidad puede venir del consenso político valorativo y principista contenidos en la Constitución aunque sólo como un punto de partida. Ciertamente que cualquier construcción dogmática ha de ser susceptible de trasposición práctica para ser político-criminalmente exitosas.⁶⁰

BIBLIOGRAFÍA.

ARIAS EIBE, Manuel José, “Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006), pp. 439-453.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 1ª edición, Lima, Ara Ediciones, 2004.

⁶⁰ En palabras de SILVA SÁNCHEZ, “*en las sociedades democráticas contemporáneas no parece legítimo conformar las premisas valorativas de la dogmática del delito prescindiendo de los principios plasmados en los textos constitucionales, que son la máxima expresión del consenso axiológico alcanzado en tales sociedades. Sin embargo, tampoco debe sobrevalorarse el papel de la Constitución en este ámbito, pretendiendo hallar en ella la fijación concreta y definitiva de las premisas básicas del razonamiento dogmático. La Constitución, en realidad, no constituye más que un marco, que ciertamente delimita las posibilidades de la construcción dogmática de lege lata, pero que en muchos aspectos, dada su amplitud y ambigüedad, puede rellenarse de formas sustancialmente diferentes. Las concreciones del principio de proporcionalidad o del de humanidad, entre otros, son buena prueba de ello. Ese carácter relativamente abierto de la Constitución en lo que respecta a posibles construcciones en el ámbito jurídico-penal puede afirmarse no sólo a propósito de las elaboraciones –por su propio tecnicismo más distantes de aquella– de la dogmática del delito, sino incluso respecto a la cuestión de los fines del Derecho penal o de los principios que regulan el ejercicio legítimo del ius puniendi*”. SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed., Bosch Barcelona, 1992. P. 113.

BITENCOURT, Cezar Roberto, "Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade", en *Revista de Direito penal e ciências a fins*, Rev. Nro. 5, Dir. Lélío Braga Calhau, <http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?pagina=5&id=117>.

CEREZO MIR, José, *Derecho penal. Parte general-Lecciones* (Lecciones 26-40), 2a edición, Madrid, Universidad Nacional de Educación a distancia UNED, 2000.

DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Tipicidad e imputación objetiva*, 2.ª ed., Mendoza, Jurídica de Cuyo, 1998.

FERNÁNDEZ, GONZALO D., "El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal", en *De Las penas*, homenaje al Prof., Isidoro de Benedetti, Buenos Aires, De Palma, 1997.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1990.

HIRSCH, Hans Joachim, "El Principio de Culpabilidad y su función en el Derecho penal", en *Revista peruana de Ciencias Penales*, Nro. 5, Enero-Junio, Lima, Ed. GC, 1995.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, prólogo a la primera edición.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. V, Bs. As., Losada, 1959.

JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol., I, Barcelona, Bosch, 1981.

JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4ª edición, Completamente corregida y ampliada, Trad. De Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1993.

LENK, Hans, "Cuestiones teórico-científicas de la sociología", en *Filosofía Pragmática*, Trad., de Garzón Valdés del original alemán de 1975, fecha por la que se cita, Ed., Alfa, Barcelona, 1982, pp. 63-95.

LISZT, Franz Von, *Tratado de derecho penal*, traducido de la 20a edición alemana por Luis Jiménez de Asúa; y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, Madrid, Reus, 1927.

MEDINA PEÑALOZA, Sergio, *Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo e Imputación Objetiva*, 2ª edición, Mexico, Ae Angel, 2003.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, 4ª edición, Barcelona, Reppertor, 1996.

MORALES PRATS, Fermín, "Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: Convenciones normativas y función individualizadora", en *Libro Homenaje al profesor Dr. Angel Torio López*, Granada, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, Ed., Tirant lo blanch, Valencia, 3ª ed., 2002.

PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3ª edición, Lima; Grijley, 1997.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, *Derecho Penal, Parte General, Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas*. 2da edición, Lima, Rodhas, 2007. ,

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Instituciones de Derecho Penal. Parte General*. Lima; Grijley, 2005.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal*, Colaborador, Miguel POLAINO ORTS, México D.F., Porrúa, 2001.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, *Curso de derecho penal. Parte general*, 1a edición, Barcelona, Cedecs, 1996.

- RIGHI, Esteban, *Derecho Penal. Parte general*. 1era edición, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- ROXIN, Claus, "Evolución y modernas tendencias de la Teoría del delito en Alemania", *Colección Vanguardia en Ciencias penales*, 1era reimpresión de la 1ea edición, México D.F., Ubijus, 2009.
- ROXÍN Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.*, Madrid, Thompson Civitas, 2003.
- ROXÍN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, Tomo I, *Fundamentos de la Estructura de la teoría del delito*. Trad. 2ª edición, por Diego-Manuel Luzón peña, Miguel Díaz García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. De MUÑOZ CONDE, Francisco, del original alemán *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, de 1970, fecha por la que se cita en el texto, Barcelona, Bosch, 1972.
- ROXIN, Claus, "Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems", em *Festschrift für Günther Kaiser*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998.
- SCHÜNEMANN, Bernd, (comp.), «El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales», en *Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario*, de Jesús María SILVA SÁNCHEZ, Ed., Tecnos, Madrid, 1991.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general, I. El hecho punible*, Madrid, Edersa, 1982.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, "Dos problemas del positivismo jurídico", en AA. VV., *Escritos penales*, Dir. J. R. Casabó Ruiz, Valencia, Universidad de Valencia, 1979, pp. 341-368.
- WEBER, Helmuth Von, "Para la estructuración del Derecho penal" (Traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni), en *Nuevo Foro Penal (NFP)*, No. 13 1982), Bogotá, 1982.
- WELZEL, Hans, *Teoría de la acción finalista*, Buenos Aires, De Palma 1951.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal Alemán. Parte general*, 11ª edición, 4ª edición Castellana, Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Ed., Jurídica de Chile, 1997.
- WELZEL, Hans, "Persön lichkeit und schuld" en *Zeitschrift für die gesamte StraFrechtswissenschaft (ZStW)*, 60 (1941), Berlín, 1941.
- VIEHWEG, T., «Tópica y jurisprudencia» (trad. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN), en *Ensayistas de hoy*, n.º 39, Madrid, Taurus, 1964.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A., *Derecho Penal. Parte General*, Lima, Grijley, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal. Parte General*, T. II., 5ª edición, Lima, Ediciones Jurídicas, 1986.

