

## EL FUNCIONALISMO, HOY

Dr. Carlos DAZA GÓMEZ \*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Causalismo*. III. *Finalismo*. IV. *Funcionalismo*. A. *Funcionalismo-teleológico-racional de Roxin*. B. *Funcionalismo Sistémico-normativo de Jakobs*. V. *Toma de postura*.

*Nada hay más difícil de manejar, más peligroso de conducir o de éxito más incierto, que el tomar la iniciativa en la introducción de un nuevo orden de cosas, porque el innovador tiene por enemigos a todos aquellos quienes han prosperado bajo las condiciones viejas, y como defensores tibios a aquellos quienes pudieran prosperar bajo las nuevas.*

(N. MAQUIAVELO)

### I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta investigación consiste en exponer algunas reflexiones sobre las últimas consecuencias de la teoría del delito, es decir, *el sistema funcionalista teleológico-racional*<sup>1</sup> y *sistémico-normativo*.<sup>2</sup>

En el presente trabajo, se hace un estudio somero del sistema causalista, resaltando principalmente el método filosófico-jurídico del positivismo; respecto del finalismo, se hace notar la innovación presentada

\* Profesor de carrera de tiempo completo por concurso de oposición, Facultad de Derecho, UNAM; Profesor en el Instituto Nacional de Ciencias Penales. El presente trabajo de investigación, se hace en honor al profesor doctor don José Cerezo Mir, quien en México presentara la ponencia intitulada: "El finalismo, hoy", título que a su vez tomó de su maestro directo Hans Welzel, quien en Alemania publicara un trabajo denominado "Hoy, el finalismo"; debido a ello, a quien rendimos homenaje le hemos llamado en México: *Maestro de Iberoamérica*; por esa razón decidí escribir algunas reflexiones acerca de la actual postura filosófico-jurídica, misma que denomino: *El funcionalismo, hoy*.

<sup>1</sup> El funcionalismo *teleológico-racional*, propone que sus resultados conduzcan a lo que en sociología se denomina funcionalismo estructural.

<sup>2</sup> Se le denomina sistema *funcionalista normativo*, toda vez que contempla la función de la norma y en base a ésta, los conceptos categoriales de la teoría del delito, se sustentan desde la pena.

por Hans Welzel<sup>3</sup> al fundamentar su teoría en el método ontológico; para llegar a nuestro objeto de conocimiento, que es el funcionalismo. Sistema que cambió el pensamiento de la dogmática jurídico-penal, Roxin y Jakobs, son los fundadores de esta postura que ha revolucionado en todos sus ámbitos a la teoría del delito.

El sistema funcionalista utiliza el método sistémico, es decir, la combinación de diversos caminos en la construcción sistémica del delito. Recordemos que a través de la historia, las fases de la evolución de la dogmática, sentaron sus bases en diversos principios filosóficos, así, el causalismo en el derecho positivo y axiológico; el finalismo, en el método ontológico. Encontramos en el funcionalismo diversas combinaciones: niveles normativo-política criminal, valorativo-teleológico, ontología y normativismo, normativo y prevención general positiva, elementos sistemáticos, elementos tópicos, derecho positivo-ámbito, esto es, ecléctico.

Para el próximo milenio, el Derecho penal tendrá como punto modular un método sistémico. A continuación expondremos algunas reflexiones sobre los principales sistemas que han fundamentado la teoría del delito.

## II. CAUSALISMO<sup>4</sup>

El delito sustentado en la doctrina causalista, representada por los alemanes Franz von Lisz<sup>5</sup> y Ernesto Beling,<sup>6</sup> se fundó conforme a los postulados metodológicos del llamado positivismo<sup>7</sup> filosófico de Augus-

<sup>3</sup> Véase WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, 12a. ed., trad. Bustos Ramírez, Juan, Chile, 1987, pp. 11 y ss.; en el mismo sentido véase CANCIO MELÍA, Manuel, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1998, pp. 15 y ss. El autor refiere que Welzel habla por primera vez de la teoría de la adecuación social en su trabajo "Estien zum System des Strafrechts". La tesis central que Welzel mantiene bajo esta denominación consiste en afirmar que quedan fuera del concepto de injusto todas aquellas acciones que se mueven funcionalmente dentro del orden históricamente constituido.

<sup>4</sup> Al respecto *cf.* ROSENBLUETH, Arturo, *Mente y cerebro el método científico*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 240. El autor plantea lo siguiente en cuanto el principio de causalidad: la causalidad es de gran importancia, va implícita al abordar el tema de la ciencia, pues ésta se integra de causa-efecto para explicar la relación que existe entre ambas, es importante mencionar que las leyes de la naturaleza son rígidas y pertenecen al mundo del ser.

<sup>5</sup> *Tratado de Derecho penal*, t. I, Reus, 3a. ed., Madrid, España, pp. 119 y ss.

<sup>6</sup> *Esquema de Derecho penal, la doctrina del delito tipo*, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1944, pp. 8 y ss.

<sup>7</sup> Véase ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, p. 936; el término fue adoptado por Saint-Simon, para designar el método exacto de las ciencias y su

to Comte; éste connotado matemático francés intentó formular las leyes inmutables que rigen la sociedad, pretendiéndose asemejar en este sentido a Isaac Newton, quien en su tiempo había pronunciado leyes generales de la naturaleza como la de gravitación universal. Fue tal el interés de Augusto Comte por encontrar las leyes generales de la sociedad, que da principio al nacimiento de una nueva disciplina del conocimiento: la *Sociología*, a la que primero denominó *física social*. La influencia de la obra de Augusto Comte (*Curso de filosofía natural*) se propagó en toda Europa debido a su pretensión científica tan rigurosa como la que se puede advertir en las ciencias naturales. Ante estos lineamientos en que las ciencias del espíritu (las ciencias sociales) se veían bajo el prisma del método científico experimental, proclamado anteriormente por Galileo Galilei, el sentido de las ciencias sociales quedaba limitado a la demostración empírica de la realidad social, a través de la conexión causal de fenómenos sociales; persistiéndose de esta manera en limitar el conocimiento científico-social únicamente a lo que se pudiera verificar sensorialmente.

Es sabido que el positivismo plantea una estricta separación entre el ser y el deber ser; entonces, el Derecho penal queda referido al delito como algo que es, es decir, como un hecho ausente de cualquier valoración trascendental, apartado en concreto de la *política criminal*.<sup>8</sup> Es así que en la ciencia penal florece una teoría del *injusto material* palpable en la lesión de bienes jurídicos, a la que ahora denominamos *doctrina causalista del delito*, y cuyas repercusiones en esta disciplina podemos abreviar como sigue: “La construcción sistemática de un Derecho penal ausente a consideraciones de valor, que desembocaría principalmente en el desarrollo de un concepto de autor como “causador”; la tipicidad se extendió demasiado debido a la fórmula de la *conditio sine qua non*;<sup>9</sup> en la culpabilidad se vio una relación cuasi-

extensión a la filosofía (de la religión Saint-Simoniene, 1830). Auguste Comte, tituló así su filosofía y por obra suya paso a designar una gran obra filosófica que, en la segunda mitad del siglo XIX tuvo muy numerosas manifestaciones en todos los países del mundo occidental.

<sup>8</sup> Véase TIDEMANN, Klaus, *Estado actual y tendencias de la ciencia jurídico penal y de la criminología en la República Federal Alemana*, trad. Juan Terradillos Basoco, España, 1980, p. 9. La política criminal se refiere de manera general a la cuestión de cómo debe configurarse el sistema penal para lograr del mejor modo posible su objetivo: garantizar los fundamentos en que asienta la vida social.

<sup>9</sup> Véase ROXIN, Claus, *La problemática de la imputación objetiva*. Ponencia presentada en el Segundo Seminario Humboldt, celebrada en Palma de Mallorca, del 28 de septiembre al 10 de octubre de 1986, trad. Enrique Casas, p. 1.

causal entre resultado y autor; el injusto penal se entendía principalmente como disvalor de resultado; el tipo penal contaba con una función básicamente descriptiva; se tenía una consideración material de la antijuridicidad; el dolo y la culpa, como elementos de la voluntad, se localizaban en la categoría de la culpabilidad, y su función era francamente utilitarista respecto de la protección de bienes jurídicos; el bien protegido era el núcleo del delito”.

Una segunda fase del positivismo causalista está representada por la doctrina *causalista-valorativa*<sup>10</sup> del delito. En ella, la influencia de la Escuela Sudoccidental Alemana,<sup>11</sup> favorecida por la filosofía neokantiana orientada a valores, hizo que los penalistas pretendieran la construcción de un sistema penal más o menos abierto, comenzando por negar la estricta disparidad entre ser y deber ser, para con ello dar cabida en el sistema penal, a ciertos fines político-criminales, antes negados a propósito de un sistema penal cerrado de índole causalista. Entre los alcances de esta doctrina causalista-valorativa, podemos contar principalmente: el cambio del tipo como *ratio cognosendi* a *ratio essendi*; el tomar más atención al por qué del quebrantamiento de la norma que a la simple constatación de su infracción; el identificar ciertos elementos subjetivos de la antijuridicidad; el que la función de la pena se halla en la resocialización del delincuente; y, también, debemos a este modo valorativo de pensar, el haber entendido a la culpabilidad como una categoría de valor que, metodológicamente hablando, no acepta ninguna inclusión de elementos ónticos; en esta forma se condujo a excluir lo psicológico (el dolo y la culpa) del campo de la culpabilidad, y por consiguiente, a incluirlo dentro de la esfera de la acción y del tipo.

Las críticas metodológicas más relevantes que podemos acentuar en los dos sistemas penales antes descritos, son las siguientes:

En el causalismo positivista, la división estricta entre ser y deber ser, motivó la separación entre Derecho penal y política criminal; una perspectiva así, no puede garantizar que el Derecho penal solidifique los fines sociales por los que se legitima.

<sup>10</sup> Este sistema se caracteriza por utilizar el método axiológico, siendo sus principales precursores Reinhard Frank, James Goldschmidt y Berthol Freudenthal, quienes dieron nacimiento a la teoría normativa de la culpabilidad.

<sup>11</sup> Véase con profundidad sobre la escuela sudoccidental alemana, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *Teoría de la imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, España, 1994, pp. 11 y ss.

Por otra parte, calificamos de insuficiente la apertura del sistema penal lograda por el causalismo valorativo; esto lo creemos así porque, si bien es verdad se hizo incidir sobre el sistema penal cierta orientación político-criminal, alcanzándose incluso a comprender la culpabilidad como una categoría de valor, no es menos cierto que la *acción típica*, como primer nivel dogmático del sistema penal, siguió entendiéndose de modo causalista, ciego y mecanicista.

### III. FINALISMO <sup>12</sup>

El Derecho penal sufrió un cambio vertiginoso en la doctrina jurídica del delito cuando el llamado finalismo se ocupó de aprobar un método deductivo-axiomático o lógico-abstracto, también denominado lógico-real, o simplemente y con mejor referencia: *método ontológico*.<sup>13</sup> Este método que aún defienden quienes son finalistas, está cifrado en la filosofía de *la naturaleza de las cosas* pues en él, el dolo aparece como una categoría del ser. La naturaleza de las cosas como filosofía del ser, entiende que en la facticidad va encerrada ya cierta normatividad. De esta forma se han logrado expresiones tales como *el deber ser valorado en el ser*.

La aprobación de la naturaleza de las cosas como único método válido del finalismo, trajo a la dogmática penal los siguientes resultados: “La inclusión del dolo al tipo a nivel de injusto; la tesis de la accesoriedad limitada en la participación delictiva; entender a las normas de comportamiento como imperativos, aspecto que lógicamente conduce a distinguir entre disvalor de la acción y disvalor del resultado,<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Véanse entre otros, CEREZO MIR, José, *El finalismo hoy*, ponencia presentada en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho penal, México, 1998; Él mismo, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, España, 1982, pp. 15 y ss.; CÓRDOBA RODA, Juan, *Una nueva concepción del delito (La doctrina finalista)*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1963, pp. 37 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *El sistema del Derecho penal en la actualidad*, en Estudios de Derecho Penal, Tecnos, Madrid, España, 1990, pp. 163 y ss.; RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *La doctrina de la acción finalista*, 2a. ed., Universidad de Valencia, Valencia, España, 1978, pp. 31 y ss.; WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, pp. 50 y ss.

<sup>13</sup> Véase ABBAGANANO, Nicola, *op. cit.*, p. 872. Óntico existente; este adjetivo tiene un significado diferente del de ontológico, que se refiere al ser categorial, esto es, a la esencia o a la naturaleza de lo existente.

<sup>14</sup> Véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Praxis, Barcelona, España, 1996, pp. 121 y ss.; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, Parte general*, II, pp. 201 y ss.; señala el autor del mismo modo: “Que lo injusto de los delitos de acción dolosos sólo queda constituido cuando el disvalor de la acción se añade el disvalor del resultado, la exclusión del

e incluso se afirma que este último podría no ser necesario para la conformación del injusto penal; se otorga un reconocimiento *dinámico-funcional* al bien jurídico protegido; se extiende la opinión de que la única doctrina defendible para solucionar el problema jurídico penal del error es la culpabilidad; se hace notar que la antijuridicidad requiere de ciertos elementos subjetivos, lo mismo que las causas de justificación;<sup>15</sup> la culpabilidad queda entendida como el planteamiento de un juicio de reproche; el delito culposo se observa como el quebrantamiento de un deber objetivo de cuidado; se distingue entre autoría y participación, según quién tenga el dominio final del hecho; el error sobre algún elemento del tipo excluye al dolo, dejado subsistente la punibilidad por culpa; el error de prohibición también excluye el dolo, debido a que éste forma parte de la conciencia de la antijuridicidad”.

No obstante la riqueza dogmática que aportó el finalismo, en la actualidad constituye el centro de severas críticas bien fundadas; y por lo que hace a su metodología empleada, nos toca decir que ésta perturbó en buena medida la *apertura* del sistema penal a la política criminal, antes lograda por el causalismo valorativo. Esto quiere decir que el método del finalismo implicó un regreso al sistema penal cerrado tan añorado por el causalismo positivista, dado que el método de la naturaleza de las cosas no permite ninguna valoración trascendental de índole político criminal.<sup>16</sup> Nos interesa mencionar aquí tan sólo dos críticas hechas al finalismo. Se alega que bajo las estructuras lógico-reales de la acción, no es posible explicar suficientemente ni la culpa inconsciente, ni el dolo eventual.

injusto requiere la concurrencia del valor de la acción y del valor del resultado de las causas de justificación, es decir, la concurrencia de todos los elementos subjetivos y objetivos que sirven de base a las mismas”. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1993, pp. 279 y ss.; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, 4a. ed., PPU, Barcelona, España, 1996, pp. 133 y ss.; ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor de la acción y disvalor del resultado en el concepto de ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1990.

<sup>15</sup> Véase VALLE MUÑOZ, José Manuel, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, PPU, Barcelona, España, 1994, pp. 41 y ss.

<sup>16</sup> ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, 1972, pp. 37 y 38. El finalismo no concede ningún espacio en su dogmática a las decisiones político criminales.

## A. *FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO*<sup>17</sup> *RACIONAL* DE ROXIN<sup>18</sup>

Muy innovador fue un artículo que Claus Roxin presentara el día 13 de mayo de 1970, en la ciudad de Berlín; esta ponencia se publicó bajo el título *Política criminal y sistema del Derecho penal*.<sup>19</sup> En este trabajo Roxin garantiza la construcción de un sistema penal abierto (teleológico-racional) en el que las estructuras jurídicas del delito dejen de regirse por el positivismo jurídico, permitiendo vincular al Derecho penal los requerimientos imprescindibles de la política criminal.

Entre las peculiaridades del funcionalismo teleológico-racional, encontramos: “la inclinación de la política criminal a los fines del Dere-

<sup>17</sup> Véase MORA FERRATER, José, *Diccionario de Filosofía*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, pp. 3457 y ss., *Teleología*. El término teleología fue empleado por Wolff (*Philosophia rationalis sive lógica*, III, 85) para designar la parte de la filosofía natural que explica los fines (fin) de las cosas, a diferencia de la parte de la filosofía natural que se ocupa de las cosas. Sólo el hombre es nuevo. La idea misma de una explicación por medio de fines es antigua; entre los filósofos griegos, puede hallarse en Anaxágoras, Platon y Aristóteles. Para profundizar en este tema resulta necesario leer a ROXIN, *Derecho penal, Parte general*, t. 1, p. 203. Quien advierte: “Aproximadamente desde 1970 se han efectuado intentos muy discutidos de desarrollar un sistema “racional-final” (o teleológico) o “funcional” del Derecho penal. Los defensores de esta orientación están de acuerdo —con muchas diferencias en lo demás— rechazan el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídico penal no puede desvincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etcétera), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal: “En este libro se intenta elaborar y desarrollar y hacer avanzar con un nuevo contenido los puntos de partida neokantianos (y neohegelianos) de la época de entreguerras, que en los sistemas neoclásicos sólo habían tenido un desarrollo insuficiente y se vieron conmovidos en la época nazi. El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación, neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico penal: las bases político criminales de la moderna teoría de los fines de la pena. Aquí no es posible anticipar todo lo que de ahí se deriva en concreto para la dogmática y sistemática del Derecho penal”.

<sup>18</sup> En nuestro país, la primer obra publicada, aceptando los postulados filosófico-jurídicos de Claus Roxin, es el trabajo del profesor doctor Carlos Daza Gómez, intitulado *Teoría general del delito*.

<sup>19</sup> El primer trabajo en el que Claus Roxin presenta su programa es *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlín, 1970. En castellano: *Política criminal y sistema de Derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Francisco, Barcelona, 1972, p. 6.

cho penal;<sup>20</sup> la inserción del dolo en el tipo,<sup>21</sup> aunque no precisamente por razones ontológicas como en el finalismo, sino debido al principio de determinabilidad del Estado de Derecho, admitiéndose a la vez la *doble posición del dolo*;<sup>22</sup> la tipicidad queda directamente relacionada con el principio de legalidad *nullum crimen, nulla poena sine lege*; la antijuridicidad se concibe como la solución social de conflictos; pues ésta es la función que corresponde a las causas de justificación; la argumentación del injusto penal se alcanza mediante el disvalor de la acción y el disvalor del resultado; la culpabilidad por su parte, es incomprensible sin los fines preventivos del Derecho penal. Entre otras cosas que caracterizan al funcionalismo teleológico-racional, queda decir que el dominio del hecho es el único criterio aprobado para decidir en los casos de autoría y participación; se logra una renormativización de la acción y la omisión, de manera que lo que de verdad trasciende entre la actividad y la inactividad de una conducta es, sin duda, *el quebrantamiento del deber*, y no precisamente, el hacer u omitir de la acción.<sup>23</sup> En fin, la nueva fundamentación del método de Roxin tiene que ser analizada con cuidado, y es que en la actualidad esta doctrina goza de unanimidad científica.

<sup>20</sup> ROXIN, Claus, *Política criminal y sistemas de Derecho penal*, p. 17. Planteó la base de un sistema dogmático al decir: "hay que transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político criminales y éstas a su vez, en reglas jurídicas de *lege data* o *lege ferenda*."

<sup>21</sup> Uno de los problemas centrales de dogmática es la ubicación del dolo a nivel tipo o de la culpabilidad, Alexander GRAF ZU DONHA, en su obra *La estructura de la teoría del delito*, Ed. Abeledo-Perrot, 1958, p. 32, señala: "Para el delito no es esencial una relación psíquica del autor con su hecho. Ella falta en los delitos culposos. En cambio, la existencia de esa relación, cuyas peculiaridades deben ser objeto de un análisis previo, es la esencia del dolo". Para este autor no es lo mismo objeto de valoración y valoración del objeto, por ello el dolo debe colocarse en el tipo y no en la culpabilidad.

<sup>22</sup> ROXIN, Claus, *Política criminal y sistemas de Derecho penal*, pp. 80 y 81. "El dolo es esencial para el tipo porque sin él no se puede precisar en qué forma exige el Estado de Derecho la descripción legal del tipo; pero es igualmente relevante para la culpabilidad, porque se debe limitar la forma más leve (la imprudencia) y por eso debe configurarse su contenido de acuerdo con los principios valorativos de estas categorías."

<sup>23</sup> SHÜNEMANN, Berndt, *La política y el sistema de Derecho penal*. Conferencia pronunciada el 10 de abril de 1991 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, trad. Margarita Martínez de Escamilla. p. 12. "El bien jurídico tutelado es el núcleo de la horma penal y por tanto, del ilícito". Así lo sugiere Shünemann al decir que la decisión político criminal básico planteada de antemano en toda norma vigente de Derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos, mediante la influencia general y especial preventiva en el comportamiento."

Nosotros podemos plantear el problema metodológico de los sistemas penales antes vistos, mediante la siguiente tesis: llámese *dogmática cerrada* al procedimiento resolutorio de conflictos que requiere de la construcción de un sistema penal previo; y dígase en este sentido que la resolución del conflicto va del sistema al problema, mediante el seguimiento estricto de los principios, que como axiomas o postulados, rigen al sistema. Por otra parte, digamos que existe una *dogmática abierta* cuando el desarrollo resolutorio de conflictos va del problema al sistema. Reconózcase a la primera forma de proceder (del sistema al problema) como *sistemática* o *pensamiento sistemático*; y a la segunda forma de resolver conflictos (del problema al sistema) reconozcámosla como *tópica* o *pensamiento problemático*.<sup>24</sup> Ahora bien, “el problema metodológico consiste en saber cómo se debe pensar la dogmática: *del sistema al problema, o del problema al sistema*”.

Desde luego, Roxin no fue el primero en percibir el problema metodológico que hemos planteado, y que embarga a la ciencia penal desde su nacimiento.<sup>25</sup> Ya otros estudiosos del Derecho se habían preocupado por buscar un resultado dialéctico entre el pensar sistemático y el pensar problemático del Derecho en general. Así, ya se vislumbraba que un desarrollo dialéctico entre tópica y sistemática debía conducir al *concepto concreto-general* de Hegel, y que tal desarrollo dialéctico se apartaría del tradicional *concepto abstracto general*, para poder concluir que —según Würtenberger— cada concepto categorial del sistema debiera “ser puesto en una relación más amplia y ser considerado desde el todo,<sup>26</sup> es decir, desde el sistema. Ciertamente, la cuestión es saber qué grado de amplitud debe revestir cada categoría penal, si suponemos que la orientación del sistema es —como en Roxin— la prevención delictiva.

Queda claro que la virtud de Roxin consistió en abrir la dogmática penal, pensando así la dogmática en forma dialéctica: *del sistema al problema y del problema al sistema*. Concretamente, Roxin lo ha dicho

<sup>24</sup> THEODOR, Viehuweg, *Tópica y jurisprudencia*, trad. Luis Díez-Picasso Ponce de León, Ed. Taurus, Madrid, 1986. La tópica resuelve, caso por caso, problema por problema y no recomienda principios inductivos ni deductivos. TIDEMANN, *Estado actual y tendencias de la ciencia jurídico penal y de la criminología en la República Federal Alemana*, p. 4.

<sup>25</sup> ROXIN, Claus, *La problemática de la imputación objetiva*, p. 3. Cuánta razón le asiste a Roxin al decir: “Conceptos normativos deben constituir el sistema jurídico penal y no leyes del ser (ya sea causalidad o la finalidad)”.

<sup>26</sup> LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Ed. Ariel, Barcelona, 1966, pp. 155 y 156.

del siguiente modo: “el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político criminalmente en el sistema (...) la vinculación al derecho y la utilidad político criminal no puede contradecirse”.<sup>27</sup>

Podemos afirmar que Roxin, es quien abre el camino para una nueva visión del Derecho penal, aportando o introduciendo los siguientes elementos al sistema penal: En primer lugar, la teoría de la imputación al tipo objetivo, al afirmar, nuestro autor, 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 sistemáticas en los delitos de resultado quedaban reducido en lo esencial a la mera causalidad, en cambio, el punto de partida teleológico ha hecho depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma, sustituyendo con ello por primera vez la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas.

La segunda aportación es a nivel de culpabilidad, que sustituye por la categoría de la responsabilidad, toda vez que a la culpabilidad, como condición ineludible de toda pena, se le debe de añadir siempre la necesidad preventiva especial o general de la sanción.

Para nosotros, Claus Roxin es el máximo exponente del Derecho penal moderno por sus aportaciones a la Ciencia Jurídica penal actual.

## B. *FUNCIONALISMO* <sup>28</sup> *SISTÉMICO-NORMATIVO* <sup>29</sup> *DE JAKOBS*

Günther Jakobs se ubica dentro de la corriente del funcionalismo sociológico, pues utiliza en su desarrollo dogmático el instrumental

<sup>27</sup> ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho penal*. p. 33.

<sup>28</sup> En México, el profesor doctor Rafael Márquez Piñeiro, adopta la postura filosófico-jurídica de Jakobs, aceptándola en su totalidad, siendo el mayor difusor de esta tendencia doctrinaria.

<sup>29</sup> Véase FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, p. 2582. *Normativo*. Durante un tiempo estuvo en boga considerar que ciertas disciplinas filosóficas —especialmente la lógica, la ética y la estética— son disciplinas normativas que no describen cómo son las cosas, esto es, cómo se piensa, o cómo razona, cómo se hace una obra de arte o se juzga sobre ella, sino que prescribe cómo debe ser, es decir, cómo hay que pensar o razonar, cómo hay que obrar o cómo hay que hacer una obra de arte o juzgar sobre ella. Este modo de considerar tales disciplinas filosóficas ha recibido el nombre de normativismo.

conceptual de la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann.<sup>30</sup> Este autor, define las categorías del delito en atención a la contribución que éstas prestan al orden del mantenimiento de la respectiva estructura social.

Para Jakobs, la concepción de la *norma*<sup>31</sup> penal, presupuesto de toda la teoría del delito, no tiene ya un significado lógico-valorativo primario, sino que ésta viene contemplada como un *hecho social* más. Y así, cada uno de los elementos de la teoría jurídica del delito harán referencia funcional a dicha norma, de manera tal que los distintos componentes fundamentales serán interpretados según sea el momento de menoscabo de la función de la regla jurídica.

La norma jurídica refleja el criterio rector del ordenamiento social que establece y diversifica los distintos roles a favor del funcionamiento del sistema social.<sup>32</sup> Es así como Jakobs afirma que la conducta criminal presupone una forma de interpretación del mundo. Eso sí, esa forma de conformación del mundo es imputada a través del prisma jurídico-penal a la gente, en tanto que se exteriorice una expresión de ruptura de un orden vigente. Así se dirá, que si alguien destruye sin ningún fundamento una cosa ajena, exterioriza no solamente su *expresión de sentido* en los términos: *prefiero la acción de destrucción a la de custodia*, sino también: *yo no veo ninguna norma en el sentido de que prohíba el comportamiento destructivo*, esto es ya, una afirmación en la relación jurídico penal. De ahí que la expresión de sentido jurídico-penal relevante de una acción antijurídica no se encontrará ya en la puesta en conocimiento por parte del autor de su particular forma de interpretación del mundo, sino en la inseparable toma de posición de la *vigencia de la norma*. La tesis más importante de Jakobs, es en el sentido de que el Derecho penal ya no persigue la mera protección de bienes jurídicos, sino que centra su atención en el mantenimiento de la vigencia de la norma; pues el fin de la pena es *el mantenimiento en la confianza en el Derecho*.

<sup>30</sup> Véase de LUHMANN, Niklas, *Sociedad y sistema*, Ed. Paidós, Barcelona, 1997. Él mismo, *Observaciones de la modernidad*, Ed. Paidós, Barcelona, 1997. Él mismo, *La sociedad sin hambres*, Ed. Anthropos, Barcelona, 1990. Él mismo, *Derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Ed. Bosch, Barcelona, 1993.

<sup>31</sup> Poco importa para esta postura la lesión del bien jurídico porque pasa a primer término la desobediencia al Estado (la contradicción de la norma).

<sup>32</sup> ZAFFARONI, *El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales*. Si un proceso es un cambio de un lugar a otro, entonces digamos que el rol es un proceso de socialización o aprendizaje.

Para Jakobs,<sup>33</sup> la configuración de una sociedad comienza con la vigencia de las normas, porque las normas rigen cuando le dan a la sociedad su configuración real, y las personas deben estar dispuestas a acatar la norma, pero el conocimiento de la norma, a su vez, exige en el conocimiento de la realidad social, aunque no se esté de acuerdo con ella.<sup>34</sup>

Entre las repercusiones del funcionalismo sistémico-normativo de Jakobs, contamos las siguientes: Se orienta la culpabilidad a los fines de la prevención, más concretamente, a los fines de la pena; se proclama la completa remisión de la culpabilidad<sup>35</sup> a la prevención general positiva, entendiendo por tal, el fin mismo de la pena; el núcleo del delito no es la lesión de bienes jurídicos, sino la norma; la acción es un concepto sociológico más que psicológico; la pena es vista de modo hegeliano,<sup>36</sup> como el modo de honrar y reconocer a los delinquentes, que en verdad son personas; asimismo la pena tiene por función estabilizar el defraudamiento de una expectativa normativa; la norma, más que ser un imperativo, es un símbolo para la expectativa de vigencia contrafáctica de la norma; la relación entre delito y pena sigue una lógica de comunicación entre pregunta y respuesta;<sup>37</sup> los delitos de omisión se resuelven mediante una posición de garante; no se comparte el principio de accesoriedad limitada, porque éste es incompatible con la protección de la vigencia de la norma; no se acepta el

<sup>33</sup> JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, p. 17. Para Jakobs: "Son funciones las prestaciones que solas o junto con otras mantienen un sistema". Entiende este autor como prestaciones desde el punto de vista de sus aportaciones al mantenimiento de un sistema social.

<sup>34</sup> JAKOBS, Günther y STRUENSEE, Eberhard, *Problemas del Derecho penal moderno*, trads. Marcelo Sancinetti y Javier Sánchez-Vera Gómez-Téllez, Ed. Hamurabi, Argentina, 1998, pp. 57 y 58.

<sup>35</sup> SHÜNEMANN, Bernrd, *La política criminal y el sistema de Derecho penal*, p. 17. Shünemann, aunque no se muestra partidario de la posición de Jakobs, sin embargo, ha reconocido que Jakobs "da todavía un paso más hacia adelante y proclama la completa remisión de la culpabilidad a la prevención general, es decir, más claramente, la eliminación del sistema de un concepto de culpabilidad no derivado de la idea de prevención".

<sup>36</sup> Véase a JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en un Derecho penal funcional*.

<sup>37</sup> JAKOBS, *Sobre el tratamiento de las alteraciones volutivas y cognitivas*, trad. Díaz Pita. El artículo corresponde a las conferencias impartidas en junio de 1988 ante la Görechiswissenschaftlichen Gessellschaft y marzo de 1989 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Siena, Italia.

concepto restringido de autor; en cuanto a la elaboración de conceptos o categorías penales, Jakobs no conoce limitaciones ontológicas.<sup>38</sup>

Jakobs ha recibido innumerables críticas, por ejemplo: el representante de la Criminología crítica, el italiano Alessandro Baratta, que significa una de las voces más autorizadas en la crítica a Jakobs, hace ver a éste como un tecnócrata reaccionario y conservador. Los puntos más serios de la crítica, consisten en reprochar al penalista alemán, haber equiparado en importancia la pena con el derecho (la parte con el todo); el no atacar el origen del delito, sino sólo afrontarlo como realidad manifiesta a través de la pena que reacciona ante un sujeto cuya conducta y situación son adecuadas al tipo, importando muy poco lo cognoscitivo del hecho; el que la prevención especial quede como un efecto aislado de la pena, lo que hace ver a ésta, únicamente como un símbolo estabilizador de la norma; porque si la pena no es más que una respuesta simbólico-contrafáctica con significado estabilizador, entonces y por lo tanto la función originaria de la norma (tutelar bienes jurídicos) queda relegada; el haber pasado de una confianza personal a una confianza institucional o funcional que refleja que el individuo ya no es el centro y el fin de la sociedad y del Derecho, logrando con ello una auténtica despersonalización del individuo y del Derecho, en nuestro caso, del Derecho penal.

## V. TOMA DE POSTURA

Es de nuestro parecer la apertura del sistema penal a los fines de política criminal, tomando en consideración el entorno *ontológico* que debe delimitar a cada categoría penal, pues de lo contrario el sistema penal pudiera quedar sujeto a un puro *decisionismo* político criminal, riesgosamente arbitrario como a lo que creemos conduce la postura de Jakobs.

En todo esto, consideramos que la metodología que el Derecho penal debe seguir, corresponde a la que se sustrae dialécticamente de dos grandes esferas: la óntica y la normativa. En este sentido somos de la creencia que la dogmática penal se debe pensar del sistema al problema y del problema al sistema, garantizando en todo, un Estado democrático de Derecho respetuoso de la justicia y la seguridad privada.

<sup>38</sup> JAKOBS, Günther y STRÜENSEE, Eberhard, *Problemas del Derecho penal moderno*, p. 54. "La protección de la vigencia de la norma, es incompatible con la accesibilidad limitada".

Pensamos que la posición de Roxin, es correcta, al sustentar que el concepto de dolo hay que definirlo como un comportamiento para el cual es adecuada la pena; ¿qué características tiene que mostrar tal comportamiento?, hay que fijarlas sobre la base de decisiones valorativas político-criminales. Roxin concibe materialmente el injusto como lesión de un bien jurídico, y la tarea del Derecho penal, como protección subsidiaria de bienes jurídicos, de cuyo posible ámbito se excluye lo que signifique mera inmoralidad, pero determina la idea del bien jurídico desde la perspectiva del sistema social: lo útil para el desarrollo del individuo o para el sistema mismo podrá ser calificado como bien jurídico.

Por lo que respecta a la posición de Jakobs, que se basa en los postulados de Niklas Luhmann, tiene como principal crítica la insuficiencia epistemológica del funcionalismo sistémico. Además, esta teoría traslada el centro de atención al sistema social, subordinando a su buen funcionamiento cualquier valoración ética-política, individual o colectiva. En otras palabras el individuo no es más que un subsistema físico-psíquico.

*No podemos aprender la filosofía, no sabemos lo que es y tampoco conocemos dónde la vamos a encontrar, quién la tiene o cómo reconocerla; lo que si podemos aprender es a filosofar.*

Emmanuel KANT