

Desarrollo Epistemológico y Evolución del Derecho Penal Moderno

Epistemological Development and Evolution of Modern Criminal Law

Silfredo Jorge Hugo Vizcardo

*Director de la Unidad de Investigación
de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.*

SUMARIO:

- 1.- *Periodo pre iluminista.*
 - 2.- *El iluminismo penal.*
 - 3.- *La escuela clásica.*
 - 4.- *La escuela positiva.*
 - 5.- *Las escuelas intermedias o eclécticas.*
 - 6.- *La escuela técnico-jurídica.*
 - 7.- *La escuela clásica alemana: causalismo y neo-causalismo.*
 - 8.- *Del irracionalismo a la racionalidad: La doctrina finalista.*
 - 9.- *Las orientaciones teleológicas y el sistema funcionalista.*
 - 9.1. *El funcionalismo moderado de Claus Roxin.*
 - 9.2. *El funcionalismo radical de Gunther Jakobs.*
- Bibliografía*

* Profesor titular principal de Derecho Penal UNMSM. Profesor de Derecho Penal. Facultad de Derecho UIGV. Profesor de la Unidad de Post Grado. Facultad de Derecho y C. P. de la UNMSM. Magister y Doctor en Derecho Penal UNMSM. Profesor investigador, autor de diversos artículos y libros en materia penal.

RESUMEN:

El proceso de modernización del Derecho penal alcanzó su maduración gracias al pensamiento iluminista, influenciado fundamentalmente por importantes doctrinarios como: Bentham en Inglaterra, Montesquieu y Voltaire en Francia, Hommel y Feurbach en Alemania y Beccaria, Filangieri y Pagano en Italia. La premisa común de la que partían estaba constituida por la preocupación de racionalizar el sistema penal para convertirlo en instrumento útil para prevenir efectivamente los delitos, combatir la arbitrariedad judicial, mitigar las penas y evitar injustificados excesos de sufrimiento a los condenados. Los presupuestos de la reflexión penal del iluminismo tienen sus raíces en las concepciones doctrinarias y de las escuelas, que a través del tiempo caracterizaron, más genéricamente, a la filosofía político-jurídica de la época. Visto así, la concepción penal iluminista recoge un conjunto de ideas guía destinadas a influir en la futura evolución de la legislación y de la ciencia penal.

SUMMARY

The modernization of criminal law reached maturity thanks to Enlightenment thought, primarily influenced by important doctrinal as Bentham in England, Montesquieu and Voltaire in France, Hommel and Feurbach in Germany and Beccaria, Filangieri and Pagano in Italy. The common premise of departing consisted of concern to streamline the criminal justice system to make it useful instrument effectively prevent crime, combat judicial arbitrariness, mitigating sentences and avoid unjustified suffering excesses of the damned. The budgets of criminal reflection of the Enlightenment are rooted in the doctrinal and schools, which over time characterized, more generally, to the political and legal philosophy of the time conceptions. Seen this way, the Enlightenment conception criminal collects a set of guiding ideas designed to influence future developments in legislation and criminal science.

PALABRAS CLAVES

Evolución derecho penal moderno.

KEYWORDS

Evolution modern criminal law.

1.- PERIODO PRE ILUMINISTA

Hasta la mitad del siglo XVIII, el mundo de los delitos y de las penas exhibía escenarios confusos y sombríos bajo el triple perfil de la definición normativa de los delitos, de los instrumentos sancionatorios y de la disciplina procesal.

El campo de los hechos punibles permanecía incierto por la falta de una codificación (en sentido moderno), por la caótica superposición de textos normativos heterogéneos y por las frecuentes interferencias del poder ejecutivo que influía sobre el judicial, a veces hasta el punto de reemplazarlo (P. ej. el poder monárquico de la Francia pre-revolucionaria se constituía en originario de la ley e infligía directamente la pena sin ningún control). Además, como bien precisan Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, la persistente confusión entre “crimen” y “pecado” contribuía a agravar esta situación, por lo que la justicia penal fungía también como brazo secular de la religión y del poder eclesiástico. En el contexto de esta concepción sacralizada y moralista del derecho penal emergían como crímenes muy graves las ofensas a la divinidad, como la blasfemia, o las infracciones a la moral sexual dominante, como el adulterio, la sodomía, etc. (Derecho Penal Parte General, 2006, Pág. 1).

Más sombrío aún era el cuadro de las sanciones punitivas, caracterizado por la arbitrariedad, el exceso y la crueldad; teniéndose como eje principal las penas corporales y la muerte. El proceso estaba dominado por los principios del más rígido modelo inquisitivo, dominado por el secreto, escrituralidad y preponderancia cuasi absoluta del órgano de acusación. Para obtener la confesión de los imputados era usual el uso de la aflicción física y la tortura, considerándose a la confesión como “la reina de las pruebas”.

La situación de la justicia criminal pre-iluminista, se caracterizo por una “legislación armada de instrumentos de inaudita severidad, no tenía siquiera la idea de un derecho de defensa o de una proporción equitativa entre delito y pena. Trataba al acusado como un enemigo, lo secuestraba en lugar de facilitar su justificación. Lo culpaba antes de que resultara condenado. Su único principio era la venganza pública; su único objetivo, la intimidación” (Helie, citado por Giovanni Fiandaca y Enzo Musco; b. cit. Pág. 2).

2.- EL ILUMINISMO PENAL

El proceso de modernización del Derecho penal alcanzó su maduración gracias al pensamiento iluminista, influenciado fundamentalmente por importantes doctrinarios como: Bentham en Inglaterra, Montesquieu y Voltaire en Francia, Hommel y Feurbach en Alemania y Beccaria, Filangieri y Pagano en Italia. La premisa común de la que partían estaba constituida por la preocupación de racionalizar el sistema penal para convertirlo en instrumento útil para prevenir efectivamente los delitos, combatir la arbitrariedad judicial, mitigar las penas y evitar injustificados excesos de sufrimiento a los condenados. La persecución de tales objetivos explica el interés prevaleciente en los iluministas por las cuestiones de política criminal y por los problemas de ciencia de la legislación: en términos modernos, ellos operaron más como “políticos del derecho” que como juristas en sentido estrictamente técnico. Por lo demás, ese estilo guardaba mayor coherencia con la inspiración de fondo de la filosofía del iluminismo globalmente considerada.

Los presupuestos de la reflexión penal del iluminismo tienen sus raíces en las dos concepciones que caracterizaron, más genéricamente, a la filosofía político-jurídica de la época: el “contractualismo” y el “utilitarismo”. Según aquel, que operó como modelo teórico del liberalismo clásico, las instituciones estatales obtienen su legitimación a partir de un acuerdo libremente estipulado entre los particulares y están en consecuencia, orientadas por la finalidad de salvaguarda de los derechos naturales de cada individuo en particular. Desde esta perspectiva, la utilidad social no habría de ser más que el reflejo o el resultado de la mejor satisfacción de los derechos individuales.

De la matriz contractualista derivan precisas implicaciones de la definición de los hechos delictivos. Desempeña papel fundamental ante todo, el principio de legalidad, que involucra una estrecha conexión entre la predeterminación legal de los delitos y de las penas, la certeza del derecho y el aseguramiento de las expectativas individuales de cada uno. Esta postura garantista se proyectaba incluso al plano de la interpretación de las leyes penales y hasta la misma selección legislativa de los hechos pasibles de incriminación. En cuanto a la actividad interpretativa, predomina la preocupación de refrenar lo más posible la discrecionalidad de los jueces, que deberían ser reducidos a simples

“bocas de la ley”, al decir de Montesquieu. La misma desconfianza frente a los magistrados la compartía Beccaria, que no sólo identifica la interpretación con un mecanismo de silogismo judicial, sino que pretende directamente desterrar el recurso de la ratio legis, como canon interpretativo.

Visto así, la concepción penal iluminista recoge un conjunto de ideas guía destinadas a influir en la futura evolución de la legislación o de la ciencia penal (es aquí donde se inserta el célebre libro: “De los delitos y de las penas”, de Cesare Beccaria, que se caracterizó por su contenido eficaz y conciso, de una política criminal racional y moderna). Pero los ideales iluministas, aun cuando fueron recogidos como normas, no alcanzaron a imponerse en forma pura. Como casi siempre ha ocurrido en la historia, aun las formas revolucionarias siempre han estado condicionadas a las tendencias conservadoras que les oponen resistencia. Es comprensible por ello, que el iluminismo penal haya encontrado en su camino obstáculos crecientes, paralelamente a la explosión de la reacción anti iluminista, a principios de 1800. La reacción anti iluminista se fue acentuando en Alemania, Italia y hasta en Inglaterra, a medida que se adentraba el siglo XIX, por efecto del resurgimiento de tendencias espiritualistas que se contraponían al utilitarismo del siglo XVII y revalorizaban el retribucionismo ético.

Además, fue mudando genéricamente la “actitud política” (ya no revolucionaria ni reformadora, sino conservadora y a veces reaccionaria) de la cultura jurídica liberal, preocupada de allí en adelante, más que de imponer límites al Estado y garantías a la defensa de los ciudadanos, por defender al Estado y al nuevo orden económico y social. No por azar la concepción penal iluminista resultó violentamente atacada en los períodos históricos de resurgimiento del autoritarismo, como puntualmente ocurrió con la experiencia nazi en Alemania y la fascista en Italia. Por el contrario, ella atiende a ser revaluada a la hora en que deviene predominante la preocupación liberal-garantista de remarcar los límites de la intervención punitiva; y, en efecto, recuperaron explícitamente las matrices iluministas aquellos estudiosos que, a partir de la segunda posguerra, se avocaron a la empresa de re-fundamentar el Derecho penal en clave constitucional.

La corriente iluminista también tuvo sus limitaciones, entre las que se anota la concepción demasiado mecanicista de la actividad interpretativa; la preferencia por las penas fijas que descuida la exigencia de adaptación de la

sanción al caso concreto; el rígido anclaje de la graduación de las penas a la exclusiva gravedad de la lesión del bien jurídico, con la consiguiente y completa pérdida de importancia de las modalidades de la acción y de la personalidad del condenado. Por el contrario, asuntos de fondo como la noción del Derecho penal como extrema ratio, la teoría preventiva de la pena y la exigencia de la proporcionalidad entre delito y sanción, representan hasta hoy puntos firmes de una concepción penal de inspiración liberal, atenta a la necesidad de balancear la eficiencia represiva con la garantía de los derechos individuales.

3.- LA ESCUELA CLÁSICA

La escuela Clásica como señala Jiménez de Asúa (T. II. 1964, Pág. 33), se caracterizó por su índole filosófica y por su sentido liberal y humanitario, alcanzando en la mitad del siglo XIX su pleno desarrollo, teniendo como su máxima expresión la fundamental obra de Francesco Carrara: “Programma del corso diritto criminale” (1871). Se puede decir, como punto de partida, que las teorizaciones de esta escuela desarrollan, sobre el plano de la construcción sistemática, principios racionalistas e iusnaturalistas de origen iluminista, pero con una perspectiva ecléctica que también le concede espacio al espiritualismo católico (Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, 2006, Pág. 8).

Se establece que el nombre de esta escuela, fue creado por los positivistas con cierto sentido peyorativo a toda actividad doctrinaria de los juristas que les precedieron. Le fue atribuido el más heterogéneo contenido, abarcando hasta tendencias diferentes e incluso opuestas, que en la época de su mayor predominio combatieron entre sí, como las teorías absolutas de la retribución y las numerosas doctrinas de tipo relativo. Estas tendencias se desarrollaron espontáneamente en cada país, con representantes que no se conocían unos a otros, y, en consecuencia, con anárquica autonomía y típico color nacional en muchos casos.

Los clásicos estuvieron representados por Carrara quien dejando de lado la experiencia jurídica, cimienta su pensamiento sobre dos criterios: el racionalismo y el iusnaturalismo. Para el profesor de Pisa, todo Derecho vigente debe subordinarse a la ley natural, proceso que se realizaría mediante métodos

lógicos abstractos. Carrara, separaría la ciencia jurídica de todo conocimiento empírico, siendo esto lo que iría en contraposición con el positivismo naturalista. Destacando que la ciencia penal está al servicio del hombre. Es difícil, nos señala Peña Cabrera (1994, Pág. 187), encontrar en la escuela clásica uniformidad doctrinaria y coherencia en los principios. Sin embargo, se ha logrado distinguir caracteres más o menos comunes, que han dado lugar a considerar a esta escuela como una de las más importantes. La escuela clásica, como ya se ha dicho, se destaca por su preferente índole filosófica, su sentido liberal y humanitario, Romagnosi y Carmignani (de quienes fue discípulo Carrara) son quienes tratan más intensamente los aspectos iusfilosóficos, principalmente en lo relacionado con el derecho de castigar y los límites que posee el Estado sobre este aspecto. Carrara, plantea lo que se ha denominado la “fase matemática”, es decir, la relación que debe existir entre el delito y la pena, bajo una proporcionalidad.

La escuela Clásica, se caracterizó por su método esencialmente racionalista (para los clásicos no había más ciencia que el derecho punitivo, que estudiaban con el método lógico-abstracto; se separaba el Derecho penal de todo tipo de conocimiento empírico); la responsabilidad debía basarse en el libre albedrío (Carrara aceptaba la doctrina del libre albedrío y la imputabilidad moral del hombre como la base sobre la cual se edificaba la ciencia criminal). En el mismo sentido Carminagni, entiende que la “imputabilidad moral” es una condición de la “imputabilidad política”, es decir, fundada en el “estado social” (contractualismo e iusnaturalismo); y esto es así porque el hombre sólo puede ser sujeto a las leyes en la medida en que es libre y por ello mismo dirigible. Igualmente, las leyes penales han de proceder siempre de acuerdo con las leyes éticas y religiosas. La libertad para Carrara, es un axioma que está fuera de todo debate (sin ella sería imposible el Derecho penal); el delito es concebido desde el punto de vista jurídico y no como un acontecimiento natural. La posición de Carrara, resultó “perfecta” a partir de la imagen del delito como un “ente jurídico”. Es así que usando la razón deductiva, se extrajeron todos los principios que disciplinaban la ciencia penal. Se define al delito como una infracción de la ley del Estado, que era promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, ante actos externos de los hombres, sean estos positivos o negativos, moralmente imputable y políticamente dañoso; La pena es considerada como un mal, y es un medio necesario para el restablecimiento del orden

externo de la sociedad. En el pensamiento de Carrara, la pena es la única forma de lograr la tutela del orden jurídico. Asimismo ella no era concebida en forma absoluta, sino como un ideal de justicia, tendiente a la propia conservación de los hombres.

Según Jiménez de Azúa (1964, p.35), el principio demostrado, de que el clasicismo se caracteriza por la llamada tutela jurídica, no excluye que los más vigilantes escritores, que precedieron a Carrara, entrevieran la más certera finalidad defensiva, si bien en un sentido puramente especulativo. Bentham, justificaba la pena por su necesidad, afirmando que la prevención general es el fin principal de las penas y también su razón de ser

En suma, la pena era considerada como un mal, y un medio necesario para el restablecimiento del orden de la sociedad. La pena es proporcional al delito.

4.- LA ESCUELA POSITIVA

En los últimos tres decenios del siglo XIX surgió en Italia un original movimiento de pensamiento que bajo diversos aspectos revolucionó el modo de concebir el delito y todo el Derecho penal. Sus principales exponentes fueron Cesare Lombroso (a quien se atribuye ser su fundador con su obra "L'uomo delinquente" 1876), Enrico Ferri y Raffaele Garofalo. El adjetivo de escuela "positiva", evidencia que se trata de una corriente de pensamiento que recibe su inspiración de la más general filosofía positivista, madurada en Europa en la segunda mitad del siglo XIX, y en efecto, la escuela positiva se identifica con el "positivismo criminológico", vale decir, con la aplicación de los postulados generales del positivismo filosófico, también en el campo específico del Derecho penal y de la criminología.

Aunque se haya considerado que la "escuela positiva" fue una reacción contra algunas exageraciones de abstracción de los penalistas "clásicos", la verdad es que ella respondió a un movimiento filosófico que, en resumen, no fue sino el efecto del gran desarrollo que tuvieron las ciencias experimentales y sus procedimientos (método), sobre todo a partir de la revolución industrial: todo -hasta las disciplinas morales y normativas- se podía reducir a un estudio

“científico” y éste era únicamente el que respondía al método experimental (inductivo) (Creus: “Derecho Penal Parte General”, 2012, Pág. 35).

Esta escuela surge en el marco de un ambiente intelectual, influenciado decididamente por un clima positivista, expresado fundamentalmente, en el ámbito de la filosofía. Los juristas además recepcionan el eco de las teorías evolucionistas de Darwin, Lamarck y Haeckel. Las ideas de estos pensadores insurgían contra el racionalismo inoperante, aportando una concepción naturalista, única forma de interpretación científica a través de la causalidad de los hechos individuales y sociales. A diferencia de la escuela clásica, la escuela positiva adquiere un carácter unitario y cosmopolita. El individuo es considerado un enfermo y su estudio equivalente al análisis clínico. Mientras que para los clásicos el objeto de estudio se centraba en el “delito”, los positivistas ponían al “delincuente” y su relación social como centro de su teoría.

Es esta concepción acerca del delincuente como “un ser enfermo”, lo que llevaría a que los estudios criminológicos se orienten siempre decididamente hacia un criterio clínico, en virtud del cual, es el estudio de cada caso concreto el que constituye la investigación esencial. Justamente se observa que cada criminal es un “caso” que se debe estudiar con ojos y experiencia clínica, y que, por ello, también en criminología, a decir de Di tulio, “es necesario hacer clínica”. La escuela positiva basa su tesis de la responsabilidad criminal en tres principios fundamentales contrarios a la escuela clásica. Al libre arbitrio, lo contraponen el determinismo de las acciones humanas debido a factores físicos, individuales y sociales; a la responsabilidad moral, lo sustituye por el principio de la responsabilidad social o legal de los individuos y de su defensa. Finalmente, el criterio objetivo de la entidad del delito como fundamento de la sanción, por el subjetivismo de la peligrosidad de los delincuentes.

Para Ferri, la escuela positiva fue algo más que la fusión entre Derecho penal y Antropología, fue la aplicación del método experimental al estudio de los delitos y de las penas. Sus características más importantes fueron: El método experimental; es decir, el empleo de la observación y la experimentación en el estudio del delincuente. Considerar al delincuente como ser anormal. Responsabilidad legal o social, derivada del determinismo y de la peligrosidad del delincuente; inadmisibilidad del libre albedrío como base de la responsabilidad criminal. La imposición de la sanción (pena o medida de seguridad) es

concebida como un derecho social de defensa. El delito se considera como un fenómeno natural y social, producido por el hombre (el delito viene a ser un hecho que traduce la naturaleza humana y evidencia la peligrosidad del delincuente). La sanción se relaciona con la peligrosidad del delincuente, y no con la gravedad real del delito. La pena tiene carácter indeterminado mientras persista la peligrosidad del reo.

5.- LAS ESCUELAS INTERMEDIAS O ECLÉCTICAS

No obstante los méritos de la escuela clásica, cuyo mayor mérito fue el haber dado sentido a la justicia penal, imprimiendo un desarrollo lógico al estudio del delito; y no obstante el aporte de la escuela positiva, que destacó por haber dado un método científico para el estudio del delincuente, probando la necesidad de individualizar la pena y la utilidad de los medios preventivos sobre los represivos; era necesario reforzar los conocimientos en materia de Derecho penal existentes en esa época.

Ello originaría el surgimiento de escuelas intermedias o eclécticas, que buscaron posiciones equidistantes entre las dos discutidas ideologías, superando así, las limitaciones de ambas, recogiendo sí sus aciertos. De estas escuelas son de mayor importancia la terza scuola en Italia, y la escuela sociológica en Alemania, encabezada por Von Liszt. La terza scuola tiene entre sus representantes a Carnevale, Impallomeni y principalmente Bernardino Alimena, quien concibe al igual que Carrara, que el delito es un fenómeno jurídico al afirmar que, desde el punto de vista positivo, la respuesta es fácil, porque la moral, a diferencia del Derecho, no tiene un Código, dándole una concepción moderna al Derecho penal, apartándola de la dominante concepción positiva de la norma. Para Von Liszt, afirma Quintero, dogmática y política criminal no se entremezclan en forma alguna. La atención primordial que a la política criminal concede, no significa que su "método" sea una "combinación" de los tradicionales elementos del método dogmático (interpretación, sistema, etc.), con los criterios político criminales. Por el contrario, la política criminal interviene cuando el método dogmático ha concluido su misión, es decir, ha interpretado el Derecho positivo y ha creado un sistema conceptual a partir del mismo; es entonces cuando en una última fase, la de "crítica", entra en juego la "política criminal revisando el Derecho vigente y proponiendo las medidas más ade-

cuadas para reformarlo y acercarlo a las exigencias político criminales”. Pero en el pensamiento de Von Liszt, estaba firmemente asentada la idea de que el Derecho penal constituiría el límite que la política criminal no podía traspasar.

El método jurídico -dice Von Liszt- es el que corresponde al Derecho penal, distinguiendo de ella las medidas de seguridad, de las cuales dice que son aquellos medios por los cuales se trata de obtener la adaptación del individuo a la sociedad (medidas educadoras o correccionales) o la eliminación de los inadaptados a la sociedad (medidas de protección o de seguridad, en sentido estricto) siendo la peligrosidad su fundamento. Sus ideas principales pueden resumirse en las siguientes: Imputabilidad, fundada en la aptitud de los hombres, para conducir sus actos, rechazando la responsabilidad de los inimputables, propugnada por los positivistas. La naturaleza de la pena reside en la coacción psicológica, y tiene como fin satisfacer la necesidad política y social con el mínimo de sacrificio para el sujeto. Acepta la causalidad, pero no como necesaria en el Derecho penal, rechazando la concepción de Ferri. Rechazan la fatalidad del delito y la noción del delincuente nato, enfatizando las investigaciones sociológicas y antropológicas del delito.

En cuanto a las sanciones criminales, manifiesta Bustos (1986, p. 155), tienden a excluir el fin de prevención especial para la pena, que sería entonces lo propio de la medida de seguridad. Las penas tendrían más bien un carácter aflictivo y de prevención general; ello en gran medida está también en relación con el planteamiento de dirigibilidad característico de esta escuela.

Por otra parte, en Alemania, esta misma aspiración orienta al nacimiento de una Escuela sociológica, llamada también escuela de la Política Criminal. Tiene entre sus representantes a Von Liszt (Alemania), Prins (Bélgica) y Stoos (Suiza).

6.- LA ESCUELA TÉCNICO-JURÍDICA

La cultura penalista fue agitada en los últimos años del siglo XIX, por una áspera polémica entre “clásicos” y “positivistas”; el conflicto se exasperó hasta tal punto que los contendientes tergiversaban intencionalmente las posiciones en contraste, con la consecuencia de desvirtuar una real confrontación

de ideas. La gran reacción producida en el campo del Derecho Penal en contra de los extremos axiomáticos del positivismo y, por otra parte, el surgimiento en el plano epistemológico general de un renacimiento de Kant como reacción a la ciencia positiva, que da origen a la filosofía o ciencia de los valores, tiene también su repercusión en las nuevas ideas penales e implica una vuelta a los postulados clásicos, si bien recogiendo lo aportes innegables del positivismo (Bustos, op. cit. p. 155).

A decir de Peña Cabrera (1994, p. 193), en realidad no se trata de una escuela o corriente, sino, de un método mediante el cual, el Derecho enfoca la única realidad existente en su seno, es decir, la norma penal (conforme: Pérez Pinzón, 1992, p.105). Lo que más bien se busca es señalar que las tendencias clásicas y positivistas, han equivocado el estudio del Derecho penal al dedicarse a la investigación filosófica o naturalista, abandonando la parte sustancial que es la propia investigación jurídica. Por ello, alienta al estudio del derecho positivo, apartándose completamente de sus predecesores al dar una dedicación plena al estudio del Derecho penal, es decir, que el delito y la pena deben estudiarse como hechos o fenómenos regulados por el ordenamiento jurídico positivo. El Derecho penal y la ley positiva son las bases sobre las cuales ha de girar esta teoría, siendo su mayor aporte la dogmática.

El primer momento de la ciencia jurídica lo constituye el código, que limita así el enfoque del científico del Derecho, obligado a situarse dentro de sus normas, pero en el segundo momento se olvida de las divisiones y ordenamientos de los textos, y buscando la intención del legislador (real o presunta), hace una construcción original, presentando en forma nueva la vida social que el legislador había codificado. Este método se llama también científico o racional, y culmina en obras que se han llamado tratados en oposición a los comentarios (cfr. Aubry y Rau, citado por Peña Cabrera, loc. Cit.). En los últimos tiempos, destacados juristas conservando el cuadro de las ideas técnico-jurídicas, incorporan la concepción del derecho natural retomando las ideas libre-arbitristas a fin de postular el perfil ético del Derecho penal. Destacándose entre ellos los italianos Bettiol, Maggiori, Petrocelli, y Batagliani. Verdaderamente el movimiento técnico-jurídico italiano, no viene a ser sino una repercusión de la concepción histórico-teórico positiva y que tuvo en Karl Binding su más auténtico representante; e inclusive sin temor a exagerar se puede afirmar que es partir

de la obra de Binding, que la ciencia del Derecho Penal moderno adquiere una dimensión científica.

Entre sus características más importantes tenemos: Método rigurosamente jurídico, empleando para ello tres tipos de investigación: el exegetico, el dogmático y el crítico. Responsabilidad psicológica, basada en la simple voluntad del sujeto normal, rechazando así, tanto el libre albedrío como el determinismo, aplicando responsabilidad psicológica a través de la voluntad del sujeto. Delito como pura relación jurídica, donde debe distinguirse la causalidad material y psíquica; es decir, el delito es un hecho humano, imputable, ilícito y dañoso, que pone en peligro la existencia de la sociedad jurídicamente organizada. Sanción como reacción jurídica contra el delito, reservada para los sujetos capaces penalmente. Las acciones peligrosas que no dan lugar a la aplicación de una sanción por razones de incapacidad, quedarían sometidas a medidas de seguridad o de carácter administrativo.

7.- LA ESCUELA CLÁSICA ALEMANA: CAUSALISMO Y NEO-CAUSALISMO

En Alemania también se hizo sentir la influencia de la escuela positiva italiana y del pensamiento positivista en general; sin embargo adquirió en todo caso una dirección más moderada y más jurídica que en Italia (Bustos Ramirez: "Introducción al Derecho Penal", 1986, Pág. 140). Como bien lo aprecia Villa Stein ("Derecho Penal Parte General, 2014, Pág. 73), "una variante jurídica del positivismo italiano lo tenemos en el causalismo que representara Franz Von Liszt, Beling y Gustavo Radbruch, que configura la escuela clásica alemana; que a decir de Roxin, se convirtió en dominante a principios del siglo pasado, "se basaba en la hipótesis de que injusto y culpabilidad se comportan entre sí como la parte externa y la interna del delito. En consecuencia, todos los requisitos objetivos del hecho punible pertenecían al tipo y a la antijuricidad, mientras que la culpabilidad se concebía como el compendio de todos los elementos subjetivos del delito (el denominado concepto psicológico de la culpabilidad). Por consiguiente el dolo se consideraba desde la perspectiva de esta teoría como forma de la culpabilidad (Roxin, Claus: "Derecho Penal Parte General", T 1, "Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito", 1997, Pág. 198).

El pensamiento de Von Liszt realmente revolucionó todo el campo jurídico penal de su tiempo e incursionó en todos los campos que, según su punto de vista, podían tener una repercusión en el Derecho penal: el psicológico, el antropológico y el sociológico. Él aportó un planteamiento omnicompreensivo de las disciplinas que se ocupaban del delito, abarcando al Derecho penal material, al Derecho penal procesal, la criminología, la política criminal, la penología y la criminalística. Sus ideas aportaron un sistema moderno del Derecho penal; no buscaba suprimir o reemplazar el Derecho penal, como sucedió con el positivismo italiano, sino por el contrario para él el Código penal en la “carta magna del delincuente”. No protege el orden jurídico ni a la comunidad, sino al individuo que contra esta ha obrado. Dispone para él el derecho a ser castigado solo si concurren los requisitos legales y dentro de los límites establecidos por la ley.

En materia propiamente penal, Von Liszt (sobre la base de la propuesta civilista formulada por Rudolph Von Iherin), incorpora al derecho penal el concepto de antijuricidad. Asimismo hay que destacar, además su concepto de pena, su concepción de la culpabilidad y su teoría de la acción. Su concepto de pena tenía como base fundamental la consideración material de la antijuricidad, entendida como una conducta antisocial “contraria a la sociedad”. Esto era comprensible solo en cuanto se entendía el acto humano delictivo como un ataque a los bienes jurídicos.

El bien jurídico era la piedra fundamental de todo el sistema y el fundamento de la pena, la pena tenía por fin la protección de bienes jurídicos. El bien jurídico “es el interés jurídicamente protegido”, tal interés no lo crea el orden jurídico, sino la vida, y esos intereses vitales surgen de las “relaciones de vida”. Por eso el bien jurídico es un “concepto límite de la lógica abstracta”, del Derecho penal sistemático, ya que “la abstracción del derecho vigente nos lleva con necesidad a la aceptación hipotética del pensamiento final, a la convicción de que todo el derecho obra en relación con el hombre. El bien jurídico resulta, pues, el punto de unión entre el Derecho penal y la política criminal, con lo cual no se puede entender una sin la otra, aunque ambas conserven autonomía. Con ello, evidentemente, la diferencia sistemática entre Von Liszt y Binding era de una profundidad insalvable. Para el segundo el bien jurídico era algo inmanente a la norma, simplemente una *ratio legis*, completamente desprendido del mundo social, frente al cual nada tenía que decir el hombre de la calle, el

ciudadano, en tanto que para el primero era justamente todo lo contrario. Por ello Von Liszt expresaba que el concepto de bien jurídico de Binding es “un concepto ficticio, esto es, una palabra sin contenido” (citado por Bustos Ramírez: “Introducción al Derecho Penal”, 1986, Pág. 146).

Adolf Merkel representa también un hito importante en la transición de la escuela clásica a la positiva. Adopta una actitud mucho más moderada que Von Liszt. Merkel, como Binding y Von Liszt, no solo es un teórico del Derecho penal, sino que también incursiona con profundidad en la teoría general del derecho, dentro del cual se preocupa fundamentalmente de impugnar la posición idealista y establecer las bases de una posición realista, basada en la sociología de Comte y de Spengler especialmente, pero cuidándose de no llegar a los excesos dogmáticos del positivismo naturalista. En lo que se refiere propiamente al Derecho penal, son importantes las concepciones de Merkel sobre el injusto, la culpabilidad y la pena. En lo que al injusto se refiere, la base de él está constituida por la lesión de un interés, esto es, acción punible es aquella que lesiona un interés; pero que, además, al lesionar tal interés, ha de violar también una norma jurídica y con ello un deber precisamente de omitir la lesión de tales intereses. Con ello Merkel logra dar una acabada imagen de lo que es el injusto, sin caer en los excesos del racionalismo ni del positivismo naturalista. Es el primero, antes incluso que Welzel, en afirmar la existencia de un “injusto personal”.

A decir de Roxin (“Derecho Penal Parte General, T.I, 1997, Pag 198-199), la decadencia de la doctrina proporcionada por la escuela clásica (causalista), fue iniciada por el sistema “neoclásico”, que operó una reestructuración del concepto del delito, basado en el hecho de reconocer que el injusto no es explicable en todos los casos sólo por elementos puramente objetivos y que, a la inversa, la culpabilidad tampoco se basa exclusivamente en elementos subjetivos. “El neo-causalismo, llamado también “neokantianismo” o “causalismo valorativo”, concibe el conocimiento en su dualidad <<materia>> - <<forma>> de modo que una aproximación gnoseológica a la realidad empírica, es el resultado de aplicar a esa realidad fáctica y material, las categorías apriorísticas del conocimiento. Los neokantianos entienden entonces que hay ciencias del espíritu entre las que se halla el derecho y las de la naturaleza” (Villa Stein, “Derecho Penal Parte General”, 2014, Pág. 75).

Por eso la doctrina se vio obligada a reconocer la existencia de elementos subjetivos del injusto. Por otra parte, también se puede perfectamente afirmar que la culpabilidad, en casos como las situaciones de estado de necesidad, también depende de circunstancias objetivas, y en la imprudencia inconsciente, que entonces se concebía como forma de culpabilidad, es incluso dudoso que en ella se pueda encontrar un elemento volitivo.

De este modo, el concepto del delito denominado “neoclásico”, que era dominante hacia 1930, pudo ciertamente mantener en principio la separación entre injusto objetivo y culpabilidad subjetiva y afirmar el dolo como forma de culpabilidad, pero tuvo que reconocer ciertas excepciones y buscar por ello otra explicación distinta para diferenciar injusto y culpabilidad. Dicha diferencia, que se manifestó como una evolución fundamental, se halló en la distinta forma de valoración: Al afirmar la presencia de injusto se valora el hecho desde el punto de vista de su dañosidad social, y al constatar la culpabilidad se lo valora desde el punto de vista de la reprochabilidad. El entendimiento de la culpabilidad como “reprochabilidad”, es lo que caracteriza al denominado concepto normativo de culpabilidad. Surge así la idea del “tipo de injusto”, que anticipa la antijuricidad.

En Alemania quien representa este retorno al clasicismo e impone un tecnicismo jurídico en el tratamiento del fenómeno criminal es Ernst Beling, quien, siguiendo a Von Liszt, recoge muchos de los aportes positivistas, pero formalizándolos especialmente a través de su concepción del tipo y de su esquema del delito. El gran aporte de Beling, que se encuadra totalmente en la más pura tradición racionalista, es su concepto de tipo que, por una parte, formaliza el delito pero por otra otorga garantías al individuo frente al Estado, y que en último término no es sino una consecuencia más del principio “nullum crimen nulla poena sine lege de Feurbach y por tanto, una aplicación más precisa de la determinabilidad legal del delito. El concepto de tipicidad de Beling permitió dar al delito un estricto contenido jurídico positivo, con lo que confirió total autonomía al estudio del derecho penal y desestimó la concepción de una ciencia penal conjunta planteada por Von Liszt, en la que el Derecho penal solo era un aspecto del todo.

En este aspecto la obra de Edmund Mesger es también relevante. Parte, según precisa Bustos Ramirez (Ob, Cit, Pag. 117), del sistema clásico representado por Lizst-Beling-Radbruch, pero nutre la teoría con el aporte valorativo. Parte de que la antijuricidad se da materialmente por una norma objetiva de valoración, en el sentido de que contiene juicios de valor insertos en el mismo sistema jurídico, sobre determinados hechos y estados (regidos por la causalidad); por eso la antijuricidad ha de ser comprendida “como lesión objetiva de las normas de valoración” (Loc. Cit.).

8.- DEL IRRACIONALISMO A LA RACIONALIDAD: LA DOCTRINA FINALISTA

El surgimiento de la llamada “Escuela de Kiel” (Kieler Richtung), dentro de una situación de conflicto social producida en Alemania por la hegemonía Nazi (1933 y 1945), dieron cabida en el seno del Derecho penal a posiciones totalitarias. La escuela de Kiel se fundamentaba en posiciones antiliberales populistas a ultranza, que pretendía interpretaciones amplias y universales basadas por ejemplo en las referidas al “sentimiento del pueblo alemán”. Conforme lo precisa García-Pablos de Molina, el método fenomenológico y la contemplación del Derecho como “orden concreto” se aunaron, previas las oportunas manipulaciones, para otorgar el fundamento filosófico al nacionalsocialismo. Esta labor la lleva a cabo la Escuela de Kiel, acaudillada por Dahm y Schaffstein, entre otros, que lógicamente propugnan también, un “método adecuado a las nuevas concepciones jurídicas (“Derecho Penal Parte General; Fundamentos, 2009, Pág. 621).

Los representantes más importantes de esta escuela fueron Georg Dahm y Friederich Schaffstein. Ambos intentaron dar contenido a un nuevo modelo de la teoría del delito en relación con sus aspectos fundamentales. Es así como Schaffstein sustituye el planteamiento del delito, entendido como un ataque a bienes jurídicos; por el de una “lesión del deber” (que en verdad significa “el deber del individuo con el Estado”). Este planteamiento de Schaffstein se conecta con el de Dahm, que concibe el delito como “una traición”. Por ello, partiendo del delito de alta traición y de traición a la patria, Dahm llega a una conclusión muy semejante a la de Schaffstein, o sea, que el delito no consiste

en la lesión de un bien jurídico, como lo señala el Derecho penal liberal, sino en la afectación de un deber de fidelidad. Este deber de fidelidad estaría en la base, entonces, de todo delito y por tanto, siempre un delito constituye una traición del individuo respecto de su pueblo. “Para Dahm, la culpabilidad lejos de limitar la responsabilidad, la aumenta con criterios de << mala conciencia y carácter >>” (Villa Stein, Ob. Cit. 2014, Pág. 77).

El fin de la segunda guerra mundial señaló en Alemania el momento de un intento de superación radical del irracionalismo de la Escuela de Kiel, lo que se manifestó en dos tendencias fundamentales: la del iusnaturalismo, que terminó en retirada, y la de la teoría finalista de la acción, que provocó un vuelco importante en el ámbito del Derecho penal.

Conforme lo anota Villa Stein, “el finalismo, como corriente onto-naturalista aparece en 1930, con la obra de Welzel, aunque es a partir de 1945, con la terminación de la Segunda Guerra Mundial, que acabados los desvaríos de la escuela de Kiel, se instala en Alemania el pensamiento de Hans Welzel (1940-1977), jurista formado con los auspicios neokantianos de B. Buch y H. Rickert” (Ob. Cit. 2014, Pág. 78).

Para Vons List, la doctrina de la acción finalista puede decirse que surge como reacción contra el planteamiento causal dominante hasta entonces en Alemania, para quienes la acción no era otra cosa que la modificación del mundo exterior, lograda mediante acción muscular (en los delitos de comisión) o por inercia física (en los omisivos), que eran perceptibles por los sentidos y el resultado por tanto debe estar en relación de causa y efecto (en relación de causalidad). Este concepto causal de acción dividió el delito en dos partes: objetiva (la acción en contradicción con la norma) y la subjetiva (culpabilidad).

La teoría finalista afirma que la acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es por eso, acontecer final, no solamente (causal). En la “finalidad” el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal puede prever dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme, a su plan, a la consecución de estos fines. La finalidad es, por ello dicho en forma gráfica, “vidente”, en contraposición a la causalidad “ciega” (Welzel).

Los finalistas a diferencia de los causalistas señalan otra estructura del delito, donde el injusto se ve integrado por la tipicidad y la antijuricidad y la culpabilidad por la imputabilidad, la conciencia de la antijuricidad y la exigencia de un comportamiento distinto. Comprendiendo el tipo en una parte objetiva (objetos y sujetos) y subjetiva (dolo y culpa). La antijuricidad es concebida como la contradicción con el Derecho y la lesión puesta en peligro de bienes jurídicos, desapareciendo ésta por causales de justificación (legítima defensa y estado de necesidad). No existe culpabilidad para los inimputables; si el sujeto actúa en error invencible tampoco habrá culpabilidad.

Para Hans Welzel la misión del Derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de la conciencia, de carácter ético social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares, a los que considera como “todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones. Welzel, se preocupa más por diferenciar la “voluntariedad” y la “motivación” de la finalidad, señalando que el concepto de tipo no es ajeno a valoraciones, indica que esta concepción señala la antijuricidad confundiendo con ella, limitándose a relieves las acciones que le interesan al derecho, afirmando también que los delitos culposos se encuentran cargados de desvaloraciones. Actualmente, la lucha entre escuelas que caracterizaron principalmente los debates entre Mezger y Welzel, ha perdido interés en los teóricos alemanes, notándose posiciones caracterizadas por su eclecticismo (.la peculiar pretensión de la actual situación de la dogmática reside en el hallazgo de una síntesis entre los nuevos impulsos que le debemos al finalismo y ciertas irrenunciables conclusiones del anterior lapso de desarrollo de nuestra ciencia, determinado por un pensamiento valorativo y teleológico). Pero el finalismo también tiene sus críticos, entre los que podemos señalar a Roxin que orienta el Derecho penal hacia la política criminal, objetando su análisis lógico-abstracto. El funcionalismo por otro lado censura del finalismo su método ontológico, proponiendo, como señala Jakobs, una “refundamentación” normativa en la teoría del delito.

Política criminal, libre albedrío y teoría de la pena entre otros, son los temas que hoy están en debate en un Derecho penal que busca afirmarse más humanamente. Claro está que cuando nos referimos a la humanización del Derecho punitivo apostamos a favor de un mejor Derecho penal, sin inclinarnos a la abolición del mismo.

9.- LAS ORIENTACIONES TELEOLÓGICAS Y EL SISTEMA FUNCIONALISTA

Desde los años sesenta la dogmática jurídico-penal se halla inmersa en una fase de transición, caracterizada por el predominio de corrientes de signo ecléctico. Hasta entonces el derecho positivo, el mundo de los valores y la esfera ontológica habían sido el centro de gravedad de su evolución, caracterizando los tres momentos más significativos de ésta: el positivista, el neokantiano y el finalista.

En la actualidad el rasgo dominante de la moderna dogmática jurídico penal es el teleológico-valorativo, con la consiguiente tendencia a la normativización de las categorías del sistema. El razonamiento sistemático teleológico, afirma Shunemann, ha sentado a lo largo de un decenio las bases para una profunda modificación del sistema. Este se caracteriza por un total alejamiento del razonamiento lógico-objetivo del finalismo y debe contemplarse como un desarrollo ulterior del neokantismo (citado por García-Pablos de Molina, Ob. Cit. 2009, Pág. 634).

“La orientación de las decisiones dogmáticas a fines y valoraciones político-criminales se ha revelado, paradójicamente, como la única forma de atribuir un contenido racional al sistema, ante las inseguridades que produce la argumentación ontológica en una sociedad plural y pluricultural” (Loc. Cit.).

De todas las tendencias conocidas destacan aquellas propuestas dogmáticas que reciben precisamente el calificativo de “funcionalistas” o “teleológicas”. En puridad, no constituyen algo nuevo o desconocido, puesto que enlazan con la tradición metodológica neokantiana y, en general, con todas aquellas directrices que bajo el predominio del finalismo siempre mantuvieron consideraciones teleológicas valorativas como elemento integrante del método dogmático. En común tienen la pretensión de construir sistemas abiertos aptos para la permanente orientación de los mismos hacia las exigencias cambiantes político-criminales y la propia evolución de los conocimientos. La finalidad última de aquellos es la de proporcionar un modelo explicativo serio de lo que en realidad hacen los juristas intuitivamente, racionalizándolo y haciendo posible la doble función de la dogmática: una aplicación segura y fiable del Derecho y una restricción de la intervención penal a los límites estrictamente necesarios.

En todo caso, a excepción de las manifestaciones más radicales, las orientaciones teleológico-funcionalistas, no constituyen, como lo indica Silva Sánchez, metodológicamente hablando, un “*alliid*” sino un “*plus*”. Así en 1955, consideraba ya Gallas como meta de la dogmática penal la búsqueda de “una síntesis entre las adquisiciones debidas al finalismo y las conquistas irrenunciables procedentes de la etapa anterior, impulsada por el pensamiento valorativo y teleológico el propio Roxin califica su *modus operandi* como “*método de síntesis*”.

Prescindiendo del valioso antecedente que representa la obra de Schmidhauser, suele considerarse punto de partida del moderno pensamiento teleológico-valorativo la obra de Roxin: “*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*”. No obstante, en el seno de la actual tendencia a la normativización del sistema y sus categorías, conviene distinguir dos sub orientaciones teleológico-funcionalistas; la moderada, que abandera Roxin y sus seguidores; y la radical, representada por el funcionalismo-sociológico (teoría de los sistemas) de Jakobs.

9.1. El funcionalismo moderado de Claus Roxin

El panorama dogmático actual que, en general, acepta los modelos sistemáticos heredados, aborda la construcción teórica de los elementos del delito a partir de referencias extra penales. Las propuestas garantistas proponen una reconstrucción de las categorías dogmáticas desde los principios garantizadores que caracterizan al Estado democrático. Esta reivindicación de los criterios limitadores del ejercicio del *ius puniendi* (reivindicación que sólo puede ser consecuente en marcos constitucionales) lleva a programas político-criminales minimizadores, que restringen considerablemente el ámbito de intervención estatal punitiva. Pero lo esencial de estas propuestas radica en su esfuerzo por no deferir la aplicación de esos criterios limitadores a las fases aplicativas del Derecho, y por no confinarlos exclusivamente al nivel de las estrategias político criminales previas a la labor del legislador. Se trata de incorporar el garantismo a la labor dogmática, con la consiguiente reformulación de los elementos de la teoría jurídica del delito, que no pueden seguir siendo cómplice alevé del derecho a castigar, sino, en sentido totalmente contrario, constituyéndose en sus límites.

Por su parte, y con puntos de partida sustancialmente distintos, las propuestas genéricamente denominadas funcionalistas responden a una pujante atención a la realidad metajurídica, lo que comporta incluir en la reflexión dogmática las preocupaciones político-criminales, con los consiguientes ajustes metodológicos (aunque sin romper con el pensamiento sistemático). Quizá el más influyente representante de esta tendencia sea Claus Roxin, quien propone en su obra "Política criminal y sistema del Derecho penal", propone superar la dualidad política criminal dogmática que presidió los trabajos de Von Liszt, para integrarla en un modelo único.

La pretensión de Roxin es superar las barreras existentes entre el Derecho penal y la política criminal, haciendo del sistema un instrumento válido para la solución satisfactoria (político-criminalmente) de los problemas reales de la sociedad. Su preocupación es, por tanto, práctica, para ello sugiere Roxin la decidida orientación del sistema del Derecho penal a las valoraciones de la política criminal, de suerte que todas las categorías de aquél (sistema) se redefinirían en función de tales exigencias políticos criminales. Dicho giro o reorientación de todas las categorías y sub categorías persigue evitar el lamentable contrasentido que propiciaba el positivismo jurídico, con sus excesos abstracto-deductivos, esto es, una suerte de everroismo científico a tenor del cual podía seguir siendo dogmáticamente correcta e impecable una interpretación que, desde un punto de vista político-criminal no resolviese el problema concreto de forma adecuada y satisfactoria. Roxin procede en consecuencia, a una amplia normativización de todas las categorías del sistema, convencido de que sólo esa vía (y no la "vinculación" ontológica del finalismo) permite coordinar la Dogmática y la Política Criminal, salvando al sistema.

La construcción dogmática de Roxin se configura como un proyecto teleológico, en cuanto tendencialmente regido por objetivos preventivos, pero, también, integrador de los límites formales y materiales (incluso de base ontológica) propios del Estado democrático. Su dogmática responde inicialmente, como en Jakobs, a la conciencia jurídica general, que descontenta e insegura frente a la infracción, exige que se afirme la vigencia de la norma mediante el castigo del sujeto. Sin embargo, la prevención a que apunta Roxin en el desarrollo de sus tesis es sustancialmente distinta: no consiste en el

aquietamiento de conciencias por afirmación de vigencia de la norma, sino en la evitación de delitos futuros, lográndose con ello la tranquilidad ciudadana, pero más que como objetivo, como efecto necesario (Ignacio Berdugo y otros, Curso de Derecho Penal Parte General, Ob.cit. 2010, Pág. 75).

El modelo teleológico político criminal propuesto por Roxin, responde a la reivindicación elemental de que los fines del sistema penal estén presentes a la hora de construir teóricamente los presupuestos de la punibilidad. Se trata, si, de construir un sistema penal orientado a las consecuencias, pero sin incurrir en un empobrecedor “consecuencialismo”, sino incorporando criterios axiológicos que han de ser desarrollados en la materia jurídica. En el pensamiento de Roxin el fin del Derecho penal es la tutela de bienes jurídicos, los que necesariamente tienen su origen en el Derecho mismo y en la Constitución.

“En el campo punitivo sostiene Roxin la teoría unificadora preventiva de la pena y así nos informa que el punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo. Puesto que las normas penales solo está justificadas cuando tiendan a la protección de la libertad individual y a un orden social que estén a su servicio y añade con contundencia de que de ello resulta además que la prevención especial y la prevención general deben figurar conjuntamente como fines de la pena” (citado por Villa Stein, Ob. Cit. 2014, Pág. 82).

9.2. El funcionalismo radical de Gunther Jakobs

Con un punto de partida diferente Jakobs propone un sistema penal de vocación meramente descriptiva (y por tanto conservador), elaborado sobre un confesado relativismo y orientado a la función preventivo general integradora o positiva. Su funcionalismo normativista sustituye las referencias a la realidad metajurídica por la entronización, como centro del sistema, de la vigencia de la norma. “Desde una perspectiva político-criminal, las propuestas funcional-normativistas de Jakobs proponen la práctica disolución del bien jurídico -que se identifica con la propia norma-, y de la culpabilidad -construida al margen del sujeto cuya responsabilidad se examina-, así como la renuncia a objetivos de prevención material, lo que las sitúa en las

antípodas del pensamiento garantista” (Ignacio Berdugo y otros, Ob. Cit. 2010, Pág. 122).

Se reconoce al profesor Gunther Jakobs, Catedrático de Derecho penal y Filosofía del Derecho en la Universidad de Bonn (Alemania), una trascendente labor jurídica en la Ciencia Penal contemporánea, sobre todo por el desarrollo de un modelo funcionalista normativo del Derecho Penal, que expuso principalmente en su “Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch” (Berlín, 1991). Conforme lo precisa en el prólogo a su obra: “Bases para una teoría funcional del Derecho Penal” (Jakobs, Gunther, 2000, Pág. 17), referirse a un Derecho penal funcional, significa que el Derecho penal tiene el cometido de mantener la configuración social en cuanto configuración normativa. La pena confirma la identidad social; por lo tanto, no es una “secuencia irracional de dos males”, sino “respuesta” de la sociedad a la “manifestación” del autor (la pena tiene como función el mantenimiento de la confianza en la vigencia de la norma, antes que perseguir otros efectos de carácter psicológico-social o psicológico-individual que la punición estatal también podría producir). De ello se deriva una serie de consecuencias, que en resumen son:

- 1) Mientras el autor no haya externalizado nada, no hay delito. Sólo cuando existe la arrogación de una organización que no le compete comienza el ámbito de la conducta punible (criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico). Las desviaciones de esta concepción, es decir, las anticipaciones de la punibilidad -que, dependiendo de la situación de seguridad, pueden ser necesarias- convierten el Derecho penal en un Derecho penal del enemigo, o, dicho de otro modo, que estas desviaciones suponen el paso de una concepción normativa de la sociedad a una concepción cognitiva, instrumental. Con la habitual teoría de la protección de bienes jurídicos, tales diferencias ni siquiera pueden ser detectadas, y mucho menos enjuiciadas.
- 2) El concepto de acción debe quedar formulado con criterios genuinamente jurídico- penales; por lo tanto, no debe ser adoptado artificialmente con base en criterios ontologizantes o psicologizantes, al estilo del finalismo, y tampoco sirve un concepto orientado en atención a la causalidad; por el contrario, la acción debe ser determinada en atención a la

desautorización de la vigencia de la norma. En conclusión, ello significa que la acción tiene como presupuesto la culpabilidad.

- 3) Un comportamiento debe ser entendido en un marco objetivo, es decir, social, de interpretación. De ello deriva la necesidad de la determinación objetiva de la conducta imputable.
- 4) También el concepto de culpabilidad es un concepto funcional. Por consiguiente, con su ayuda debe ser posible fundamentar -y no meramente partir de ello como presupuesto- por qué los defectos de conocimiento, por regla general, tienen efectos de exoneración, mientras que no sucede así con los defectos de voluntad, y por qué una sociedad moderna ya no necesita una responsabilidad objetiva. En esta concepción, la culpabilidad queda configurada por una falta de fidelidad al orden jurídico, y ello, además -en contra de una extendida opinión-, determinándose esa carencia de acuerdo con criterios objetivos.

El funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad. Partiendo de esta concepción, no se concibe la sociedad, a diferencia de lo que creyó la filosofía -enroncada con Descartes- desde Hobbes a Kant, adoptando el punto de vista de la conciencia individual, como un sistema que puede componerse de sujetos que concluyen contratos, producen imperativos categóricos o se expanden de modo similar. Es cierto que la historia de la filosofía enseña que esta última perspectiva puede ser un objeto de discusión que sea capaz de abarcar conceptualmente durante algún tiempo los problemas existentes. Pero del mismo modo que la conciencia sigue sus propias reglas, también lo hace la comunicación. Por esta razón, la solución tampoco ha de buscarse en la postura antagónica con el punto de partida orientado sobre la base del sujeto; es decir, tampoco ha de buscarse en la tradicional doctrina europea aristotélica del Estado como conjunto, orientada en atención a la comunidad, aunque, desde luego, se pueda formular dentro de este modelo sustancia social. La exposición más clara de la diferenciación entre sistemas sociales y psíquicos, que tiene consecuencias para el sistema jurídico, si bien con una enorme distancia con respecto al Derecho penal, se encuentra en la actualidad en la teoría de los sistemas de Luhman. Sin embargo, un conocimiento superficial de esta teoría permite advertir rápidamente que las presentes consideraciones no son en absoluto consecuentes con dicha teoría, y ello ni tan

siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales (Jakobs, ob. cit, Pág. 19).

Este camino de refundamentación normativa de la teoría jurídica del delito y del método dogmático, no ha sido valorado de forma homogénea en la dogmática penal. En una perspectiva crítica, se ha señalado la necesidad de tomar en cuenta determinados aspectos de la realidad del ser, las consecuencias políticas criminales de las soluciones dogmáticas en un marco crítico frente al sistema social y el presupuesto de un Derecho penal al servicio de la persona humana y no de la sociedad. Estas objeciones forman parte del debate actual y no han sido desatendidas por el maestro alemán, quien las enfrenta ratificando la importancia de elaborar un sistema del Derecho penal capaz de responder a las necesidades de una comunicación normativa sin por ello instrumentalizar a la persona, la cual concibe en términos también funcionales, como la representación de una competencia socialmente comprensible, no como un ente capaz de ocasionar o impedir un suceso, sino como aquella que puede ser responsable de éste (Caro Coria, en Jakobs, 2000, Pág. 13).

Según Jakobs el objetivo del sistema penal es la prevención, pero no como evitación de futuros delitos <la sanción no tiene un fin, sino constituye en sí misma la obtención de un fin>, sino como imposición de una determinada visión de la realidad, para lograr la fidelidad al ordenamiento jurídico. En la medida en que esa fidelidad queda debilitada cuando el sujeto puede actuar conforme a las expectativas que su rol genera en los demás y, sin embargo, las frustra mediante un comportamiento contrario a la norma, es necesario fortalecerla. La función de la pena impuesta al sujeto culpable es restablecer la firmeza de una norma que ha sido violada y que necesita, frente a la violación, afirmar su vigencia: “la pena existe para caracterizar al delito como delito”; como confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique..... “Manual de Derecho Penal, Parte General”, Editorial Temis - Bogotá-Colombia 1989.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan.....”Introducción al Derecho Penal”, Editorial Temis S.A., Bogotá - Colombia 1986.

- BRAMONT ARIAS, Luis... "Derecho Penal: Parte General", Tomo I, 3ra Edición, Lima 1978.
- CREUS, Carlos... "Derecho Penal: Parte General", 3ra Edición actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires 1992.
- CUELLO CALON, Eugenio..... "Derecho Penal - Parte General", Editora Nacional, Novena Edición. 1948 - México D.F.
- ETCHEBERRY, Alfredo... "Derecho Penal, Parte General", T. I, Edi. Gibbs, Santiago de Chile, 1965.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan... "Derecho Penal Fundamental", Vol. I, Editorial Temis S. A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1995.
- FONTAN BALESTRA, Carlos... "Derecho Penal: Introducción y Parte General", décimo quinta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1995.
- HASSEMER, Winfried... "Fundamentos del Derecho Penal ", Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Edi. Bosch, Barcelona 1984.
- HURTADO POZO, José..... "Manual de Derecho Penal - Parte General", Editorial y Distribuidora de Libros S.A. Segunda Edición, Lima 1987.
- JAKOBS, Gunther - CANCIO MELIA, Manuel... "El Sistema Funcionalista del Derecho Penal", Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal en la universidad de Piura, Editorial Grijley, Lima 2000.
- JESCHECK, Hans Heinrich... "Tratado de Derecho Penal: Parte General", T. I, Bosch Casa Editora S.A., Barcelona, 1981.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis... "tratado de Derecho Penal", tomo II, 3ra Edición, Editorial Lozada S.A., Buenos Aires, 1964.
- KELSEN, Hans... "Teoría General del Derecho y del Estado", Textos Universitarios, Universidad Nacional Autónoma de México, Tercera Edición, México 1969.
- LAMPE, Ernst-Joachim... "La Dogmática Jurídico Penal Entre la Ontología Social y el Funcionalismo", Editora Jurídica Grijley, Lima 2003.
- MAURACH REINHART... "Derecho Penal: Parte General", T. 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.
- MEZGER, Edmund... "Derecho Penal: Parte General", Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

- MIR PUIG, Santiago... "Introducción a la Bases del Derecho Penal. Concepto y Método", Editorial Bosch, Casa Editora S.A., Barcelona 1976.
- PEÑA CABRERA, Raúl.... "Tratado de Derecho Penal", Estudio Programático de la Parte General, Editora Jurídica Grijley - 5ta Edición 1994, Lima-Perú.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, J. Miguel.... "Manual de Derecho Penal, Parte General", Segunda Edición, Arazandi Editorial, Navarra-España 2000.
- QUIROZ PIREZ, Renén.... "Introducción a la Teoría del Derecho Penal", Editorial de Ciencias Sociales, La Habana-Cuba, 1987.
- RADBRUCH G.... "Introducción a la Ciencia del Derecho", Librería General, Madrid, 1930
- ROXIN, Claus... "Derecho Penal Parte General", T. I, "Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito", Editorial Civitas S.A., Madrid 1997.
- SCHONE, Wolfgang... "Acerca del Orden Jurídico Penal", Editorial Juricentro, San José, Costa Rica 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María... "Estudios de Derecho Penal", Editora y Distribuidora Jurídica Grijley, Lima 2000.
- VILLA STEIN, Javier... "Derecho Penal Parte General", Ara Editores, Lima 2014.
- VON LISZT, Franz... "Tratado de Derecho Penal", T. I, Edi. Rens S.A., Madrid 1929.
- WEBER, Max... "Economía y Sociedad", Editorial Fondo de Cultura Económica, primera reimpresión colombiana, Santa Fé de Bogotá, 1997.
- WELSEL, Hans... "Derecho Penal Alemán", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Director); PEREZ ALONSO, Esteban J.... "Derecho Penal Parte General", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España 2004.