

PRINCIPALES ENFOQUES DEL FUNCIONALISMO SISTÉMICO EN LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA PENAL

Juan J. Cernusco Cornejo*
Gustavo A. Dalma*

...las leyes no son más que instrumentos, pobres e inadecuados casi siempre, para tratar de dominar a los hombres cuando, arrastrados por sus intereses y sus pasiones, en vez de abrazarse como hermanos tratan de despedazarse como lobos. El estudio de tales medios en sí puede parecer árido y abstracto; pero quisiera llegar a haceros ver siempre sobre el fondo del cuadro esa inquieta y doliente humanidad a la cual nuestros esfuerzos, a menudo demasiado en vano, tratan de poner remedio.-
Francesco CARNELUTTI “Cómo se hace un proceso” Ed. EDEVAL, Valparaíso 1979.-

-

SUMARIO:

I. Introducción.-

II. Principales puntos de discusión: A) Daño del injusto: 1) Tentativa inidónea 2) Pena: Diferencia entre el dolo y la imprudencia 3) Elementos de naturaleza subjetiva. B) Principales problemas en el sistema de JAKOBS: 1) Límites al poder del Estado 2) Contenido de la pena C) Límites externos a la labor creadora de conceptos que lleva a cabo la dogmática penal.-

III. Conclusión.-

-

I. INTRODUCCIÓN:

Creemos que en una primera aproximación a la problemática alusiva a lo que nos hemos pactado en el presente trabajo, no debemos dejar de realizar una pequeña introducción aclarativa que consideramos, a nuestro saber, significativo para entender la estructuración de la sistematología jurídica actual. Así, en el período clásico, esto es antes de 1930, fecha esta en donde comienzan a representarse las enunciadas “teorías modernas”, para sólo decir que todo lo que se esgrime en el mundo anglosajón desde 1930 hasta nuestros días, incluidas las enunciadas teorías modernas (distinguen el dolo de la imprudencia), ya estaba dicho en el período clásico, en muchos casos incluso ni siquiera puede decirse que las fundamentaciones actuales de las teorías respectivas sean mucho mejores o más precisas que las del período clásico.-

Ahora bien, en el siglo XX, la década del '70 con más precisión, la discusión de la dogmática penal se centró principalmente, en la construcción de la estructura del delito, cuestionándose los elementos que debían incluirse en la definición de delito. El *quid* era saber qué sub-elementos se inscribían en cada categoría. Uno de los puntos de discusión era si el DOLO se debía ubicar en la CULPABILIDAD o si era una cuestión

propia de la TIPICIDAD; clásica discusión entre el Causalismo y el Finalismo. Se debatía en dónde debía ir cada pieza, dado que si la definición de delito se compone de una serie de elementos, era la ubicación de estas piezas una de las cuestiones principales que debatía la doctrina en esos tiempos.-

Actualmente, cuanto menos en Europa (en Alemania y en España, principalmente), este debate lo ha sosegado el *sistema finalista*, un sistema que distingue dentro del delito, básicamente tres categorías: la *Tipicidad*, la *Antijuridicidad* y la *Culpabilidad*, y que ubica al dolo y a la culpa en la Tipicidad. Este es el sistema que predomina hoy en Europa^[1]. Ahora bien, se sigue discutiendo por parte de la doctrina, la necesidad de añadir otras categorías dentro de este esquema. Hay autores que sostienen que una conducta es delictiva no solo cuando es típica, antijurídica y culpable, sino que además debe ser una conducta punible^[2], y es aquí en donde se introducen determinadas excusas legales, como por ejemplo la excusa de parentesco para los delitos patrimoniales, la cual no excluyen ni la antijuridicidad, ni la culpabilidad, sino la punibilidad. También las condiciones subjetivas de punibilidad se incluyen dentro de ella. La doctrina actual considera marginal a esta categoría de la punibilidad, comparándola con las otras tres que son más importantes, y que en principio nadie cuestiona. Algún autor propone también introducir entre la antijuridicidad y la culpabilidad una categoría que llama *Responsabilidad* -es el caso de Claus ROXIN-, que propone tratar la situación de estado de necesidad exculpante en esta nueva categoría y no en la culpabilidad. De todos modos, este es un punto de vista minoritario, la mayor parte de la doctrina trabaja con el esquema de conducta típica, antijurídica y culpable con el dolo y la culpa–imprudencia, en la tipicidad.-

El hecho que de algún modo haya triunfado en Europa el esquema finalista, no quiere decir que los postulados de Welzel y los postulados de la teoría final de la acción, se hayan impuesto al máximo en todos los ámbitos. En los últimos años ya no se acepta de la teoría de Welzel su ontologismo, es decir que el Derecho Penal vincule con determinadas estructuras ontológicas de la realidad al legislador y al aplicador jurídico en forma absoluta, ya que ello carece de valoraciones referida a cuestiones de eficacia o de cuestiones de política criminal^[3].-

Sobre esa base, actualmente en Europa tienen gran auge los *sistemas funcionalistas*, los cuales han acogido el esquema del finalismo pero, sus diversos elementos no los interpretan como que vienen dados al derecho penal, sino como algo que debe construirse precisamente a partir de la función del derecho penal. Es decir

^[1] ROXIN en este punto afirma que la teoría final ha ejercido una importante influencia en la ciencia penal alemana “...que posiblemente nunca desaparecerá” –Roxin, Claus, “La evolución de la Política Criminal, el Derecho y el Proceso Penal” Trad. Gómez Rivero y García Cantizano. Valencia, 2000, parágrafo 37-44 .-

^[2] Para indagar sobre esta categoría de la *punibilidad*, ver Silva Sánchez, Aproximaciones al Derecho Penal Contemporáneo, Ed. J.M. Bosch S.A.-1992; Pág. 365.-

^[3] Welzel, Hans – Causalidad y Acción, trad. Finzi, con prólogo de H.S. Vidal, en cuadernos de los Institutos- Univ. Nac. de Cba. 1975 n° 126 (XXIV del Inst.)-.

Welzel, Hans- Derecho Natural y Justicia Material – Ed. Aguilar, Madrid 1957.

estos autores entienden que el concepto de dolo, por tomar un elemento de la infracción punible, no es algo que pertenece a la naturaleza de las cosas, sino que para delinear el concepto de dolo tenemos que ver qué pretendemos conseguir castigando los delitos dolosos, ¿Por qué castigamos a los delitos dolosos con penas más severas que los delitos imprudentes?, ¿Por qué nos disgustan los delitos dolosos más que los imprudentes?. Todas estas ponderaciones, de necesidad de pena y de eficacia del derecho penal, son las que debemos utilizar para definir los conceptos que componen el sistema.-

Este razonamiento, para un finalista ortodoxo, era inaceptable, pues entendía que todos estos conceptos vienen ya dados, pertenecen a la naturaleza de las cosas, no a la razón, y el operador jurídico al conocerlos, debe respetarlos y aplicarlos tal como son. En cambio para el Funcionalismo existe un cierto margen de interpretación, se debe tener en cuenta la función y la finalidad del derecho penal. Ahora bien, dentro del funcionalismo no todos los autores sostienen exactamente los mismo planteamientos, por lo que dentro de estas corrientes conviven puntos de vistas muy distintos.-

Nos adentraremos así en el pensamiento de los dos principales representantes del funcionalismo y de otras posturas que conviven dentro del mismo.-

Por un lado expondremos la opinión de **Claus ROXIN**, que es el autor que tiene mayor influencia, el cual defiende un funcionalismo moderado, admite que hay que tener en cuenta los fines y las funciones del derecho penal en la construcción de los conceptos, pero con límites.-

Por otro lado, abordaremos el pensamiento de **Günther JAKOBS**, quien representa la manifestación extrema del funcionalismo. Para él no hay ningún límite externo del derecho penal, sino que todos los conceptos hay que construirlos a la medida de las funciones que el derecho penal desempeña.-

II. PRINCIPALES PUNTOS DE DISCUSIÓN:

A) *Daño del injusto:* La discusión se plantea cuando estos autores tratan de responder a la pregunta ¿Qué tienen los delitos que nos disgusta tanto y los hacen merecedores de castigo?. ROXIN y JAKOBS responden de manera distinta, y ello conduce a conclusiones radicalmente opuestas, tanto en lo que respecta a la teoría de la pena, como en lo concerniente al contenido de los diversos elementos que conforman la infracción penal.-

¿Cuál es el **dañosidad propia del delito?**:

ROXIN, desde un punto de vista muy convencional, contesta que los delitos nos fastidian porque lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos previamente dados, como la vida, la integridad corporal, etc. Así, el homicidio nos disgusta por que el agresor ha destruido un bien jurídico protegido, esto es la vida humana. Como esto nos molesta lo que se intenta hacer con la pena es evitar este tipo de conductas y por consiguiente, la **misión de la pena** es totalmente preventivo-intimidatoria, se quiere evitar que se lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, diciéndoselos a los sujetos (a todos los

ciudadanos potenciales delincuentes) que si realizan algunas de estas conductas se le va a aplicar una determinada pena, la cual va ha ser limitada en su magnitud por la medida de la culpabilidad.-

JAKOBS discrepa con este punto de vista. Entiende que **el daño propio de los delitos** no es el que se destruyan o pongan en peligro bienes jurídicos, sino que concibe el daño propio de los delitos en términos comunicativos, en el sentido que lo grave, lo dañoso de los delitos, no es lo que con ello se destruye, sino aquello que el autor expresa cuando realizan esas conductas. ¿Y qué expresa al momento de realizar esas conductas? Pues una negación del bien jurídico, del valor de la norma, que protege ese interés. Entiende que el bien jurídico es el objeto de protección de una norma, en contraposición con la propia validez de una norma como bien jurídico penal. Ello es así pues, en su concepción de Derecho Penal, la teoría del bien jurídico carece de función garantista e identifica bien jurídico con la protección de normas penales. En este orden de ideas, es igual la conducta que lesiona un bien jurídico o un hecho relevante para el quebrantamiento de la norma. Para él, lo socialmente dañoso de un homicidio no es que se destruya o que se ponga en peligro una vida (vida como bien jurídico protegido por una norma, vida humana), si no que lo dañoso es que el sujeto que mata está expresando con su hecho ante la colectividad, que la vida de las demás personas no tiene ningún valor, y que la norma que prohíbe matar, no tiene ningún significado^{4[4]}. Es decir que no es una cuestión de destrucción física del bien jurídico sino de lo que se expresa con ese hecho.-

Esta distinta concepción de la dañosidad conduce también a una distinta **teoría de la pena**. Así para ROXIN la función de la pena es evitar, intimidando, las conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos, nos habla de destrucción de bienes jurídicos, de intimidación. En cambio para JAKOBS ésta función no es la de intimidar, amenazando a potenciales delincuentes, sino que es una finalidad comunicativa. Y agrega: si con el delito lo que hace el delincuente o el autor es negar un determinado valor, un determinado bien jurídico, lo que hace el Juez en el momento en que impone la pena, es reafirmar ese valor que el sujeto negó con su hecho o restaurar la vigencia, pues entiende que *“la pena es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable”*^{5[5]}. En otras palabras: El sujeto que mata expresa con su hecho que la vida ajena no tiene ningún valor, entonces lo que hace el Juez cuando condena a este sujeto es afirmar delante de toda la sociedad, que el mensaje del infractor “la vida no tiene

^{4[4]} Schünemann, lo expresa mejor diciendo que se trata “de la sustitución de la *realidad* por la *comunicación de la realidad* como sustrato ontológico del sistema jurídico penal”. Cfr. “Sobre el estado actual de la teoría de la culpabilidad penal” Trad. de Filip i Saborit y Ragués i Vallès), en ROXIN/ JAKOBS/ SCHÜNEMANN/ FRISCH/ KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, 2000; Pág. 100.-

^{5[5]} Jakobs, Günther -Derecho Penal –Parte General- Fundamento y teoría de la imputación. 2ª edición, corregida. Ed. Marcial Pons, Ediciones jurídicas, SA. Madrid 1997.-
Roxin, Claus – Derecho Penal Parte General –Tomo I- Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito- Ed. Civitas SA 1997, Pág. 9 y ss.-

ningún valor”, es algo que no tiene vigencia, lo desautoriza comunicativamente y de algún modo le dice al resto de los ciudadanos que este sujeto está equivocado y que la norma sigue teniendo valor. Todo en términos comunicativos: el mensaje del delito, el mensaje de la pena. En pocas palabras, JAKOBS afirma que la pena es la manifestación en la que tiene lugar la estabilización de la norma^{6[6]}, utiliza el término **Prevención General Positiva**: la pena restaura la vigencia de la norma, reafirmando su vigencia y confirma a los ciudadanos que creen en la norma su confianza en ella^{7[7]}.-

Sucede que para resolver cuestiones importantes en la teoría del delito es necesario enrolarnos en uno o en otro modelo, ya que según el que elijamos, cambiará la solución del problema. Aunque no parezca, estamos frente a una discusión que tiene efectos prácticos importantes, que pasaremos a mostrar:

1) TENTATIVA INIDÓNEA: Una primera cuestión importante es la **tentativa inidónea** o delito imposible ¿Hay que castigar o no la tentativa inidónea? Este es uno de los eternos temas de la Dogmática penal que no tiene una solución pacífica. Si nos enrolamos en el pensamiento de ROXIN, tendremos muchas dificultades para sostener que el delito imposible debe ser penado. Lo explicaremos con el clásico caso en que un sujeto con la intención de matar, toma una pistola creyendo que estaba cargada y gatilla en dirección a su víctima, pero al no tener balas no logra su cometido. Nos enfrentamos a una Tentativa Inidónea, pues es imposible que con aquella pistola la víctima perdiera la vida. En un caso como este, aplicando sus premisas a este victimario no se lo puede castigar. ¿Por qué razón? Pues, siguiendo a éste autor, el derecho penal sólo puede castigar aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos. En este ejemplo, al no estar cargada la pistola al momento de apretar el gatillo, este sujeto no lesionó, ni siquiera puso en peligro ningún bien jurídico, ya que el medio elegido es ineficaz para matar.-

En cambio, JAKOBS, frente a este mismo ejemplo llega a una conclusión diametralmente opuesta: el que estuviera la pistola cargada o no, no es significativo, lo importante es que el agresor **creía** y en esta convicción tomó el arma y disparó. Este sujeto expresa a la comunidad con su hecho que la vida del otro no tiene ningún valor y además niega, desvaloriza comunicativamente de algún modo, el valor de esa vida. Por tanto, se puede afirmar, siguiendo sus premisas, que es legítimo castigar la tentativa inidónea.-

2) La diferencia de la pena que se aplica al Dolo y a la Imprudencia: El delito doloso ha sido considerado como “*el delito*” por antonomasia, es por ello que en la mayoría de los códigos penales, son castigados con penas superiores a las que se

^{6[6]} “un quebrantamiento de la norma (...) no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de sentido entre personas” Jakobs, Günter –Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional – Trad. Cancio Meliá y Feijoo Sánchez) Madrid, 1996; Pág. 11.-

^{7[7]} Para indagar sobre la vinculación entre la concepción de Jakobs y la tesis tradicional de Welzel en lo concerniente a la misión de protección de los valores ético-sociales de la acción ver en Hassemmer, Winfried / Muñoz Conde, Francisco – Introducción a la Criminología y al Derecho Penal; Valencia, 1989, pág. 102 a 103.-

cometen imprudentemente. Es decir que el homicidio doloso, por ejemplo, tiene una pena más grave que un homicidio imprudente. ¿Cómo se justifica? ¿Por qué al delincuente doloso se lo castiga con una pena más grave que al imprudente? Desde el punto de vista de ROXIN, en nuestra opinión, existen serias dificultades para responder, pues sostiene que “*no existe una diferencia cualitativa para una precisa separación entre hechos punibles y contravencionales*”^{8[8]}. Desde el punto de vista de la peligrosidad se puede afirmar que tan peligroso es quien actúa dolosamente como el que lo hace imprudentemente. Es decir que el dolo, como acto psíquico, no aporta mayor o menor peligro a las conductas. La peligrosidad es una cuestión valorativa, pero también se debe incluir, dentro de la sistemática penal objetiva válidamente. Alguien podría decir que el delincuente doloso va encausando su conducta por que quiere, verbi gratia, matar a su víctima, convirtiéndolo en más peligroso. Y ello es si, pues un sujeto que encausa su conducta para matar, es más peligroso, sin lugar a hesitación, que aquel que mata sin querer. Pero imaginemos dos hechos *objetivamente idénticos*, es decir que si viéramos una película sin saber qué pasa por la mente del autor, sin saber cual es su intención, en este caso el peligro es idéntico. Pónganse en el lugar de la víctima, usted está cruzando una ruta, e imagine que un camión a 120 Km. por hora está a punto de embestirlo; como víctima, qué más le da que el autor -conductor del camión- los atropelle con intención o imprudentemente. Para usted -transeúnte- el riesgo de muerte inminente es exactamente el mismo. Siguiendo a ROXIN, si los hechos son objetivamente idénticos, el riesgo de peligro de ese bien jurídico protegido, es el mismo. Ahora bien, si el autor doloso va modificando su conducta en busca de su fin, ya no estamos frente al mismo hecho, y por lo tanto no son idénticos. Como se puede advertir, esta postura presenta problemas para explicar por qué vamos a tratar de forma distinta al doloso que al imprudente, dado que lo que importa es el riesgo.-

En cambio JAKOBS lo resuelve de una forma más sencilla, ya que éste autor sigue, podríamos decir la tesis débil de la voluntad y de la representación (teoría clásica –mayoritaria- de la voluntad y teoría clásica de la representación), esta versión es aquella cuyo objetivo básico es intentar ofrecer una fundamentación dogmática a la decisión político-criminal de ampliar el ámbito del dolo más allá de la intención, más allá incluso de la previsión de consecuencias necesarias. El autor doloso al saber lo que está haciendo, quiere destruir ese valor, está expresando que ese valor, esa norma, no le importa. En cambio, el delincuente imprudente expresa otra cosa, quien mata imprudentemente, no dice con su hecho que la vida ajena no tiene ningún valor, el delincuente imprudente, en realidad, no sabe que con su conducta está matando. Desde este punto de vista lo que se expresa con el dolo comunicativo es totalmente distinto de lo que expresa el autor imprudente con su hecho, lo que justifica el distinto tratamiento que le dispensan los códigos penales a una situación y a la otra.-

^{8[8]} Roxin, Claus – Derecho Penal Parte General –Tomo I- Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito- Ed. Civitas SA 1997, Pág. 72 y ss.-

3) *Distintos elementos de naturaleza subjetiva*. Nuestro código de fondo se ocupa de distintos elementos subjetivos que agravan, en general, determinados comportamientos. Por ejemplo: si se comete un homicidio con móviles racistas, la pena es más gravosa que si se tratara de un homicidio simple. ¿Cómo se explica la imposición de penas más gravosas a este tipo de delitos?. Desde el punto de vista de ROXIN es difícil contestar a esta pregunta, porque el móvil por lo que se mata, en principio no aporta nada a la peligrosidad de la conducta. Siguiendo este orden de ideas, es igual de peligroso, desde el punto de vista de probabilidad de destrucción del bien jurídico –el de la vida en el presente ejemplo-, el que dispara porque la víctima pertenece a una determinada raza, del que dispara por celos, por odio o simplemente para privarlo de su vida. Desde el punto de vista de la peligrosidad, es igual una conducta u otra^{9[9]}.-

Es aquí en donde discrepa JAKOBS, argumentando que *comunicativamente* no es lo mismo, pues el que dispara con un móvil racista, no solo está expresando con su acto que la vida ajena no tiene ningún valor, sino que además expresa que todos los miembros de ese colectivo social, al que pertenecía la víctima, tampoco son dignos de vivir, o su raza no merece ser respetada de igual forma que las demás. Por lo tanto, según su criterio, hay un plus comunicativo que en el homicidio simple no se da y por lo cual merece un castigo con una pena superior.-

B) Principales problemas en el sistema de JAKOBS: Pareciera, por lo menos hasta aquí, que el sistema de JAKOBS nos explica mejor el sistema penal y el de ROXIN da la sensación de que encuentra algunos problemas. Nuestra intención no es dar esa sensación, pues aquella teoría también tiene sus problemas y a nuestro modo de ver, los más importantes son:

1) Límites al Poder del Estado: El primer gran problema, que tiene el sistema de JAKOBS, es que *no establece límites* a aquello que legítimamente puede ser castigado. Ello es así, pues ROXIN, sostiene que para castigar una conducta ésta tiene que poner en peligro o lesionar un bien jurídico, ergo si el sujeto no ha puesto en peligro un bien jurídico no es legítimo que le castigemos. Es decir, no es legítimo, verbi gratia, castigar los meros actos preparatorios, si todavía no se ha entrado en una fase en que se pueda afirmar que el bien jurídico está en peligro, a ello tampoco es legítimo castigarlo. La gran ventaja de este orden de ideas que enseña ROXIN, es que pone una barrera muy clara, sobre todo al legislador, en cuanto a los límites a la potestad punitiva del Estado. Entiende que el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio político-criminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune^{10[10]}.-

^{9[9]} En este sentido, respecto a otra agravante, por ejemplo, la de precio o promesa remuneratoria (art. 80 inc. 3º del C.Penal), Mirg Puig - Derecho Penal Parte General- Pág. 651, entiende que éste móvil económico no aporta una mayor peligrosidad, proponiendo que “*la mayor peligrosidad que supone la dificultad de descubrir a los responsables cuando media precio.*”.-

^{10[10]} Roxin, Claus – Derecho Penal Parte General –Tomo I- Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito- Ed. Civitas SA 1997, Pág. 51.-

¿Cuál es el problema en la teoría de JAKOBS? El problema es que estos límites no los establece, ya que no existe un límite al poder del Estado, que es quien dicta las normas. Creemos que el problema es que estas normas pueden ser injustas, lo que priva al bien jurídico de su función garantista. Este profesor confía todo a lo meramente comunicativo, pero ello puede ser la emisión de opiniones, también puede ser un acto preparatorio. Para este autor pareciera, que sería totalmente legítimo que los códigos penales estuvieran llenos, por ejemplo, de delitos de opinión, toda vez que cuando se vierte un parecer de un determinado colectivo social en forma degradante, eso estaría comunicando lo mismo que cuando una sale a la calle y agrede a ese colectivo social. Comunicativamente el efecto podría ser muy parecido, pero claro, la consecuencia de ese efecto un tanto temerario, es una peligrosa ampliación del derecho penal que en ROXIN difícilmente se produzca.-

Esta fuerte crítica la sostiene una parte de la doctrina, diluyéndola JAKOBS y sus seguidores diciendo que en un Estado democrático las normas son dictadas por los legisladores, los cuales son nuestros representantes, y en su caso, se los podrá cuestionar por la falta de capacidad para decir qué intereses desean proteger. Además, entienden que en un Estado de derecho, es difícil calificar de injustas normas dictadas por los congresistas legítimamente elegidos por el pueblo. JAKOBS dice que el individuo es persona en cuanto es un animal social y participa de una sociedad. Consecuentemente, la teoría de la función del derecho penal la concibe como puro normativismo, es una concepción positiva y carece de función garantista al identificar bien jurídico con el aseguramiento de las expectativas normativas.^{11[11]}

2) El contenido de la pena. ROXIN sostiene (generalizando) que la pena tiene que intimidar –como fin preventivo-, pues debemos buscar sanciones cuyo contenido de algún modo intimide a los potenciales delincuentes, entonces da un criterio a la hora de buscar las penas adecuadas, que es el que intimiden. Pero si llega el momento en que no intimidan más, no se deben poner penas superiores, es decir que es un criterio de la intimidación que más o menos se presta a una cierta graduación. Se presta, decimos y esto no quiere decir que llevado al exceso no se pueda caer en el punitivismo, pero permite una cierta graduación, o al menos orienta en cuanto al contenido de las penas -tienen que ser penas que intimiden con una finalidad preventiva-.

En cambio en el caso de JAKOBS, no consigue explicar por qué estas penas *comunicativas* deban consistir en la privación de determinados derechos, si lo que tiene que hacer la pena es comunicar. Sostiene que “*la pena cumple su cometido sólo cuando estabiliza la norma lesionada*”; entonces nos preguntamos ¿Por qué esa comunicación la debemos llevar a cabo encerrando 10 años al condenado en prisión?. Si en definitiva, se trata de desautorizar a quien mato, diciendo que su conducta no es aceptable, que la norma sigue teniendo vigencia y que la vida ajena es un valor en vigor en nuestro

^{11[11]} Asís, José Fabián –Los bienes Jurídicos Supraindividuales en un Estado Social y Democrático de Derecho- Publicado en el Semanario Jurídico n° 1381 -

ordenamiento jurídico, ¿Por qué es necesario este acto de reafirmación, estabilización de la norma, se lleve a cabo privando de la libertad o inhabilitando o aplicando una pena de multa al condenado?. ¿Por qué no basta que el Sr. Juez haga una rueda de prensa en público desautorizando esa conducta? Por ejemplo, el Sr. Juez en una gran reunión, podría decir que aquel señor hizo muy mal, que con su hecho expresó algo que no tiene ningún valor y que sigue en vigor la norma que tenemos en el código penal, para luego dejar en libertad a ese sujeto. ¿Por qué esto no basta?. JAKOBS no da respuestas muy claras a estos interrogantes, pues refiere que dado que el hecho delictivo se ha objetivizado, es decir que el hecho ha tenido un desarrollo externo y que ha sido perceptible, la pena también debe objetivarse, y debe consistir en la privación de un derecho que también se objetivise. También es débil el criterio seguido en cuanto a la determinación del quantum de la pena^{12[12]}. Este criterio no acaba de convencernos, y sirve menos que el criterio de ROXIN para graduar las penas, para establecer límites a partir de cuándo y hasta cuánto de pena se pueda imponer.

Este es, a nuestro criterio, el primer gran ámbito de discusión entre estas dos teorías funcionalistas. Ya no se discute sobre dónde están las piezas que nos referíamos en un principio; en donde ponemos el dolo, que era lo que discutían los causalistas y finalistas, sino que aquí el esquema se deja un poco de lado, ya no importan tanto la posición de las piezas, sino el contenido de estas categorías.-

C) Límites externos a la labor creadora de conceptos que lleva a cabo la dogmática penal: Un tercer ámbito en donde se manifiesta con especial intensidad la discusión entre estas corrientes del funcionalismo es sobre si existen límites externo a la labor creadora de conceptos que lleva a cabo la dogmática penal.-

¿Que dicen aquí ROXIN y sus seguidores? Afirman que existen límites a la dogmática penal y que no cualquier dogmática es válida, pues únicamente serán válidas las construcciones teóricas que lleve a cabo la ciencia penal cuando respeten fundamentalmente dos grandes límites:

1º límite: Es el reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la constitución. Nuestra Carta Magna reconoce a los ciudadanos una serie de derechos y garantías y por lo tanto, no sería legítimo un derecho penal o, más concretamente, una dogmática penal, que construyera conceptos que de algún modo vulnerase estas garantías, estos derechos fundamentales. Así, si alguien construyera un concepto de un bien jurídico que vulnerara este primer límite, estaría construyendo un concepto ilegítimo, porque vulneraría, por ejemplo, el principio de dignidad del reo, o el principio de culpabilidad, el de libertad, etc., los cuales marcan límites a la potestad punitiva del estado^{13[13]}.-

^{12[12]} Ver en Shünemann, Bernard –Sobre la Crítica a la teoría de la prevención general positiva – Trad. Sánchez-Ostiz Gutiérrez- en Silva Sánchez (ed) *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal* – Barcelona 1997– Pág. 92.-

^{13[13]} Roxin, Claus – Derecho Penal Parte General –Tomo I- Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Ed. Civitas SA 1997, Pág. 55 y sig.-

En lo relativo a la culpabilidad, plantea que, por ejemplo, castigar a un niño de 10 años, o a un inimputable profundo –una persona que padeciera una enfermedad psíquica grave– que cometió un delito, nunca sería legítimo, porque conculcarían derechos fundamentales, tales como el derecho a la dignidad, a la igualdad, derechos que derivan de nuestra constitución.-

En cambio JAKOBS manifiesta que en el sistema constitucional, posiblemente sea así, pero si hiciera falta, si la supervivencia de nuestra sociedad requiriese el castigo a estos inimputables y a estos menores, el derecho penal los castigaría. Si hoy no se castiga es porque no es necesario castigarlos, pero si así fuera el derecho penal lo haría. De hecho en otras épocas históricas en que ha sido necesario castigarlos se hacía, porque se consideraba que era conveniente hacerlo.-

2º límite: Determinadas estructuras de la realidad: Este planteamiento mayoritario no sigue al finalismo ortodoxo hasta el punto de decir que todo le viene dado al aplicador jurídico por la naturaleza de las cosas, pero sí entiende que hay determinados límites que la naturaleza de las cosas imponen al jurista en el ámbito del derecho penal. El más claro de los ejemplos es el relativo al concepto de dolo. ROXIN y sus partidarios, dicen que cuanto menos es necesario el conocimiento –saber y querer–, un sujeto que no tiene conocimiento de lo que esta haciendo, nunca podremos castigarlo con la pena de los delitos dolosos, pues un sujeto que no sabe lo que esta haciendo, de ningún modo podemos decir que está actuando dolosamente. Aquí hay un dato de la realidad, el conocimiento el cual condiciona al legislador, y condiciona al momento de aplicar la ley. Un juez o un legislador que manifestara que puede haber dolo sin que haya conocimiento y que se puede castigar una conducta carente de propósito con la pena del dolo, este operador jurídico estaría negando, por decirlo de alguna manera, la naturaleza de las cosas y por tanto estaría actuando ilegítimamente y su construcción sería rechazable, por ser nociva para la capacidad funcional del sistema social.-

En cambio el planteamiento de JAKOBS, no reconoce estos límites, y él defiende un sistema jurídico donde se puede llegar a castigar a algunos sujetos que no tienen conocimiento con la pena de los delitos dolosos. A simple vista, esto parece una locura, ¿Cómo vamos a castigar a un sujeto que no conocía con la pena de los delitos dolosos?. Este autor incluso dice que no hace falta voluntad para el dolo, y va más allá, dice que hay circunstancias en que ni siquiera hace falta conocimiento para que exista dolo.-

¿Cuales son estos casos? Son aquellos en los que el sujeto no conoce por indiferencia, en que intencionadamente se coloca en una situación en que no quiere conocer. En esta coyuntura en que el sujeto no conoce porque no quiere conocer, aunque no tenga conocimiento efectivo, son casos en que se debe castigar con la pena del dolo. Utilizaremos el ejemplo que nos brinda el maestro Santiago Mir Puig: Imaginemos que alguien introduce en el vehículo de un amigo que lo conoce una

importante cantidad de dinero, con objeto de aprovechar el hecho de que el vehículo ha de pasar por la frontera y proceder así a la ilícita evasión del capital^{14[14]}. JAKOBS, expresa que pueden suceder dos cosas: 1) El sujeto sospecha que esa maleta puede contener dinero. Abre la maleta y ve que efectivamente hay dinero, y no obstante lo transporta. En esta primera circunstancia no existe dificultad para decir que este señor cometió el delito de evasión de capital dolosamente. Por consiguiente, se lo va a castigar con la pena prevista en el Código Penal para estos delitos; 2) El sujeto se cuestionara sobre el contenido de la maleta, y no obstante, de sospechar algo raro, no la abre, prefiere no saber nada de su contenido, ni tampoco quiere preguntar, y no obstante ello la entrega a quien le encomendaron. Una gran parte de la doctrina entiende que a este sujeto no se le puede atribuir conocimiento por no saber lo que transporta. Por lo tanto se puede afirmar que ha cometido el delito de evasión de capital, lo que defiere con su línea de razonamiento. El desconocimiento intencionado no puede beneficiar a este segundo sujeto, y por tanto propone, para estos casos, idéntico tratamiento^{15[15]}. A esto ROXIN lo rechaza *in limine*, por considerar que el concepto de dolo, ontológicamente, requiere un mínimo de conocimiento y éste en el segundo caso no se ha dado, por lo que nunca se podrá castigar a este sujeto como autor de un delito doloso.-

Para finalizar, entendemos que es importante aclarar que las posturas desde que ambos tratadista encaran el derecho penal. Mientras ROXIN hace dogmática penal, pero también política criminal y por tanto cuando él ve los conceptos que construye, las normas penales y el derecho penal vigente, lo hace con ojos críticos y se plantea si fuese posible un derecho penal mejor desde el punto de vista de las garantías y de los derechos de los ciudadanos.- En cambio JAKOBS adopta una postura más técnica, él hace únicamente dogmática penal, no hace política criminal. Además, él no juzga si el derecho penal vigente esta bien o esta mal, esa no es su misión, se limita a explicar el derecho penal vigente tal como es. Argumenta además, que si él juzgase el derecho penal vigente, no estaría haciendo dogmática estaría haciendo política criminal, y eso no quiere hacer. Es un formalista.-

III.- CONCLUSIÓN: De todo lo expuesto, creemos que los partidarios del peligro para los bienes jurídicos consiguen darnos soluciones y explicaciones de distintos aspectos del Derecho actual, que tienen mucha dificultad desde el punto de vista del injusto como dañosidad intelectual o comunicativa, y viceversa. Creemos, en definitiva que un poco la solución estaría en un término medio, porque es cierto que cuando pensamos en la pena hay una parte comunicativa, y también es verdad que hay

^{14[14]} Mir Puig, Santiago – Derecho Penal Parte General – 5ª Edición - Barcelona 1998 – Pág. 376.-

^{15[15]} JAKOBS se refiere a éstos fenómenos de errores de tipo valorativamente merecedores de la pena del dolo como “*imprudencias dirigidas*” (ver en Estudios de Derecho Penal p.p. 138-139) o como casos de “*ceguera ante los hechos*” (ver en Derecho Penal, Pág. 313).-

una parte de intimidación. En un homicidio está el aspecto fáctico de destrucción, pero también es cierto que está el aspecto comunicativo de negación de los valores sociales.

Estamos convencidos, además que hacer dogmática sin política criminal, como nos sugiere JAKOBS, es muy difícil. Pues, cuando uno interpreta el derecho penal actual, difícilmente va a poder hacer una interpretación aséptica, sin que indefectiblemente introduzca, aunque sea ocultamente, sus propias valoraciones y juicios de valor, sobre lo que es derecho penal.-

No obstante, entendemos que JAKOBS aporta algunas cuestiones muy interesantes, entre ellas, le da mucha importancia a la *eficacia*, es decir, él enseña en sus trabajos que no debe olvidarse que ésta es lo que realmente legitima al derecho penal y explica su razón de ser. Entiende que el derecho penal debe servir para el cumplimiento de determinadas finalidades, el derecho penal cumple una función y no puede construir una teoría del delito en que esta función no se tenga en cuenta, porque si así se hace, si se crea un derecho penal ineficaz y a partir de allí una teoría del delito como método de aplicación del derecho penal, se llegaría a una aplicación judicial ineficaz del derecho penal. En la medida que el derecho penal no esté cumpliendo con esta función que lo legitima, tendremos un derecho penal y una teoría de delito ilegítimo. Por eso las consideraciones de eficacia no pueden ser ajenas a la construcción de los conceptos teóricos, no debe pasarse, aunque hablar de cuestiones de eficacia del derecho penal esté como mal visto, y a la doctrina le guste hablar más de los límites, de las garantías, del derecho penal mínimo, pero eso a veces lleva a que la doctrina construya conceptos absolutamente ineficaces, colocando a los jueces en situaciones en que les resulta inaplicables dichas normas. Los jueces dicen, que en muchas oportunidades, se encuentran con conceptos que no se atreven a aplicar, pues los lleva a conclusiones que, desde el punto de vista social, son inadmisibles y los obliga a tomar decisiones que son inaplicables^{16[16]}. La sociedad, no solamente le pide al derecho penal que respete garantías, que respete límites, sino también le reclama que cumpla una función y si se pone el acento en la cuestión garantista, olvidar esa función, puede llevar a un derecho penal que no sirva. No tanto a que no se aplique el derecho penal, porque eso no sucederá, pero si cuanto menos, a un divorcio muy importante entre los jueces, que aplican el derecho penal, y quienes de algún modo, tratan al derecho penal desde un punto de vista más científico. Y ello es así, porque algunos conceptos teóricos pueden no servirle a los jueces y no los podrán aplicar por miedo a que los ciudadanos pidan su dimisión. El derecho penal cumple una función que es desagradable, pero que lamentablemente no se puede renunciar a ello. JAKOBS lo pone de manifiesto al expresar que no hay que pasar por alto que el Derecho Penal cumple una función y hay

^{16[16]} JAKOBS, en “Estudios de Derecho Penal”, p.p.365-366, critica el concepto mayoritario de culpabilidad, el cual, a su entender, está inmerso en el siguiente dilema “...sin respetar el principio de culpabilidad, la pena es ilegítima, pero si el principio de culpabilidad limita considerablemente la utilización de medios socialmente funcionales, esto es, si tiene un significado y no es un concepto vacío, entonces existe el peligro de que la pena sea inadecuada para la consecución de sus fines y sea ilegítima por esta otra razón”.-

que tenerlo en cuenta al momento de delinear los conceptos.-^{17[17]} Además nos dice que debemos construir teorías respetuosas pero que tengan en cuenta la función y la eficacia del derecho penal.-

No obstante estos importantes aportes que nos brindan el funcionalismo, en cuanto a la actitud crítica que debe tener el dogmático ante las normas penales, acudiendo a principios externos, creemos que no se van a imponer como una corriente dominante. A pesar de ello, creemos que no debemos de dejar de conocer y profundizar su estudio para poder, como nos dice JAKOBS, construir teorías respetuosas pero que tengan en cuenta la función y la eficacia del derecho penal.-

Es por tal motivo que los que nos encontramos dentro del Sistema Penal debemos intentar reducirlo, desde todos los aspectos posibles. Una dogmática construida a partir de una Política Criminal respetuosa de los derechos del hombre, en la cual contemple plenamente el error de prohibición, el error de prohibición culturalmente condicionado, la posibilidad de no aplicar penas cuando no sean necesarias, y la interpretación de que la marginalidad social es, un factor atenuante a la hora de intervenir penalmente, colaboraría a la hora de restar el dolor que produce.-

La dogmática penal, como todo instrumento, puede ser utilizada para respetar los derechos del hombre o para oprimir al hombre. Es nuestra obligación crear una dogmática penal que ponga freno a la violencia y a la discriminación con que operan los Sistemas Penales en nuestras regiones, en esa lucha hay que tener cuidado en no adoptar posturas extrañas a nuestras realidades sociales.-

BIBLIOGRAFÍA:

Asís, José Fabián –Los bienes Jurídicos Supraindividuales en un Estado Social y Democrático de Derecho- Publicado en el Semanario Jurídico n° 1381.-

Hassemer, Winfried / **Muñoz Conde**, Francisco – Introducción a la Criminología y al Derecho Penal; Valencia, 1989.-

JAKOBS, Günther - Derecho Penal –Parte General- Fundamento y teoría de la imputación. 2ª edición, corregida. Ed. Marcial Pons, Ediciones jurídicas, SA. Madrid 1997.-

JAKOBS, Günther – Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un derecho penal funcional – Trad. Cancio Meliá y Feijoo Sánchez) Madrid, 1996.-

JAKOBS, Günther – Estudios de Derecho Penal – Año 1997 – *Sobre el tratamiento de los defectos volitivos cognitivos* (trad. Suárez González), p.p. 127-146.- *El principio de la Culpabilidad* – (trad. Cancio Meliá), pp. 365-394.-

ROXIN, Claus – Derecho Penal Parte General –Tomo I- Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito- Ed. Civitas SA 1997.-

^{17[17]} En este sentido JAKOBS, en “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional” Trad. Cancio Meliá y Feijoo Sánchez) Madrid, 1996, Pág. 22, nos dice: “...es imposible desgajar al Derecho penal de la sociedad”.

^{□[17]} En *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un derecho penal funcional* – Trad. Cancio Meliá y Feijoo Sánchez) Madrid, 1996, pp. 32-33, Jakobs nos dice que cada sociedad determina las características de sus miembros “sin proceso de comunicación no se generan sujetos libres”.-

ROXIN, Claus – La evolución de la Política Criminal, el Derecho y el Proceso Penal; Trad. Gómez Rivero y García Cantizano. Valencia, 2000.-

Mir Puig, Santiago – Derecho Penal Parte General – 5ª Edición- Barcelona 1998.-

Silva Sánchez, Jesús María – Aproximaciones al Derecho Penal Contemporáneo – Ed. J.M. Bosch S.A.-1992.-

Schüenemann, Bernd –Sobre el estado actual de la teoría de la culpabilidad penal – Trad. de Filip i Saborit y Ragués i Vallès), en ROXIN/JAKOBS/SCHÜNEMANN/FRISCH/KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, 2000.-

Schüenemann, Bernd –Sobre la Crítica a la teoría de la prevención general positiva – Trad. Sánchez-Ostiz Gutiérrez- en Silva Sánchez (ed) *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal* – Barcelona 1997 –pp. 89-100.-

Welzel, Hans – Causalidad y Acción, trad. Finzi, con prólogo de H.S. Vidal, en cuadernos de los Institutos- Univ. Nac. de Cba. 1975 n° 126 (XXIV del Inst.).-

Welzel, Hans- Derecho Natural y Justicia Material – Ed. Aguilar, Madrid 1957.

TRABAJO REALIZADO POR:

* **Juan José Cernusco Cornejo** –Abogado- Adscrito en la Cátedra de Derecho Penal I de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba - Argentina.

* **Gustavo Alfredo Dalma** –Abogado- Adscrito en la Cátedra de Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba - Argentina.

