

EL POST-FINALISMO, SUBLIMACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y EL CONTROL SOCIAL

Edmundo René Bodero

INTRODUCCIÓN

Cuando a fines de la década de los sesenta e inicios de los setenta del siglo precedente, sin que ninguno de los bandos en disputa pudiera atribuirse la victoria, la lucha entre causalistas y finalistas¹ cesó, nuevas corrientes, una neoclásica-finalista y dos de orientación funcionalista (diseñadas por C. Roxin y G. Jakobs en su orden) emergieron en la ciencia penal.

Claus Roxin (n. 1931)² y Günther Jakobs (n. 1937) propusieron sustituir los esquemas finalista y neocausalista por modelos funcionalistas,³ humanitario y garantista el de Roxin, normativista y absolutista el de Jakobs. El gran mérito de ambos autores es la creación de nuevos sistemas penales que amenazan convertir en antiguallas decenas de tratados, centenas

¹ En la actualidad, impera una síntesis neoclásica-finalista de la teoría del delito.

² Roxin en conferencia pronunciada el 13 de Mayo de 1970 en la Academia de Ciencias de Berlín, expuso un nuevo diseño del derecho penal (principalmente de la teoría del delito) que serviría de base a sus trabajos posteriores, incluido su monumental tratado. El eje central de la propuesta era la vinculación del derecho penal a la Política Criminal, y la consecuente reestructuración de las categorías del delito puestas a tono con los principios político-criminales que dimanaban de las Constituciones Políticas; a guisa de ejemplo: otorgar funciones de motivación preventiva general a la tipicidad; aplicar políticas sociales en la solución de los conflictos que generan las causas de justificación; necesidad de la pena desde el punto de vista preventivo general y especial, factor que debe añadirse a la culpabilidad y servir de fundamento a la responsabilidad. Paralelamente, Roxin publicaba sus primeros trabajos sobre la teoría de la "*imputación objetiva*", que concibe al injusto típico, más que como suceso causal o final, como la realización de un riesgo no permitido por el tipo, lográndose una notable restricción de lo penalmente relevante. En 1999, Roxin se jubiló como profesor ordinario de Derecho Penal, Proceso Penal y Teoría del Derecho de la Universidad de Munich a la que había llegado en 1971, procedente de la universidad de Gotinga, su primer destino como catedrático. (Francisco Muñoz Conde en prólogo a la "*Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*" de Roxin Ps. 12, 13, 15)

³ El funcionalismo interpreta a la sociedad como un conjunto de relaciones en las que elementos y sucesos individuales cumplen determinadas funciones en beneficio del orden social; mira a la sociedad como un sistema de partes ajustables e interdependientes en el que cada una cumple una función que coadyuva al mantenimiento del equilibrio social. Los individuos pueden existir únicamente relacionados con una función o una estructura. En "*Sistema y Sociedad*", el sociólogo norteamericano Talcott Parsons, atribuyó al derecho penal la función de reducir los conflictos y definió al delito como "*contravención de las normas institucionalizadas*", entregando al control social la tarea de evitar las transgresiones penales mediante la internalización de valores a los integrantes de la sociedad.

de manuales y cientos de miles de páginas escritas por autores de talentos y fama universal (Jiménez de Asúa, Mezger, Jeschek, Welzel, Maurach, Zaffaroni, etc.) y acaso como temen algunos, desinte-grar la dogmática penal.

El modelo de Roxin conserva la tradicional concepción del delito como *“acto típico, antijurídico y culpable”*, aunque volviéndola irreco-nocible para neocausalistas y finalistas quienes consideran poco menos que una herejía aceptar la intromisión de factores político-criminales y criminológicos en las categorías del delito.

Roxin y Jakobs coinciden en su oposición al finalismo y en la pretensión –aunque por sendas distintas- de vincular el derecho penal a la realidad con el fin de volverlo eficiente para la tarea que generalmente se le atribuye: la defensa de la sociedad. Para lograr su objetivo ¡oh, horror de los horrores! recurren incluso a la *“tópica”*,⁴ pasando *“del sistema al problema”* (estudio del caso concreto) resultando desde entonces asunto corriente encontrar en las obras especializadas referencias a problemas penales extraídos de la vida real. Existen incluso catálogos o lista de *“Topoi”* (repertorios de puntos de vista).

En 1953, en *“Tópica y Jurisprudencia”* -libro al que Enrique Gimber-nat⁵ califica de sensacional- Viehweg criticó el pensar sistemático de la ciencia del derecho sugiriendo sustituirlo por un pensar tópico (problemático). La *“tópica”* es por lo tanto una técnica que consiste en abordar los problemas desde distintos puntos de vista (*Topoi*). *«En cualquier caso – dice el autor- la estructura jurídica no debe consistir en un sistema o un sentido lógico, pues el sistema deductivo es inadecuado para la ciencia del derecho. La estructura de la jurisprudencia sólo se puede determinar desde el problema».*

La postura de Roxin se engarza con la Política Criminal, la de Jakobs –discípulo de Welzel a quien éste, mediante testamento espiritual, confiara la revisión de las futuras ediciones de su tratado- con la Sociología.⁶ El mismo Roxin dejó señaladas las similitudes y diferencias entre su propuesta y la de Jakobs:

⁴ La ocupación anglonorteamericana de Alemania tras la segunda guerra mundial influyó en los juristas de la derrotada nación, influencia que se refleja en la tónica, según la que, la jurisprudencia sólo es capaz de cumplir sus objetivos si en lugar de proceder deductivamente busca la solución adecuada para cada caso particular. La sustitución del pensamiento sistemático por el problemático (casuístico) presenta graves e insuperables dificultades, principalmente por razones de seguridad jurídica derivadas del principio de legalidad; pero esta dificultad no debe ser óbice para la revisión de la teoría del delito aún dominante.

⁵ *“Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal”* P. 105 (Tecnos)

⁶ Elio Morselli: *“La Función del Comportamiento Interior a la Teoría del Delito”* P. 52 (Temis)

Jakobs comparte conmigo el rechazo del punto de partida ontológico del finalismo y sostiene al igual que yo una elaboración normativa de las categorías dogmáticas como *"tarea del derecho penal"*. Pero dado que él sólo limita esa tarea a la estabilización del sistema, por tanto, a la imputación según exigencias preventivos generales, en su construcción están ausentes elementos esenciales de la política criminal: la prevención especial y la garantía de los derechos del acusado que no se contemplan en su punto de partida teórico-sistemático.⁷

En una monografía sobre la acción (1962) Roxin critica los excesos ontológicos del finalismo, sosteniendo que la base de la teoría del delito no debía ser un concepto final ontológico (natural, no jurídico) de acción sino otro que armonizara con el sentido de la misma registrados en los tipos.⁸

Con Roxin, la acción, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad sobreviven aunque reestructuradas conforme a las directrices de la Política Criminal insertas en la Constitución. Jakobs, por el contrario, abjura de la concepción tradicional del delito y apoya su sistema en las ideas del sociólogo alemán Niklas Luhmann, quien desde su ensayo *"Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica"* (1974) infiltró al derecho penal con la sociología, indiferente a la pérdida de la autonomía de la dogmática y su *"convercuón en apéndice de las elaboraciones sociológicas"*, acusación similar a la que hace un siglo se le formulara a Enrico Ferri.

La lucha entre finalistas y causalistas impulsó el desarrollo de la ciencia penal y resucitó la polémica acerca de su esterilidad como mecanismo de defensa social, incuestionable verdad que hasta entonces los especialistas habían preferido soslayar acaso con la aislada excepción Grammatica y Marc Ancel, pioneros de la *"Nueva Defensa Social"*, quienes a fines de los cuarenta del siglo anterior, empezaron a abogar por la sustitución de la pena por medidas de prevención especial: *«no una pena para cada delito sino una medida para cada individuo»*. Pero la sospecha de la inocuidad del derecho penal no era de reciente data, empezó a hablarse de ella en la primera década del siglo XX, cuando para rescatarlo de las garras de la antropología, la sociología, la psicología, etc., que lo habían reducido –excepto en Alemania– a pavesas, y preservarle el rango de ciencia que el positivismo científico le negaba, los neocausalista recurrieron a la división de las ciencias propuesta por el neokantismo en ciencias del ser (naturales) y del deber-ser (de la cultura). A la Crimi-nología la agruparon entre las primeras (al lado de la Biología, Física, etc.) y al derecho penal entre los segundos (al lado de la Filosofía, la Ética, la Teología, etc.) lo que produjo una tajante separación entre los dos saberes, que desde entonces ocúpense del delito y la pena en forma abstracta (derecho penal) y de las causas antropológicas, psicológicas y sociológicas del delito (Criminología). Como único vínculo entre ambas quedó la

⁷ *"La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal"* P. 52 (Tirant lo Blanch)

⁸ *"La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal"* P. 12 (Tirant lo Blanch)

retroalimentación de la Criminología por el derecho penal que le confía para su estudio e hipotética solución, los comportamientos humanos oficialmente declarados antisociales (delitos).

La idea central de Roxin es que el derecho penal deje de ser un sistema cerrado ⁹ y recepte los aportes de la Política Criminal y otras ramas auxiliares, apertura inadmisibles para los cultores de la dogmática neocausalista y finalista, quienes desestiman la realidad social, los avances de la Criminología y más disciplinas vinculadas con el hacer delictual. Añádase, en la propuesta de Roxin, la flexibilidad o elasticidad para adaptarse a los cambiantes objetivos de la política criminal y los conocimientos en general.

EL FUNCIONALISMO MODERADO DE CLAUS ROXIN

Como cuestión a priori, Roxin demostró la existencia de conexiones entre la dogmática penal y la política criminal; por ejemplo, quien yerra respecto de un acto prohibido o desiste de consumir un delito, genera problemas políticocriminales imposibles de resolver mediante las fórmulas tradicionales. Para obviar la cuestión, el profesor alemán propone que lo jurídico y lo político-criminal se fusionen en una especie de tercera dimensión a denominarse *“Sistema del Derecho Penal,”* postura susceptible de resumirse en la expresión: *“Los problemas políticocriminales forman parte de la teoría general del delito.”* Esta infiltración en las categorías del delito de principios político-criminales y otros prevenientes de ramas afines, nos evocan a Enrico Ferri y su obsesión por convertir al derecho penal en un capítulo de la sociología criminal y a von Liszt, para quien el derecho penal no se agotaba en lo jurídico sino que requería del concurso de la antropología y la sociología criminales, aunque quizá preocupado por las exageraciones a las que pudiera dar lugar su doctrina, queriendo ponerle un difuso tope, sentenció: *«el derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal»*.

⁹ La dogmática tradicionales (causalismo y finalismo) se orientan de izquierda a derecha (□) porque parten del concepto de acción. Definido el concepto de acción, se empieza recién a mirar la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad; es decir, teniendo como base la acción, se definen los elementos que conforman el concepto de delito y la pena. La dogmática abierta (Roxin) en cambio trabaja de derecha a izquierda (□) y lo primero que definen es la pena. Definida la pena y para qué fue establecida, se define la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Dicho de otra manera, la dogmática tradicional empieza por un concepto ontológico de acción, sin que la pena importe para nada; la dogmática abierta, parte de la pena como concepto ontológico, y acorde con la normativización del derecho penal, la discusión no se centra en la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, sino entre injusto y responsabilidad. (J. A. Gutiérrez Ramírez: *“Introducción a la Teoría del Delito”* Ps. 10, 11, Leyer)

A pesar de que los principios de política criminal de las Constituciones democráticas obligan al derecho penal¹⁰ a someterse a sus postulados, la sumisión de aquél al control social formal obliga a reducirlo al mínimo (derecho penal mínimo) para evitar arbitrariedades.

Arrancado el carácter ontológico (natural) a la acción, ésta se convierte en “*extorización de la personalidad humana*” y manifestación de todo lo atribuible al hombre (centro de actos anímicos-espirituales) lo que permite incluir en su seno comportamientos dolosos, culposos y omisivos, todo lo contrario del finalismo que prácticamente requería de una teoría para cada tipo de injusto.

La “*imputación objetiva*”, para vincular a un sujeto al acto delictivo exige a más de la causalidad, la realización de un riesgo no permitido (a la mujer que abandone al marido a sabiendas de que éste se suicidará a causa de dicho abandono, no se le puede imputar la muerte del cónyuge, porque el abandono es un riesgo socialmente permitido) restringiendo razonablemente la inflación penal y limitando el tipo objetivo a los casos de creación y realización de riesgos insoportables para la seguridad de las personas.¹¹

La tipicidad, mediante la amenaza de la pena inserta en cada tipo penal, se erige en motivadora de aquellos comportamientos que el legislador espera de los hombres, estimulándolos para que se inhiban de cometer delitos a tiempo que garantiza el respeto al principio de legalidad.

La antijuricidad, regula la prevalencia del derecho frente al injusto; determina si la comisión de un delito puede –por excepción– justificarse; por ejemplo, el dilema entre defenderse o escapar cuando se es atacado antijurídicamente, se resuelve admitiendo que el derecho no puede retroceder ante lo injusto; por el contrario, en tratándose de defenderse del ataque de un niño, como las lesiones que podría infringírsele son inexcusables se debe evitar el encuentro.¹² La antijuricidad controla los principios de proporcionalidad, protección de bienes, etc.

La culpabilidad, admite que el individuo enfrenta una gama de valores, incluye aportes de la teoría de las subculturas, el “*labelling approach*” (etiqueta), la nueva Criminología y la psiquiatría. En otras palabras, la culpabilidad admite que el imputado internaliza una compleja serie de valores y definiciones. Por ello, aparte de servir como límite de la pena, debe regirse por el criterio político-criminal de la necesidad de la pena. Comprobada la vinculación culpable del

¹⁰ Santiago Mir Puig en “*Libro Homenaje a Claus Roxin*” P. 33 (Bosch)

¹¹ Fco. Muñoz Conde en Claus Roxin: “*La evolución...*” P. 13

¹² “*Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*” Ps. 27, 28 (Bosch)

sujeto, la dogmática debe analizar si merece una pena, en razón de que si le hubiere sido imposible evitar la comisión del injusto, carecería de sentido castigarlo. Cualesquiera que fuera la teoría de la pena que sigamos, retribuir una culpa-bilidad inexistente resulta inoficioso; igual, querer apartar a alguien de la causación de consecuencias inevitables. En tratándose de la prevención especial, respecto de aquellos a los que no es posible reprochar su conducta (p. ej. enfermos mentales) resulta inútil intentar su redención por medio de la pena.¹³ Antes que establecer el poder de obrar del sujeto (imposible de probar) compete dilucidar la conveniencia de responsabilizar al autor.¹⁴ La pena será necesaria desde el punto de vista de la prevención general y especial. Así, Roxin resuelve satisfactoriamente casos tan controvertidos como el exceso de la legítima defensa, el estado de necesidad suprallegal o la delincuencia por convicción.^{15 - 16}

Pero es precisamente en este punto donde la quiebra del modelo roxiniano se hace más ostensible en razón de que el maestro alemán fundamenta su propuesta en una aspiración empíricamente inde-mostrable (la prevención especial, es decir, la redención, resocialización, etc., del reo) fórmula exculpatoria de la sociedad que carga exclusivamente en el individuo la causación del delito y subliminalmente internaliza la idea que la sociedad encuéntrase consensuadamente organizada y el hombre que se desvía debe ser resocializado, cuando la cuestión debe plantearse a la inversa pues lo que debe resocializarse es la sociedad. En los pueblos donde la administración de justicia, el ministerio público, el parlamento, el ejecutivo, la iglesia, etc., son manifiestamente corruptos y sus sistemas políticos favorecedores de las minorías, etc., con qué argumentos, con qué base científica puede intentar convencer a un sujeto, que se someta a un tratamiento y en el futuro se comporte como la sociedad espere, esto es, que sea honesto en un medio deshonesto y en descomposición, en una sociedad anómica y alienante.

La autoría, la imprudencia, etc., recibieron con Roxin nuevos impulsos; algunas de sus revolucionarias postulaciones adquirieron carta de naturaleza en exposiciones doctrinales y a veces aplicadas en decisiones jurisprudenciales.

En la actualidad, a pesar de las acusaciones de generar inseguridad jurídica que le atribuyen sus detractores, el modelo roxiniano cada día gana adeptos, existiendo notables posibilidades de que termine convirtiéndose en el sistema penal prevalente.¹⁷

¹³ Claus Roxin: *“Política Criminal y Sistema del Derecho Penal”* P. 67 (Bosch)

¹⁴ Francisco Muñoz Conde / Mercedes García Arán: *“Derecho Penal” Parte General* P. 231

¹⁵ Fco. Muñoz Conde en Claus Roxin: *“La evolución de la Política criminal, el derecho penal y el proceso penal”* P. 13 (tirant lo blanch)

¹⁶ Claus Roxin: *“La evolución de la Política criminal, el derecho penal y el proceso penal”* P. 98 (tirant lo blanch) P. 12

¹⁷ J.M. Silva S. : en *“La Revolución de la Política criminal, el derecho penal y el proceso penal”* P. 96

LA TEORÍA SISTÉMICA DE GÜNTER JAKOBS

Gunter Jakobs, propone un sistema en el que –a la inversa del de Roxin- el interés por los derechos del hombre (garantismo) es reemplazado por la defensa a ultranza del sistema social.

Niklas Luhmann –fuente de inspiración de Jakobs- concibe al derecho penal como un subsistema del sistema social, orientador de acciones, institucionalizador de expectativas, generador de confianza en el ordenamiento, factor de integración y estabilización social y guía de lo que se espera realicemos en pro del sistema además de facilitar los contactos sociales entre seres altamente anónimos como son los que componen la compleja sociedad post-industrial. Como a cada miembro del grupo corresponde ejecutar un rol determinado, es obvio que se les exija un comportamiento acorde con el rol asignado. Cuando el hombre actúa como la sociedad espera (cumple con el rol) colabora con la cohesión social, con la armónica convivencia, colmando las expectativas. Si ejerce imperfectamente su rol, incumple las expectativas, defrauda. De lo anterior se infiere que el delito debe ser conceptualizado como un comportamiento humano defraudador de expectativas.

A diferencia del planteamiento de Roxin, para Jakobs el derecho penal en lugar de bienes protege funciones (como la confianza en el sistema y su buen funcionamiento); el bien jurídico es sustituido por la *“funcionalidad del sistema social”*, idea proveniente del principio nazi *“Verrat”* (*traición o el quebrantamiento del deber de fidelidad del individuo para con el pueblo alemán*) uno de cuyos postulantes fue Mezger, de quien el profesor Muñoz Conde revela su pasado nazi en su interesantísimo libro *“Edmundo Mezger y el Derecho Penal de su tiempo”*.¹⁸

Con Jakobs, el delito deja de ser un acto típico, antijurídico y culpable para convertirse en frustración de expectativas normativas y *“expresión simbólica de falta de fidelidad hacia el derecho”*, en una amenaza para la estabilidad social, en un acto *socialmente disfuncional*, no porque lesione o ponga en peligro determinados *bienes jurídicos*, sino porque debilita la *“confianza institucional”* en el sistema.

El delito se compone de una imputación fáctica (con base en el causalismo) y una imputación jurídica (con base en la imputación objetiva) lo que implica una regresión al dualismo carrariano: *imputatio facti e imputatio juri*, si se prefiere la vis física y la vis moral del *summo maestro* de Pisa.

¹⁸ P. 75, (Tirant le Blanch)

Por lo tanto, para Jakobs, lo que interesa es la defraudación de expectativas y no la violación de bienes jurídicos: *«lo que caracteriza al comportamiento humano penalmente relevante no es la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, lo cual también sucede con las catástrofes naturales, animales, etc.; el mundo social no está ordenado sobre la base de relaciones de causalidad, sino de modo normativo»*.

Es decir, las instituciones penales tienen que ajustarse a la función social del derecho penal y no a fenómenos naturales u otros modos ajenos a lo social. La puesta en peligro y la lesión efectiva de bienes jurídicos por afectar al orden físico o natural y no al social al que pertenece el derecho penal, a éste le resultan indiferentes. En síntesis, Jakobs se divorcia de la concepción del injusto como desvalor del resultado.

Igual acontece con la voluntad, perteneciente también al naturalismo (al sistema psíquico) tan diferente de lo social. La necesidad de restablecer la confianza de los ciudadanos en el derecho obliga a prescindir de todo contenido psicológico en el juicio de reproche.¹⁹ En palabras de Jakobs:

El hombre es un *“subsistema sico-psíquico,”* un centro de imputación o adscripción de responsabilidades. No importa la significación individual de las conductas sino su significación social, y la significación social no se deduce de la mente del autor, sino que ha de deducirse a partir del hecho en la mente del autor. Sólo para el autor comienza el hecho en su mente. Sólo para el autor comienza el hecho con el dolo; para los demás, comienza al objetivarse.²⁰

Así las cosas, resulta irrelevante la distinción entre tipicidad y antijuricidad, entre acción y omisión, entre delitos dolosos y culposos, ya que lo que interesa es que se viole la prohibición contenida en la norma.²¹

A la culpabilidad le importa más la manifestación del *“hecho disfuncional”* que las causas que lo producen. La capacidad de actuar de forma diversa a como el individuo actuó (teoría normativa de la culpabilidad) es reemplazada por la adecuación a un tipo normativo de sujeto actuante y de situación. Ergo: se es culpable no por haber actuado dolosa o culposamente, ni por haber infringido la norma pudiendo no hacerlo, sino por encajar en un modelo normativo de hombre determinado, con lo que se produce la sustitución del derecho penal del acto –aceptado por el causalismo y el finalismo– por el derecho penal del autor tan caro al derecho penal de los nazis. (escuela de Kiel).

¹⁹ Antonio García Pablos de Molina: *“Tratado de Criminología”*. P. 703, 704 (Tirant lo Blanc)

²⁰ Günter Jakobs: *“Derecho Penal”* Parte General P. 203 (MarcialPons)

²¹ J. A. Gutiérrez Ob. Cit. P. 121, 122

Producida la “*disfunción*” (el injusto típico, según la nomenclatura anterior) procede restablecer la confianza de los ciudadanos en el derecho, quebrantado por aquella,²² entrando en juego la pena, concebida como “*prevención integradora*”, cuya misión es evitar la comisión de disfunciones (delitos) lo que puede obtenerse mediante la internalización de las normas. Según Jakobs, la conciencia social y el ordenamiento no reaccionan sólo cognoscitivamente ante las violaciones de “*expectativas legales*”, lo hacen también normativamente, contraponiendo la pena²³ cuya función es recordar que la norma infringida se encuentra vigente y lograr su estabilización. La pena ejercita al ciudadano en su fidelidad al derecho y al mismo tiempo informa que se puede seguir confiando en la vigencia de la norma, que la sociedad se niega a renunciar a su identidad y a configurarse de manera diferente.²⁴ En otros términos, como el delito lesiona los sentimientos colectivos de la comunidad (lo tenido por bueno y correcto) la pena actualiza²⁵ la vigencia de los valores violados por el hecho disfuncional, refuerza la convicción colectiva en torno a la trascendencia de los mismos, fomenta y encauza los mecanismos de integración y solidaridad social frente al infractor, y por último devuelve al ciudadano honesto su confianza en el sistema. En resumen, la función principal de la pena es la estabilización social; el mantenimiento del sistema mediante la fidelidad al derecho.²⁶

Estas ideas podrían atribuirse a don Francisco Carrara, para quien la única finalidad de la pena era el restablecimiento del derecho violado por el delito, era un mal que se aplicaba al reo como medida tendiente al restablecimiento del derecho dañado con el delito. No tenía una finalidad de expiación, tampoco de corrección o enmienda de reo, aunque pudiera sobrevenir como efecto colateral. En palabras del propio Carrara:

El fin de la pena no consiste en que se haga justicia, ni que el ofendido sea vengado, ni que sea resarcido el daño padecido por él, ni que se atemoricen los ciudadanos, ni que el delincuente pague su delito, ni en que se obtenga su enmienda. Todas estas pueden ser consecuencias necesarias de la pena, y algunas de ellas pueden ser deseables (...) El fin primario de la pena es el restablecimiento del orden de la sociedad.²⁷

²² Antonio García Pablos de Molina: “*Tratado de Criminología*”. P. 703, 704 (Tirant lo Blanc)

²³ Baratta: “*Integración-Prevención..*” Ps. 536-538

²⁴ C. A. Gómez Pavajeau: “*Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal*” P. 202 (E. Jurídicas Gustavo Ibáñez)

²⁵ Esta posición fue adoptada por Carrara, cuando sostuvo que el único objetivo de la pena es el restablecimiento del derecho violado por el delito.

²⁶ Claus Roxin: “*La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*”, P. 66 (Tirant lo Blanc)

²⁷ Cfr. Nódier Agudelo Betancurt: “*Grandes Corrientes del Derecho Penal, Escuela Clásica*” P. 23 (Linotipia Bolívar)

De lo anterior deviene que los sistemas políticos, cualesquiera fuera su naturaleza (democrática o totalitaria) jamás son objeto de valoración o crítica. Como dice Roxin, la teoría de Jakobs privilegia *«la autoconservación del sistema»*. Un sistema es considerado justo si reduce sostenidamente la complejidad de su medio. La justicia se convierte en un comodín adaptable a cualquier sistema jurídico, bueno o malo, con lo que el control social alcanza un nivel de adaptabilidad y permisibilidad jamás imaginado. Como bien señala Francisco Muñoz Conde: *«es indiferente que el sistema sea el de un Estado democrático, totalitario, el de un convento de monjas o el de una banda de ladrones, lo que importa es su estabilidad y funcionalidad»*.²⁸

Según Ferrajoli, Jakobs no añade nada nuevo a la teoría de la desviación de Durkheim, quien concebía a la pena como factor de estabilización social *«destinada sobre todo a actuar sobre las personas honestas»* reafirmando sus sentimientos colectivos y cohesionando la solidaridad contra los desviados. Ferrajoli califica a la teoría de Jakobs de *“ideología de legitimación apriorística tanto del Derecho Penal como de la pena”*.

Al reducir al individuo (subsistema físico-psíquico) a un ser funcionalmente subordinado a las exigencias del sistema social, Jakobs se alinea con los partidarios del derecho penal máximo, indiferente a la tutela de los derechos de la persona.²⁹ Para nos, lo que Jakobs ha creado es una variante del estructural-funcionalismo de Talcott Parsons, para quien las normas –como vimos en líneas precedentes- tenía por misión estabilizar el sistema excluyendo todo cuestionamiento al mismo.

Los derechos humanos y la justicia, como los concibe Jakobs son completamente distintos de los que el mundo jurídico entiende por tales, principalmente la autonomía de la personalidad respecto a otros sistemas, especialmente el político.³⁰⁻³¹ Con Jakobs la pena y de la dogmática se divorcian de los principios garantistas y de mínima intervención.

Habermas la acusa de reducir problemas fundamentales de la sociedad a cuestiones prácticas o técnicas, sustrayéndolas del debate social. La califica de teoría de las sociedades

²⁸ Fco. Muñoz Conde – Mercedes García Arán “Derecho Penal, Parte General” (4ta Edición) P. 232

²⁹ “Derecho y Razón” P. 275 (Editorial Trotta)

³⁰ Ramón Soriano, ibídem, P. 255,256

³¹ En el lenguaje jurídico tradicional se entiende por función las consecuencias queridas de una cosa, equiparándolas a “meta” o “misión”. En el lenguaje sociológico se entiende por función, la suma de las consecuencias objetivas de una cosa. Esta segunda acepción deberá ser empleada en el derecho penal para designar las consecuencias (accesorios) no deseados del sistema (por ejemplo las repercusiones económicas y afectivas que la pena privativa de la libertad inflige a la familia del recluso. Los términos “misión”, “fines”, o “metas”, deberían utilizarse para denominar las consecuencias queridas o buscadas oficialmente por el sistema. Winfried Hassemer – Fco. Muñoz Conde: “Introducción a la criminología y al Derecho Penal”. P. 99 (Tirant lo Bland)

capitalistas modernas; de interpretación tecnocrática de la sociedad que ofrece un programa de estabilización política y económica orientada a la solución de sus cuestiones específicas.³²

Igual que la vieja Criminología, centra su interés en el examen del crimen convencional de las bajas clases sociales, contempla al delito donde se manifiesta y cuando se exterioriza, no cuando y donde se genera, lo que denota una inequívoca alineación conservadora tendiente a legitimar “sistemáticamente” el “*estatu quo*”.³³

Zaffaroni la declara un equivalente de la nefasta “*doctrina de la seguridad nacional*”; advierte que conduce al ocaso del derecho penal liberal (de garantías, de los derechos humanos) y que su transferencia a América Latina implicaría un robustecimiento de la tendencia represiva del sistema punitivo y la deslegitimación del discurso jurídico penal vigente en el área.³⁴

La supuesta neutralidad de la teoría es incompatible con la amarga realidad de un derecho penal que en todos los países, incluidos los más avanzados y democráticos, padecen de graves conflictos (aborto, penalización del consumo de drogas, penas de muerte) y se aplica a los sectores mayormente marginales y desfavorecidos económicamente.³⁵

Según Alfred Büllesbach, la teoría no ha sido adoptada de modo expreso en el seno de la ciencia jurídica, si bien determinadas aportaciones parecen denotar su influjo como cuando se habla de la teoría del derecho como una teoría de sistemas.³⁶

Para el autor de este ensayo, el funcionalismo de Jakobs constituye la mas palmaria e irrefutable evidencia de la veracidad de los postulados de la Nueva Criminología: que el derecho penal es un instrumento de control y dominación al servicio de las clases hegemónicas en cualquier latitud. Sin embargo, lo que hizo Jakobs fue dotar de cierta aura científica a lo que la experiencia cotidiana le señalaba, que el sistema social y la justicia operan exclusivamente en beneficio de quienes detentan el poder y dictan las normas que Jakobs, mediante el formidable instrumento del derecho penal, defiende a rajatabla. Jakobs es notoriamente sincero, mientras las hermosas y retóricas doctrinas liberales y garantistas del derecho penal neocausalista, finalista o político-criminal todavía dominantes, sólo sirven para el lucimiento en la cátedra y en los libros de hombres brillantes y de buenas intenciones.

³² Carlos Alberto Elbert: “Manual Básico de Criminología”, P. 69 (EUDEBA)

³³ Antonio Pablos de Molina, ídem, P. 198

³⁴ (“Hacia un realismo Penal marginal.P. 60, Monte Avila Editores Latinoamericanos.)

³⁵ Fco. Muñoz Conde – Mercedes García Arán: “Derecho Penal Parte General, 4ta edición. P. 232 Tirant le Blanch.

³⁶ Arthur Kaufmann-Winfried Hassemer: “*El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*”, P. 316 (EDITORIAL DEBATE)