

Artículo Original

Análisis dogmático del funcionalismo actual. Dimensiones teológicas o moderadas y el normativo o radical

Dogmatic analysis of current functionalism. Theological or moderate dimensions and the normative or radical

Oñehesa'ỹijo funcionalismo ko'ãgua pyrenda.

Dimensiones teleológicas téra moderadas ha normativo téra radical

Ubaldo Matías Garcete Piris¹

<https://orcid.org/0000-0002-5348-4913>

Ministerio de la Defensa Pública. Asunción, Paraguay.

“La sociedad trasciende de la conciencia individual y más que responder a la voluntad consciente de los sujetos se impone a ellos mismos formando un sistema social con caracteres propios”. Emile DURKHEIM.

Resumen

En la presente investigación se propone un análisis exhaustivo que se enmarca en las últimas concepciones del derecho penal moderno, desde la férrea expansión de los funcionalistas y su distinción –normativista–. Por un lado, se buscó examinar la inferencia de Claus Roxin desde su –funcionalismo teleológico o moderado–, para luego, contrastarlo con la tesitura de Günter Jakobs y su reconocido –funcionalismo normativo o radical–. Asimismo, será fundamental propiciar la discusión en cuanto a las características de las dos posiciones que han solventado el pensamiento penal contemporáneo. Las esferas dogmáticas del funcionalismo penal sistémico, desde el contexto filosófico y científico también fueron

Recibido: 03.03.21 Aceptado: 09.04.21

¹Defensor Público del Fuero Penal. Ministerio de la Defensa Pública. Asunción, Paraguay. Email:ubaldomatiasgarcete89@gmail.com. Miembro de la Comisión Nacional para el estudio de la Reforma del Sistema Penal y Penitenciario por el MDP.

Abogado egresado de la Universidad Nacional de Asunción. Magister en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de Asunción. Magister Internacional en Derechos Humanos con Énfasis en Control de Convencionalidad por la Universidad Columbia del Paraguay y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0.



parte del abordaje, para luego culminar con un esbozo personal que permitió despejar cuestionamientos al respecto del funcionalismo penal actual. Por tanto, se enfocó desde un método descriptivo con el apoyo de la legislación comparada y fundamentalmente, a partir de una interacción directa de los pensamientos modernos del derecho penal.

Palabras clave: funcionalistas, normativistas, moderado, radical, sistémico

Abstract

In this research, an exhaustive analysis is proposed that is framed in the latest conceptions of modern criminal law, from the fierce expansion of the functionalists and their -normativist- distinction. On the one hand, an attempt was made to examine Claus Roxin's inference from his -teleological or moderate functionalism-, and then to contrast it with the position of Günter Jakobs and his recognized -standard or radical functionalism-. Likewise, it will be essential to promote discussion regarding the characteristics of the two positions that have solved contemporary criminal thought. The dogmatic spheres of systemic penal functionalism, from the philosophical and scientific context, were also part of the approach, to later culminate with a personal sketch that allowed to clear up questions about current penal functionalism. Therefore, it was approached from a descriptive method with the support of comparative legislation and fundamentally, from a direct interaction of modern thoughts on criminal law.

Keywords: functionalists, normativists, moderate, radical, systemic

Ñemombyky

Ko investigación rupive ohesa'ýijo pypukuse mba'éichapa ko'ága rupi ñeikumby hína pe hérava derecho penal moderno, ko'ẽko'ẽre ojepyso ohóvo functionalistakuéra omoañetéva -normativista-. Tenonderã ojeheka ñemyesakã Claus Roxin oikumbyháicha pe hérava -funcionalismo teleológico o moderado-, upe rirẽ ombojovake haguã Günter Jakobs arandúre omoañetéva pe hérava -funcionalismo normativo o radical-. Upéicha avei, tekotevẽ eterei ñeñe'ẽ pypuku mba'emba'épa ogueru hendive mokõive posición ojegueroikéva hína pensamiento penal ko'ágaguápe. Ojehecha ha ojepoko avei kóvape pe funcionalismo penal sistémico ipyrenda, oku'e ñepyrũva filosofía ha ciencia rupive, ko'áva guive ñembyapu'a peteĩ ñe'ẽmbykýpe ha péicha ñemyesakã heta mba'e pe funcionalismo penal ko'água rehegua. Upévare oiporu kuri pe método descriptivo ha ombojovake léikuéra

ojuehe oiporu jovái rupi pensamiento moderno derecho penal rehegua.

Ñe'ẽ tee: funcionalista ha normativista kuéra moderado, radical, sistémico

Análisis desde los inicios del funcionalismo como corriente metodológica en la dogmática penal contemporánea

El derecho penal ha experimentado constantes avances en su esencia dogmática, desde sus principios, y a partir de la interacción con el fenómeno social. De hecho, el funcionalismo toma cabida como corriente metodológica en la segunda mitad del siglo XX, conforme a un organicismo del siglo XIX. Los estudiosos del derecho penal destacan que el método funcionalista se propone como objetivo la comprensión y explicación de las estructuras sociales.

El funcionalismo como constructo sociológico —previo— a su adaptación al derecho penal, desde los postulados de Talcott Parsons pregonaba por una visión matizada del utilitarismo de las acciones, *pro* del sostenimiento de una estabilidad y las formas preestablecidas de organización social. Esto trascendió al ámbito jurídico en la aplicación de las normas penales frente a los injustos jurídicos —Delitos o contravenciones— como forma de preservación del ordenamiento social. La función de la norma penal, desde la teoría funcionalista, y como lo resalta Ferrari, es generar espacio o escenarios de prevención, dentro de los cuales sobresalen uno general y otro especial; el primero encaminado a la persuasión social de cometer delitos y el segundo, frente al criminal en torno a una potencial reincidencia (Torres Vazquez, Acero, Florian, & Sergio, 2018).

En ese ámbito de discusión se infiere que el funcionalismo se justifica en la protección de la confianza en la norma para garantizar un beneficio mayor; esto, se clarifica con la intención adoptada en relacionar la interacción de la justicia y el relacionamiento social desde el cumplimiento de la norma positivizada. Pero, la discusión iusfilosófica determina que, en esencia la dimensión normativista no siempre acarrea una solución para la dimensión fáctica por las diversas realidades sociales.

En torno a esta discusión, el funcionalismo normativo sistémico se construye en la determinación de la culpabilidad a partir de las necesidades sociales. Así, inician los postulados de C. Roxin a partir de su cumbre análisis del funcionalismo teleológico o moderado, mientras que, por otro lado, tenemos a G. Jakobs y su funcionalismo normativo o



radical, que básicamente demuestra una noción de culpabilidad, a la que –de acuerdo con sus premisas de teoría de sistemas– equipara con el injusto, que se construye desde las necesidades sociales de prevención general.

El debate funcionalista no resulta de una línea única, pues, los estudiosos del derecho han transitado por diversas tesis que desencadenaron bastos postulados como el funcionalismo absoluto que establece que cada costumbre, toda idea o creencia forma parte de una función esencial para la integración de la sociedad, en tanto, cada una contribuye para la función del objeto deseado. Así también, se habla de un funcionalismo relativizado, que deduce una funcionalidad de la sociedad, partiendo de la premisa de que no es posible afirmar que todo elemento social o cultural realice necesariamente una función indispensable.

Igualmente, podemos nombrar al funcionalismo estructural de *Talcott Parsons*, por su inigualable atención a las bases estructurales del funcionalismo, a través de una estructura social como un objeto de análisis sociológico. La importancia de la noción del estructuralismo se vincula a la afirmación para conformar conjuntos diferentes, en virtud de sus discrepancias. Por ende, el funcionalismo estructural destaca la relación entre las funciones y la sociedad misma, y busca determinar las funciones que deben ser desempeñadas por los miembros de dicha sociedad constituida.

Por otro lado, se encuentra, *Niklas Luhmann* con la tesis de que una estructura de sociedad sólo puede existir si el Derecho garantiza a los convivientes en una sociedad, un cierto horizonte conforme al que orientarse; es decir, la expectativa normativa. Las expectativas normativas no garantizan el éxito en los contactos sociales, pero disminuyen las posibilidades de fracaso. La defraudación no provoca que la sociedad abandone la expectativa (Feijoo & Bernardo. 2007).

Ahora bien, *Niklas Luhmann* –incluye la teoría de la diferenciación de sistemas y– refiere que dicha diferenciación solo es posible a través de la clausura autor referencial de los sistemas que están diferenciando. Además, observa la diferenciación progresiva de las sociedades a lo largo de su evolución temporal en diferentes subsistemas sociales –derecho, política, economía, religión, etc.–. Estas especializaciones son modos eficaces de reducir la complejidad y se caracterizan por ser todos ámbitos de comunicación (Montero, E.2008).

En esa línea Pérez Manzano, M. en la obra referente a la culpabilidad y prevención refiere: Para N. Luhmann el sistema social o la sociedad se compone tan sólo de comunicaciones y no de conciencias individuales; G. Jakobs, sin embargo, nos propone un sistema a la misma conciencia individual, al razonar en un delito como la

conducta por motivación subjetiva del individuo y de su conciencia, incurre en contradicción a la norma; o como sucede, por ejemplo, con su concepción de la culpabilidad, en la que da entrada a la responsabilidad del sujeto con un contorno de conciencia autónoma y libre que le produce incurrir en el riesgo de ser incoherente de nuevo con los presupuestos luhmannianos que dejarían estos aspectos fuera del sistema mismo si bien es cierto que la alternativa supondría caer en una incontrovertida instrumentalización rechazable de tal concepto, situándolo completamente al margen de la dignidad de la persona (1986. p.p. 170 y ss.).

Resulta importante comprender que los lineamientos del funcionalismo han repercutido en teorías jurídico-penales, al punto de repensar en la sociedad como margen de control y dentro de ciertas ideas filosóficas de carácter individualista. El fortalecimiento de los pensamientos actuales fue concebido a partir del fortalecimiento de la sistematización de una sociedad y del control a partir del derecho penal con una identidad normativa.

En consecuencia, vemos que la noción de una conducta ilícita, hoy día se encuentra relacionada como socialmente dañosa, y que la evitación de tal circunstancia, es trabajada por el funcionalismo mediante el fortalecimiento de la normatividad, en *post* de la seguridad jurídica y la congruencia de los alcances del *ius puniendi*. En tanto, los pensamientos modernos del funcionalismo penal alemán, como lo son, el teleológico moderado de C. Roxin y el normativo o radical de G. Jakobs van fomentando ciertos valores que se constituyen en vértices rectores, pero, con ciertas diferencias, atendiendo a que los valores para C. Roxin provienen de la política criminal propia de un Estado social, mientras que, para G. Jakobs dichos valores se construyen desde la teoría sociológica de Luhmann.

El debate entre lo teleológico y la normatividad sigue una línea de discusión que orienta la práctica de la política criminal, y la ocupación de roles en un sistema social. El estado actual de la dogmática alemana, es reflejo de ello, y repercute en muchos lectores iberoamericanos, pues, la teoría del delito en sus categorías aceptadas, a través del estudio de la acción, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, no se han visto afectadas, a excepción del intento propuesto por R. Maurach con una nueva categoría a la que denomino la atribuibilidad integrada por la responsabilidad por el hecho, y la culpabilidad. Sin embargo, la doctrina dominante ha optimizado el concepto de acción, sin confundirse con el concepto de realización típica, asimismo, el tipo es comprendido bajo una expresión del contenido de injusto, respecto a una figura de delito. Y el injusto, se infiere desde una integración del desvalor de la acción y desvalor de resultado.



La estructura valorativa del funcionalismo teleológico o moderado

La valoración jurídica del funcionalismo teleológico resulta determinante desde el punto de vista jurídico penal-social, esto, si se transita ante un sistema judicial en donde la ciudadanía reclama mayor seguridad jurídica como también una prevención general. Nos demuestra una evolución del derecho penal frente a una —ciencia jurídica— que es aclamada por la ciudadanía ante la sociedad de riesgo.

Se debe recordar que el funcionalismo teleológico surge como opositor del sistema finalista, conteste con la metafísica causas finales o finalidades de un ser. El precursor del funcionalismo teleológico o moderado es C. Roxin, quien en el año 1970 realizó una publicación jurídica a la que tituló: “Política Criminal y sistema del Derecho Penal”, generando una nueva dogmática, buscando superar a la tradicional finalista a través de las valoraciones de la política criminal a fin de encontrar solución a los diversos casos complejos que se dimensionaban jurisprudencialmente, y en una sociedad evolucionada con nuevos riesgos fácticos.

La génesis del derecho penal influyo en él para congeniar una tesis normativa —a pesar de que años más tarde G. Jakobs diría en el prólogo de su obra, que él resultaba ser el primer normativista—, pues, era tiempo de los normativistas jurídicos, sin cambios rotundos en el esquema tripartito del delito —tipicidad antijuricidad y culpabilidad—, pero sí, desde una intromisión del neokantismo, respecto a un mayor enfoque en la tipicidad objetiva o valorativa bajo dos aspectos, una descriptiva y otra normativa.

Es así que, la teoría funcionalista para C. Roxin se razona a partir de lo teleológico, que busca pregonar que la función primordial del derecho penal es controlar lo intolerable, por ende, explica que el derecho penal sirve para la protección subsidiaria de bienes jurídicos, a más de ello, deduce que el derecho penal busca la evitación de un hecho típico antijurídico y culpable. Evitar el intolerable peligro al bien jurídico es funcional con el principio de última *ratio*, sin embargo, la anti-legalidad que es el segundo sustrato del delito y la culpabilidad para el autor y profesor, se encamina en que la culpabilidad se encuentra compuesta de imputabilidad potencial por la conciencia de ilegalidad, por tanto, se concatena con la necesidad de la pena.

En otro sentido, la verdadera culpabilidad funcional se razona en el funcionalismo, a partir de la interrogante ¿La pena es funcional? Además de la potencial imputabilidad, la conciencia de ilegalidad es relacionada con una conducta diferente, que exige otro cuestionamiento ¿Resulta superado el principio de mínima intervención en derecho penal?

El hecho de que las penas, en general, se adviertan como instrumento inadecuado para la lucha eficaz contra la criminalidad, se deriva, en primer lugar, del hecho de que, a pesar de la existencia de las mismas, la criminalidad y la reincidencia siguen existiendo. C. Roxin señala: el delito existirá siempre, pues el mismo es producto de la imperfección de la naturaleza humana, y en la realidad social existen determinados ámbitos de la criminalidad en los que se advierte, además especialmente, la ineficacia de las penas para prevenir los delitos; así sucede con la criminalidad pasional, en casos de crisis existenciales o emotivas, en los supuestos de carencia de socialización familiar respecto a los niños potenciales delincuentes, en las balsas de miseria económica y en los ámbitos de la criminalidad organizada.

A pesar de ello, el citado autor sostiene que el derecho penal es necesario, pues resulta un instrumento imprescindible para imponer la paz jurídica y evitar la anarquía; no obstante, para el profesor de Munich: “la consideración de que con penas más duras se pueda lograr una reducción considerable de la criminalidad es considerada como errónea” (Arias M. 2006, p. 443).

En tanto, el injusto no se traduce directamente en antijuridicidad, aunque forme parte de la teoría del delito de Roxin. Es por ello que dicho injusto existe en todo ordenamiento jurídico y no solo en el derecho penal. Desde la política criminal se busca evitar conculcaciones y efectivizar las respuestas jurídicas, mejora la valoración de las causales de justificación y genera un ¿por qué? a las medidas de seguridad.

Cabe recordar que la teoría finalista que había sido desarrollada para comprender del delito, lo que emerge desde conducta misma —modificando y superando la determinación de la acción del causalismo—. Es, por tanto, que con el funcionalismo, C. Roxin empieza a criticar al finalismo, cuestionando ¿Para qué sirve el derecho penal?, a fin de prevalecer la idea de que el derecho penal analiza la conducta humana desde el enfoque que juega el —Derecho— en la sociedad. Así, C. Roxin propone delimitar la brecha entre la política criminal, la criminología y el derecho penal, generando un enfoque social al derecho penal, con una noción en base a la criminología y en la política criminal.

C. Roxin afirma la necesidad de una teoría personal del bien jurídico. Si ser parte de un Estado social y democrático de Derecho, en el sentido liberal de la ilustración, al derecho penal solamente le podría corresponder garantizar, subsidiariamente, una coexistencia pacífica, libre y socialmente asegurada a los ciudadanos mediante la protección de ciertas circunstancias —*Gegebenheiten*— y objetivos —*Zwecksetzungen*—. Por cierto, que los bienes jurídicos no serían simples portadores ideales de significado, sino, circunstancias reales, lo



cual no quiere decir que tengan que ser objetos corporales, sino solamente partes de la realidad empírica. De esta manera se admiten, dentro del concepto bien jurídico, tanto bienes individuales como también bienes de la generalidad, pero, estos últimos, sólo en la medida en que sirvan al ciudadano en particular (Abanto Vázquez, M., 2005).

No obstante, C. Roxin también nutre su sistema teleológico o moderado con base en los principios sociales, que los interpreta con los principios criminales introducidos en la dogmática y ante un estándar de político criminal sobre el hecho típico y culpable, eliminando lógicamente la atipicidad material.

Aproximación al funcionalismo normativo o radical

Se puede observar que, en los últimos años en Alemania, han quedado pocos finalistas, pues, el funcionalismo ha superado fronteras dentro de la dogmática penal. Una de las posturas del funcionalismo que se reconoce como normativo o radical, toma cabida a partir de los postulados de G. Jakobs, quien asume que la función del derecho penal es proteger la validez de las normas legales, por tanto, la norma legal es protegida por el derecho penal, en función de asegurar la vigencia y el debido cumplimiento. Para G. Jakobs el derecho penal protege los activos legales, y la vigencia del estándar legal.

Para el funcionalismo normativo, la sociedad se construye a través de una serie de valores por lo que cada sociedad lo tiene como propios independiente a otras sociedades, y estos valores se encuentran resguardados por la norma, por ende, la identidad de una sociedad se edifica en valor normativo. Por ello, es necesario mantener el orden y el respeto a los estándares de valores sociales, por lo que la función del derecho penal es precisamente garantizar la vigencia de dicho estándar para avalar a la autoridad, así se estructura en la teoría de sistemas de N. Luhmann, observando a la sociedad como un contexto de comunicación donde cada individuo cumple un rol determinado.

Mientras que C. Roxin sostiene que el derecho penal es subsidiario, pues, sirve para proteger el bien jurídico —principio de mínima intervención—, por otro lado, se encuentra G. Jakobs esgrimiendo que la intervención es inmediata, porque el derecho penal sirve para controlar lo intolerable. Así, establece que el derecho penal no es para protección subsidiaria, sino, el derecho penal sirve para dos cuestiones fundamentales, primeramente, para garantizar la vigencia de la norma, y, en segundo lugar, para hacer respetar dicha norma.

Lo radical se decide por la política de tolerancia cero, por consiguiente, G. Jakobs estudia a la sociedad como contexto de comunicación, donde cada individuo es una persona según el rol o la función a desempeñar. Establece fronteras de un contrato social entre los

miembros, donde en dicho contexto de comunicación cada persona jugará un papel en este contrato social, pues, cada individuo cumplirá expectativas evitando comportamientos contrarios a la norma legal.

Su funcionalismo radical busca una sociedad en donde exista una relación de confianza entre las personas, en el respeto a las normas legales. Ahora bien, un ilícito corrompe esta confianza, derrumba toda expectativa, y para ello, la ley penal entra en escena para restaurar la regla; es decir, devolver la confianza que todas las personas deben tener en relación al estándar legal.

Esta es la teoría normativista, fundada en que la función principal del derecho penal es proteger las normas legales, garantizar a la autoridad la validez de las normas legales. Una idea esencial del funcionalismo normativo sistémico es la determinación de la culpabilidad a partir de las necesidades sociales. Señala al respecto C. Roxin, que esta es la tercera novedad central de la concepción del delito de G. Jakobs y reside en que su noción de culpabilidad, a la que —de acuerdo con sus premisas de teoría de sistemas— equipara con el injusto, no se determinaría a partir de la constitución psíquica del autor, sino de acuerdo con las necesidades sociales de prevención general (Salazar Rodríguez, A, 2019).

En cierta forma, G. Jakobs defiende el valor de la regla, para garantizar a toda autoridad la vigencia legal, generando incluso una repercusión en cuanto al anticipo del delito, en donde la ley imputa —actos preparatorios— por el peligro *ex ante*, dicha extralimitación en el *iter criminis* no espera el ataque al bien jurídico, sino, infiere en el peligro previo para dicho bien jurídico, conductas que arrastren a un eventual acto ejecutivo para la situación concreta de peligro. Lo interesante de esto, es el debate que surge a partir de una interrogante ¿Cuáles son las conductas que no ponen en peligro el bien jurídico legal?

Debemos considerar que cada teoría repercutió en su época con relevancia extraordinaria, pero, como el derecho es dinámico, también las necesidades de la sociedad varían con el tiempo, por lo que los aportes de cada escuela, sin duda alguna, resolvieron varios problemas conforme a la época. Sin embargo, algunas teorías resultan un tanto limitadas para el alcance deseado, por ende, desde los años sesenta del siglo pasado, en todo este tiempo se han desarrollado esencialmente teorías que se fundamentan en el normativismo; es decir, en la normativización del derecho penal que se distinguen del causalismo y del finalismo, que eran teorías ontológicamente fundadas.

El funcionalismo jurídico penal a partir del normativismo de G. Jakobs empieza a surgir como una hipótesis de verificación de la responsabilidad del ciudadano. Para la tesis de G. Jakobs, el derecho penal es una teoría de la imputación, se pretende atribuir una



determinada responsabilidad a un sujeto competente por la infracción de una norma. Así, se habla de una teoría de los roles en cuanto que cada sujeto posee un determinado deber en la sociedad, y, por tanto, debe comportarse en sus deberes en consonancia a su rol, y debe corresponder a los parámetros que de él se espera desde el punto de vista normativo.

En tanto, el funcionalismo fomenta la protección de la norma jurídica, entonces, el normativismo ocupará mayor campo, inclusive en la punibilidad extralimitada del *iter criminis*, sancionando un delito desde actos preparatorios, porque quien determina la legitimidad del derecho penal es la sociedad, y construye sus propios valores definiendo lo que es relevante o no a través de sus órganos jurisdiccionales. Para G. Jakobs, no existiría problema jurídico que impida que el presunto peligro bajo actos preparatorios, sea suprimido.

No debemos olvidar, que G. Jakobs no fue el único que transitó por los inicios del normativismo, pues, C. Roxin se había plantado al finalismo de la época, con un normativismo que buscaba desechar el fundamento de la dogmática de exigencias ontológicas, pues, según él, debía basarse en decisiones políticocriminales como la función de las penas. Pero, dicha tesitura era efectivamente moderada, desde los principios de resocialización, subsidiariedad o intervención mínima, de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídico-penales, de humanidad, de culpabilidad en sentido amplio y de proporcionalidad que generaban un mayor despliegue de la dogmática, superando el finalismo de H. Welzel, pero menos rígido que el normativismo de G. Jakobs.

En ese orden de ideas, debemos considerar que G. Jakobs busca describir a quién el sistema jurídico trata como enemigo, de una mera constatación. Para G. Jakobs (2006) hay que distinguir entre un Derecho postulado, un Derecho-modelo y la estructura normativa real de una sociedad. En su opinión ser persona en derecho es algo sinalagmático, ya que requiere que el otro participe, y por otro lado, postular un derecho y tener realmente ese derecho no es lo mismo. Siempre según este autor “las normas necesitan de una cimentación cognitiva si se pretende que ofrezcan orientación, no basta con que puedan ser expuestas como correctas o plausibles, sino que es necesario que se establezcan” (p.101).

La inferencia dogmática de la teoría de la imputación objetiva

Debemos considerar el estudio de la imputación jurídico-penal, pues, su relevancia ocupa correlación con la interrogante respecto a lo objetivo de la conducta, consecuente con el juicio sobre el tipo subjetivo. Partiendo de una conjunción de principios y reglas sistemáticos mediante los que se normativizan las conductas de los ciudadanos.

Mir Puig (2003) menciona: “El concepto de ‘imputación objetiva’ nace en este clima,

en 1927 por obra de un civilista hegeliano, Larenz” (p. 3). Por su parte Zaffaroni E. (2003) refiere:

...Karl Larenz apeló a Hegel para replantear el problema como imputación, distinguiendo entre imputación objetiva y mero accidente, retomando el principio hegeliano de que la primera sólo puede afirmarse como la voluntad que permite la atribución de un acto como propio, para lo cual apelaba al promedio del hombre prudente de la teoría de la adecuación y remitía las características concretas del autor a la culpabilidad... (p. 465).

En tal sentido, ocupa interés el estudio contemporáneo de mayor trascendencia que se ha definido como la teoría de la imputación objetiva, esto es, desde la inferencia Hegeliana de C. Roxin y desde un perfeccionamiento Welzeliano de G. Jakobs.

En dicho orden, iniciamos por el funcionalista C. Roxin cuya teoría de la imputación objetiva conlleva ciertos rasgos que se diferencian de los postulados de G. Jakobs, pues, a raíz de su profundización en textos doctrinarios como aquella obra publicada en el año 1970, titulada “Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal”, se tornan visibles los puntos cardinales que sienta la hipótesis de C. Roxin, mediante la posibilidad objetiva de pretender, considerando la determinación de riesgo con la finalidad fijar un mecanismo descriptivo en la línea del nexo causal. Pero dicho riesgo, es visible desde la consideración objetiva del peligro hacia el bien jurídico, generando un análisis desde una creación de riesgo no permitido; riesgo en el resultado y el fin de protección de la norma.

Joschim Hirsch, Hans (2015) refiere que, para: “Roxin al comienzo de su exposición sobre la imputación objetiva, escribió que debe “aclararse como tiene que obtenerse la relación entre el sujeto del delito y el resultado para que el resultado pueda imputarse a un sujeto del delito determinado como su acción” (p. 440).

En tal sentido, el jurista alemán nos indica ciertos puntos a ser determinados durante estudio objetivo de la conducta respectiva, como la creación de riesgo no permitido, mediante la cual se razona a partir de una sociedad de riesgo. Por tanto, estamos ante lo jurídico-penalmente relevante, en donde ciertos riesgos no resultan de interés para la sociedad, en cambio, existen otros que conmueven a todos los ciudadanos por ser temerarios, y, por ende, debemos dilucidar la relevancia de la creación del riesgo y su implicancia para la sociedad a fin de razonar en una imputación objetiva.

Además, C. Roxin explica la exclusión de la imputación en caso de disminución del riesgo, que se genera en razón a que el sujeto intenta anular el ilícito mediante la realización de otro hecho típico de menor gravedad. Tal situación, implicaría la no imputación objetiva



por dicho acto de desviación de un resultado grave. Dal D. (2011) citando a Mir Puig menciona: “debe tratarse de un mismo bien jurídico, cuya titularidad pertenezca a un solo sujeto...que exista una misma relación de riesgo... y que el sujeto no esté obligado a reducir integralmente el peligro” (p.27).

Por lo demás, se destaca una exclusión de la imputación en el caso de ausencia de la creación de peligro, pues, evidentemente, resulta el perceptor de toda inferencia objetiva respecto a la conducta, por lo que, no habría razón de estudiar actividades que forman parte de la vida cotidiana. Pero, ello no quiere decir que se resta total importancia, sino, son atendidas en cuanto al aumento o disminución de riesgos que se encuentran regulados por la norma. Por consiguiente, la creación de peligro y cursos causales hipotéticos o la exclusión de la imputación en los casos de riesgo permitido deberán ser parte de un análisis moderado, siendo el riesgo permitido toda acción cotidiana de la sociedad de riesgo, que sólo resulta aceptada en el límite de lo permitido por la norma. Lo que se debe controlar es si existió un aumento del riesgo, caso contrario se procede a negar la imputación objetiva, porque el resultado se hubiera producido igualmente.

La esfera de protección o ámbito de aplicación de la norma será la línea de control para resolver fácticos en los que, aunque el sujeto ocasione un riesgo o inclusive generó el incremento de dicho riesgo permitido originando un resultado, sólo será imputable al no haberse producido dentro del ámbito de protección de la norma. El riesgo en el resultado implica “que un resultado sea imputable al sujeto, es indispensable que en la relación de causalidad exista una ‘relación de riesgo’, es decir, como relata Arquíno (2010) una vez creado el riesgo no permitido por la conducta del sujeto... se produzca el resultado” (p.32).

Según Zaffaroni (2002):

“Todo el análisis de Roxin es moderado por la norma, por ende, el fin de protección de la norma, resulta en proponer cierta limitación a la imputación cuando los resultados no estuviesen cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado limitativa del riesgo permitido, o sea cuando el resultado se hubiese evitado también si otro que realiza la misma actividad hubiese observado el cuidado debido” (p.472).

En cuanto a la aproximación a los vértices de la tesitura Roxiniana, el juicio de imputación objetiva implica analizar la disminución del riesgo; ponderar la creación de un riesgo jurídicamente relevante; examinar –el incremento del riesgo permitido y ser consecuente con la esfera de protección de la norma.

Continuando con el exhaustivo debate de la teoría de la imputación objetiva, debemos inferir en la tesis funcionalista de otro gran jurista del derecho penal contemporáneo como lo

es G. Jakobs (1997) quien expone:

La teoría de la imputación objetiva del comportamiento aporta el material con cuya ayuda puede interpretarse el suceso puesto en marcha por una persona como un acontecer socialmente relevante o irrelevante, como socialmente extraño o adaptado, como que socialmente ha de considerarse un mérito o, especialmente, como que destaca de modo negativo. Sin este material interpretativo, lo sucedido no es más que un conglomerado naturalista, en el mejor de los casos, algo que el individuo perseguía, un curso causal, o un curso causal psíquicamente sobre determinado: en todo caso, no es más que una amalgama heterogénea de datos que no han adquirido significado social. Sólo la imputación objetiva convierte dicha amalgama en algo comunicativamente relevante, en algo comprensible. Con otras palabras: sólo aquello que es objetivamente imputable puede denominarse en un sentido general "acción" (p.24).

Por cuanto a lineamientos se refiere, G. Jakobs se enfoca en que la causalidad no lo es todo para la imputación, sino, también debe ir acreditada la relevancia jurídica entre acción y el resultado ilícito, por ende, cuestiona a las teorías de causación, causalidad adecuada y relevante. G. Jakobs estructura su hipótesis a través de la sociología jurídico-penal, pero que debe ser analizada desde ciertos aspectos elementales para imputar objetivamente una conducta. Se razona en una sociedad donde existe un riesgo permitido; en otros términos, lo que la sociedad permite como un actuar normal, a pesar de poder generar peligro. Es así que estamos ante riesgos permitidos que deben ser realizados con el debido cuidado, por los sujetos conforme a sus roles en la sociedad.

En ese sentido, un clásico ejemplo radica en el siguiente fáctico expuesto por G. Jakobs (1997):

Un conductor que conduce a una velocidad de 69 kilómetros por hora por un lugar en el que está permitido y es adecuado conducir a 70 kilómetros por hora, no defrauda ninguna expectativa". Ergo, si dicho conductor se extralimita en lo permitido por la norma, sobrepasa el riesgo permitido y genera un peligro en su entorno. (p.50).

Otro punto a definir sobre la tesitura de G. Jakobs, es lo que resulta del Principio de confianza, pues, el autor, infiere que cuando se entrelazan las conductas, un ciudadano no podría controlar el actuar de los demás, por tanto, existe como una especie de confianza en que cada quien cumplirá con el rol debido. G. Jakobs (1997) menciona:

El principio de confianza puede presentarse bajo dos modalidades. En primer lugar, se trata de que alguien, actuando como tercero, genere una situación que es inocua



siempre y cuando el autor que actúe a continuación cumpla con sus deberes. ... p.ej. alguien entrega a otra persona un reloj ajeno de gran valor, y esto no causará un daño sólo si quien recibe el reloj lo coge con cuidado. Normalmente, puede confiarse en que así suceda. ...En segundo lugar, la confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con sus deberes, no ocasiona daño alguno... p.ej. el cirujano confía en que el material que utiliza en la operación haya sido convenientemente esterilizado. (p.30).

Pero, dentro de toda la construcción, se pretende una teoría de la imputación objetiva, se encuentra bien definido el postulado de la prohibición de regreso.

Explica Zaffaroni (2002), que:

Jakobs sostiene que se activa la prohibición de regreso (no puede haber imputación) si el deudor le paga a su acreedor sabiendo que con el dinero comprará un arma para matar a una persona, porque el deudor no se halla en posición de garante respecto de la vida de esa persona. Excluye la imputación aun por culpa, aunque el curso causal sea previsible (p.474).

Ciertamente, G. Jakobs (2000) ordena en dos niveles su teoría de la imputación objetiva: “La calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento); y, la constatación –en el ámbito de los delitos de resultado- de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado)” (p.23).

Por último, el sistema funcionalista de G. Jakobs (1997) expone: “en el lado de la víctima lo decisivo está en determinar si la víctima o, precisamente, el rol de alguien que configura la situación, es decir, de quien actúa a propio riesgo” (p. 37). Por tanto, razona en una actuación a riesgo propio de la víctima o competencia de la víctima, que propone examinar la conducta de la víctima en el hecho concreto. En tal sentido, el sujeto principal pasa a ser la víctima, por ende, se controla su comportamiento en los hechos causales.

Por ello, se puede describir distintas apreciaciones por parte de los dos grandes dogmáticos contemporáneos, respecto a los presupuestos de la teoría de la imputación objetiva, siempre acompañado del influjo del funcionalismo penal, por un lado, moderado y por el otro más normativo.

Conclusión

Se puede esbozar que la dogmática ha buscado los mejores postulados a ser considerados en la promoción de una construcción a la imputación objetiva de la conducta, en tanto, la repercusión que ha establecido el funcionalismo sistémico de N. Luhmann en la sociedad, con una pluralidad de subsistemas, en donde la sociedad no está compuesta por hombres, sino por comunicación, ha servido de base doctrinal para la adecuación de varias hipótesis que se fueron perfeccionando a lo largo del tiempo.

La teoría jurídico-penal ha consumido las esferas valorativas respecto de las tendencias o construcciones funcionales, así, la teoría de los sistemas de N. Luhmann desde una concepción de sociedad a través de la filosofía de carácter individualista, y su estructura sistemática de imputación, se ha fortalecido con la identidad normativa.

En los últimos tiempos el derecho penal ha advertido la interacción con una finalidad social, bajo exposiciones político-criminales, mientras que, el desarrollo del normativismo penal ha generado un análisis de cuidado en la sociedad de riesgo, legitimando diversas apreciaciones teóricas.

La identidad de la norma busca en sí, una mayor congruencia y sistematización de la legislación punitiva, con la finalidad de un ideal protector. El funcionalismo, busca equiparar los márgenes de los principios constitucionales y de la realidad social para proclamar la seguridad jurídica. Es sabido que, en su momento, otros postulados, como la teoría de la equivalencia de condiciones, buscaron equilibrar las interrelaciones en un contexto de subsunción, pero al tiempo y con las realidades sociales de riesgos, su alcance se ha vuelto limitado ante casos complejos de imputación. Por tanto, la dogmática emerge con un funcionalismo perfeccionado para la época de la mano de C. Roxin, y seguidamente de G. Jakobs, quienes han generado debates desde sus propias hipótesis.

Ambos juristas, han proporcionado a la dogmática penal, un postulado CON criterios y perfeccionado desde una imputación objetiva, que ha partido de G. Hegel a C. Roxin, para congeniar su imputación objetiva del resultado/funcionalismo moderado, mientras que, a raíz de la herencia constructiva de H. Welzel, su discípulo G. Jakobs ha edificado una hipótesis que promociona la imputación objetiva del comportamiento/funcionalismo normativo.

En este sentido podemos inferir en que la postura del normativismo genera una especie de función que busca devolver un orden a aquello defraudado. Por ello, G. Jakobs insiste en una auténtica teoría de la imputación, invirtiendo cuidado en la “culpabilidad”, comprendida tradicionalmente como el –poder de actuar de otro modo–, generando un análisis a partir de baremos sociales y crecientemente normativos. En tal sentido, los críticos a la postura de G.



Jakobs entablan el debate sobre una excesiva normativización y funcionalización de los conceptos.

Finalmente, podemos señalar que cada jurista ha transmitido la esencia de sus posturas con las respectivas características, a fin de superar los postulados del causalismo, finalismo y mejorando el neokantismo, en donde, la sociedad de riesgo, ha servido como punto de partida para ambos dogmáticos que desarrollaron una teoría de la imputación objetiva concebida como un instrumento de interpretación de las normas penales, bajo un conjunto estructurado de reglas que sistematizan la aplicación de la norma penal.

Referencias

- Abanto Vazquez, M., (2005) “¿Normativismo radical o normativismo moderado?”, en Revista Penal n.º16, disponible on line: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/247/237>
- Arias, M. (2006). Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical. Alicante: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho.
- Arquiño, M. et. al. (2010). La imputación objetiva como expresión de campo (Tesis de Postgrado, Universidad de San Martín de Porres).
- Dal, D. (2011). *Teoría de la Imputación Objetiva*. (Tesis, Universidad de Sevilla).
- Feijoo Sanchez, Bernardo; “La Normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación? Dianet. Soporte digital. 2007. Universidad de la Rioja, España.
- Günther Jakobs y Cancio Meliá. (2000) “El Sistema Funcionalista del Derecho Penal”. Editorial GRIJLEY, Primera Edición.
- Jakobs (2006), ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad», trad. de M. Cancio, en Cancio Meliá/Gómez Jara Díez (ed.), Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Montevideo-Buenos Aires: Edisofer.
- Jakobs, G. (1997). La imputación objetiva en el derecho penal. Buenos Aires: Ad-Hoc.



- Joschim Hirsch, Hans (2015). “Acerca de la Teoría de la Imputación Objetiva”, Revista Peruana de Ciencias Penales N° 9.
- Montero, E. (2008). El funcionalismo penal, una introducción a la teoría de Günther Jakobs. Trujillo, Perú: Ed. Trujillo.
- Pérez Manzano, M., (1986): Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Puig, M. (2003). Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, (05).
- Salazar Rodríguez, Alonso. (2019). El Funcionalismo Normativo Sistémico. Observaciones sobre su utilidad en la teoría de la pena y la teoría de las funciones del derecho penal.
- Zaffaroni, E. (2002). Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires.