

**EL FUNCIONALISMO NORMATIVO SISTÉMICO
OBSERVACIONES SOBRE SU UTILIDAD EN LA TEORÍA DE LA PENA Y LA
TEORÍA DE LAS FUNCIONES DEL DERECHO PENAL**

LL.M. Alonso Salazar
Catedrático de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

“por el perfeccionamiento de la teoría de la culpabilidad se mide el progreso del Derecho penal...”

Franz von Liszt¹

“La certidumbre es una ilusión y el reposo no es el destino del hombre.”

Holmes, O. W.²

Las primeras formas de conocimiento criminológico –uso el término en una acepción impropia porque de criminología no se puede hablar todavía- se desarrollan en este arco de tiempo en el que la clase burguesa conquista el poder político asumiendo el papel de la clase dominante.

Pavarini, M.³

¹ VON LISZT (1927: 390).

² HOLMES, O. W. The Path of the Law, p. 446. Tomado de SALAS (2012:87).

³ PAVARINI (1983:27).

La sociedad no tiene derecho a castigar a quienes violan sus leyes si ella no ha cumplido sus obligaciones con todos los miembros que la constituyen.

Marat, J.P.⁴

RESUMEN: El presente trabajo se concentra en la utilidad que pudiera tener el funcionalismo normativo sistémico en la teoría de la pena y las funciones del derecho penal, “en la actualidad el debate científico-político sobre la pena se ha transformado, como no podía ser de otro modo, en un debate sobre el Derecho Penal en su conjunto”.

PALABRAS CLAVE: Funcionalismo normativo sistémico, Teorías de la Pena, funciones del Derecho Penal, utilidad de la pena.

ABSTRACT: This paper focuses on the utility that could have the functionalism normative-systemic on the theory of punishment and functions of criminal law, because is a reality that “at present the scientific and political debate on the death penalty has become, in a debate on the Law Criminal as a whole”.

KEYWORDS: Functionalism normative-systemic, Theories of Punishment, functions of Criminal Law, usefulness of Punishment.

Fecha de recepción: 18 de mayo de 2015.

Fecha de aprobación: 3 de junio de 2016.

⁴ Citado por MELOSSI/PAVARINI (1985:79).

A) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la “moderna teoría del delito” [una primera precisión necesaria sería definir qué voy a entender por este concepto] para los efectos del presente trabajo y con carácter de definición “estipulativa” voy a ubicar dos corrientes: el funcionalismo normativo (Roxin) y el funcionalismo normativo sistémico (Jakobs).

Este artículo se concentra en la utilidad que pudiera tener [¡si es que la tiene!] el funcionalismo normativo sistémico en la teoría de la pena y las funciones del derecho penal.

“En la actualidad el debate científico-político sobre la pena se ha transformado, como no podía ser de otro modo, en un debate sobre el Derecho Penal en su conjunto”⁵.

No afirmo en este punto, que el funcionalismo normativo sistémico tenga o no alguna utilidad práctica, pretendo demostrar –acaso de una manera un tanto pretensiosa- si la tiene.

B) IDEAS BÁSICAS DEL FUNCIONALISMO SISTÉMICO

No procuro [por no ser el objetivo fundamental de este trabajo], presentar aquí una amplia exposición sobre el funcionalismo sistémico normativo⁶, me limitaré de manera sucinta a presentar aquí una síntesis muy condensada de la idea básica de dicho esquema de pensamiento.

Empezaré indicando que el funcionalismo sistémico⁷-normativo parte de

⁵ Así GARCÍA RIVAS (1996:29).

⁶ Para ampliar sobre el tema, remito al lector a mi artículo intitulado *La Teoría Post-Finalista Del Injusto Penal Roxin Y Jakobs*. Dos sistemas de pensamiento divergentes. El cual será publicado en el texto “*Derechos Humanos y Derecho Penal en un Estado Moderno y Democrático*”, libro homenaje a la Dra. Elizabeth Odio Benito, actualmente en preparación y próximamente en prensa, cuya publicación se espera para el mes de octubre del 2013. Con amplias referencias bibliográficas.

⁷ En castellano existe una obra que recoge los distintos puntos de vista de diversos autores hispanohablantes en torno a las principales ideas de JAKOBS, para quien desee ampliar sobre el tema se recomienda su lectura, es la publicación del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia: *Funcionalismo en derecho penal*. Libro homenaje al profesor Günther JAKOBS. Aparece en la bibliografía como

una idea básica de que lo realmente interesante desde el punto de vista jurídico penal, no es la afectación de lo que la teoría dominante llama “bienes jurídicos”, sino, más bien trata de delimitar lo que es un comportamiento socialmente adecuado o inadecuado⁸.

Esta conceptualización procura un abandono de las concepciones de base ontológica (causalismo y finalismo), para centrar la atención en el funcionalismo, es decir, que el fin de la pena determina el basamento del sistema en cuanto tal⁹.

En segundo lugar, dentro de lo que JAKOBS pretende, su sistema o mejor dicho, el sub-sistema jurídico penal, lo que procura [denominada función de prevención-integración], es el aseguramiento de la confianza institucional de los ciudadanos en el sistema social¹⁰.

Esta idea de estabilización del contenido de la norma se ve como única finalidad del derecho¹¹.

A partir de lo hasta aquí expuesto, este concepto de afectación de la vigencia de la norma¹² parte de la concepción hegeliana de que el delito es la negación de la norma y por consiguiente la pena se yergue como la negación de la negación y por tanto, de esa triada dialéctica el resultado vendría a ser el restablecimiento de la norma¹³ (en JAKOBS hay una clara influencia hegeliana).

Otra de las ideas básicas del funcionalismo normativo sistémico es la existencia de un injusto sin culpabilidad. La negación de la culpabilidad proviene

MONTEALEGRE (2003) por ser el coordinador. En particular sobre JAKOBS puede consultarse igualmente entre otras HEGGLIN (1997:119ss.) con amplias referencias adicionales.

⁸ Extraído del prólogo de JAKOBS (1996 b): 11-12).

⁹ Por otra parte, se le denomina sistémico por la adopción con carácter explicativo-justificativo de su entarimado teórico, de la teoría de los sistemas de NIKLAS LUHMANN.

¹⁰ El Derecho penal es un subsistema, enmarcado en el más amplio del Derecho, al que JAKOBS concibe como instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas.

¹¹ Señalan VILLAR/CAPUTO que JAKOBS y su escuela entienden al conflicto penal ya no como un conflicto sobre bienes, sino como un conflicto simbólico, de símbolos, de significados. Así VILLAR/CAPUTO (s.f.:5).

¹² Cfr. JAKOBS (1998:09).

¹³ Cfr. ROXIN (oct. 2012:14). Cfr. JAKOBS (1995:849).

de la idea de que el delito consiste únicamente en la desautorización de la vigencia de la norma pues ello presupone que todo actuar es culpable.

Una cuarta idea fundamental del funcionalismo normativo sistémico es la determinación de la culpabilidad a partir de las necesidades sociales. Señala al respecto ROXIN que esta es “la tercera novedad central de la concepción del delito de JAKOBS y reside en que su noción de culpabilidad, a la que -de acuerdo con sus premisas de teoría de sistemas¹⁴- equipara con el injusto, no se determinaría a partir de la constitución psíquica del autor, sino de acuerdo con las necesidades sociales de prevención general¹⁵.

En un quinto lugar dentro de esta presentación de ideas básicas en esta conceptualización se ubica la teoría del rol social. Esta teoría es uno de los pilares sobre los que se sustenta el edificio teórico del funcionalismo normativo-sistémico. Tomando en consideración el concepto de sistema social, el rol social no es otra cosa que la posición que ocupa la persona dentro de una sociedad de la cual forma parte. En el sistema normativista, el rol social juega un papel mucho más importante.

De la categoría del rol social, se deriva la categoría de la expectativa normativa. JAKOBS plantea la idea del rol social como una “máscara”¹⁶, en otras ocasiones el concepto se ha asemejado al de una “etiqueta en la solapa”. La idea es que dicho concepto tiene por finalidad identificar a determinados sujetos y más que eso, el papel que estos deben cumplir en la sociedad, más aun, qué se espera de ellos, de allí la idea de “expectativa”.

Existe también en JAKOBS una clara influencia de la doctrina del “daño intelectual del delito”, vigente en Alemania durante el siglo XIX. FRANCESCO CARRARA, uno de sus principales exponentes, sostiene –en una línea muy

¹⁴ Dentro del pensamiento de JAKOBS resulta bastante evidente la influencia de la teoría de los sistemas propuesta por NIKLAS LUHMANN, según la cual la sociedad no es sino un complejo de sistemas y subsistemas, dentro de los cuales se encuentra el sistema jurídico-penal, el mismo que aparece regido por una serie de reglas, los sistemas están además integrados por elementos. En el esquema de LUHMANN, el hombre aparece tan sólo como un elemento del entorno del sistema, dejando así de ser “el centro y fin de la sociedad y del derecho, sino tan sólo, un subsistema físico-psíquico, que resulta importante en la medida de su rol funcional”. Así REYNA (s.f.:199). Cfr. LUHMANN (1983); RODRÍGUEZ (1997:157).

¹⁵ Cfr. ROXIN (oct. 2012:15).

¹⁶ JAKOBS (1996:50).

similar a la de JAKOBS– “el fin primario de la pena” será “el restablecimiento del orden externo de la sociedad”¹⁷.

El concepto de “daño intelectual del delito”, en mi criterio se asocia con la huella mnémica (*Erinnerungsspur o Erinnerungsrest*) de la teoría psicoanalista, a partir de la percepción social del delito como una negación de la vigencia de la validez normativa.

Según lo percibo, por medio de la función de prevención general positiva en JAKOBS, lo que se pretende es la eliminación de esa huella mnémica en la sociedad, restableciendo la vigencia de la norma dañada y creando en el imaginario social la sensación de integridad del sistema jurídico por medio de un acto comunicativo de esa vigencia (negando la negación [delito] a través de la pena [negación de la negación], algo así en lenguaje sistémico como el restablecimiento de la función comunicativa del sub-sistema jurídico-penal y ello se da allí, donde previamente ha operado una comunicación disfuncional (delito).

C) FUNCIONES DE LA PENA EN LA OPINIÓN DOMINANTE

Los teóricos del derecho, se han preocupado desde siempre por atribuir a la pena una función específica. Para BUSTOS RAMÍREZ es asunto de tal entidad incluso, que se liga la teoría de la pena a la concepción de Estado¹⁸, porque, pues señala que evidentemente, no es lo mismo concebir la pena en un Estado absoluto que en un Estado de derecho y ni siquiera resulta igual dentro

¹⁷ Así REYNA (s.f.:200). En otra parte (p. 199), el mismo autor señala: No obstante que el referente a LUHMANN ha sido aceptado por el propio JAKOBS, su influencia en realidad no ha sido tan marcada como ha venido sosteniendo la doctrina crítica al pensamiento de JAKOBS, pues como afirman PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, sus seguidores en España: “la sociología del derecho de LUHMANN es sólo uno de los materiales del edificio erigido por aquel autor”. Los otros “materiales” con los cuales se ha edificado el pensamiento de JAKOBS son el pensamiento hegeliano y la llamada doctrina del “daño intelectual del delito”.

¹⁸ Pena y Estado son conceptos íntimamente relacionados entre sí. El Desarrollo del Estado lleva consigo el de la pena. La culpabilidad, consecuentemente, como fundamento de la sanción jurídica, ha tenido que adaptarse necesariamente a tales cambios. Bustos Ramírez y Hormazábal Malaree, en su completo estudio “Pena y Estado”, han señalado que la pena, -su sentido, funciones y finalidades- debe analizarse, para una mejor y más amplia comprensión, teniendo en cuenta el marco socioeconómico y la imperante forma de Estado en que tiene desarrollo tal sistema sancionador. Así VIDAURRI ARÉCHIGA (1982:4), citando a Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malaree.

de las diversas formas evolutivas que ha tenido el Estado de derecho¹⁹. Por mi parte, considero que la verdadera pregunta sería ¿necesita la pena tener un fin?, antes que asignarle una determinada finalidad y sobre ella pretender construir una teoría del delito. De la respuesta que se dé a la pregunta formulada dependerá entonces cómo se conciba el fenómeno jurídico-penal.

El punto es que claramente, la doctrina se decanta por un rotundo SI, la pena tiene un fin. Claro está, el problema surge a partir de allí, porque una vez que se afirma que la pena tiene un fin, habrá que justificar cuál es ese fin.

A partir de este último punto expuesto, a la crítica [a los abolicionistas por qué no] le queda bastante fácil constar empíricamente que el fin de la pena indicado, propuesto o manifiesto no se alcanza, o peor aún, que se alcanzan otros fines probablemente contrarios a los expresados²⁰, o bien, que resulta imposible la consecución de tales dichos fines, para que se cierre el círculo de lo absurdo y por consiguiente, quede al descubierto la flaqueza de la teoría²¹.

Voy a adelantar una idea, que será retomada en el apartado final de este texto. Creo que la pena como tal, NO TIENE NINGÚN FIN, lo que creo es que el derecho penal [el del castigo] si tiene muchos fines. De si esos fines se pueden o no expresar [o son fines no manifiestos] ese es otro asunto.

¹⁹ BUSTOS (1994:65), Ídem (1982:151).

²⁰ Téngase presente en este aspecto de igual forma, la perspectiva de la criminología crítica al respecto, la cual pone especial énfasis en cuanto a la composición del fenómeno jurídico-penal desde la óptica del poder económico como factor de discriminación y segmentarización de la sociedad. Al respecto pueden consultarse entre otros LARRAURI (1991), BARATTA (1986), TAYLOR/WALTON/YOUNG (1985), más reciente y en nuestro medio SALAZAR (2012) *passim*. Con una visión muy distinta pero igualmente ilustrativa en cuanto al Poder, véase FOUCAULT (1980) *in toto*.

²¹ Merece la pena recordar aquí por ejemplo, el apunte de MUÑOZ CONDE con respecto al ideal resocializador y quien considera que las críticas formuladas en su contra [...] son una muestra de la grave crisis del Derecho Penal contemporáneo, de sus contradicciones internas, sus fracasos y frustraciones, lo que ha llevado a un gran sector social a creer que el sistema penal sólo sirve para aumentar y mantener la desigual distribución de la riqueza. Apostilla REYNA ALFARO que "...el profesor de Sevilla se pregunta luego: ¿Hasta qué punto tiene sentido hablar de resocialización del delincuente en una sociedad que produce ella misma delincuencia?, ello, añade, puede pretenderse sólo en una sociedad con un orden jurídico social considerado correcto, caso contrario debería antes modificarse el orden vigente, por lo que, siguiendo a RÜNDE, afirma: "la resocialización es un problema que se encuentra, precisamente, en el centro de la tensión entre la adaptación del individuo y la reforma de la sociedad". Citado por: MUÑOZ CONDE, F. "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito", en: MIR PUIG, SANTIAGO (Ed.), MIR PUIG, S. "Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho", en: el mismo (Ed.), p. 131., citado por REYNA (s.f.:203).

De una cosa, sí, no me cabe duda y lo lanzo ahora como conjetura (POPPER), no conozco un Estado que haya renunciado por completo al ejercicio monopólico de la violencia estatal (pena)²², por lo tanto, el sistema penal es eficiente en hacer lo que hace, en alcanzar sus objetivos y en mantener su vigencia, de lo contrario hace tiempo habría dejado de existir, ¿qué es lo que hace, cómo lo hace, para qué lo hace, quién lo domina, qué pretende, etc.?, eso es otro asunto.

El problema creo, se ubica en otro plano, en pretender asignar al derecho penal –a manera de justificación- unos ciertos fines “razonablemente aceptables” de manera que bajo esa “razonabilidad” se puedan ocultar sus verdaderos fines o el “servicio” que presta.

En cuanto a la opinión dominante sobre los fines de la pena²³, existen al menos tres grandes teorías. “Las teorías absolutas de la pena son aquellas que intentaron responder al interrogante de: ¿por qué punir?, lo cual significa que las mismas miraban al pasado: por aquello de retribuir el mal ya causado, y por el contrario las teorías relativas también conocidas como utilitaristas pretendieron responder a otra pregunta: ¿para qué castigar? [De ahí que su denominación atiende a la idea de que] la imposición de la pena sólo se justifica si la misma atiende al logro de un fin, precisamente, el de ser útil para prevenir la comisión de delitos. En esta nueva visión, la pena no fue ya concebida como un fin en sí misma sino como un medio para alcanzar determinados fines: un medio para la prevención. En consecuencia, estas teorías se orientaron hacia el futuro”²⁴.

²² FELLER (1993:27), señala que el derecho penal es una de las manifestaciones más significativas del poder estatal.

²³ Al respecto se ha indicado: “no se trata en primer término de un problema teórico, ni por tanto de reflexiones como las que se suelen hacer en otros campos sobre el sentido de esta o aquella manifestación de la vida, sino de un tema de acuciante actualidad práctica” ROXIN, Sentido y límites de la pena estatal, (trad. Luzón Peña), en Problemas básicos del Derecho penal, Madrid, 1976, p. 11. Vid., similarmente, SILVA SÁNCHEZ, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona, 1992, p. 180. Cfr. GARCÍA CAVERO (s.f.:1) este último incluso afirma: La función de la pena debe informar todo el sistema penal, de manera tal que, de una u otra manera, tiene que influir en su operatividad. Tanto la previsión legal de la pena, como su imposición judicial y ejecución deben tener como punto de partida la función que la sanción penal cumple.

²⁴ RIVERA (2005: 27). Según HASSEMER Y MUÑOZ CONDE, al referirse a la diferencia fundamental entre la teoría retribucionista y las teorías preventivas, “sólo las teorías preventivas de la pena admiten la idea de que el Derecho penal se tiene que ocupar sistemática y conscientemente de dar una solución eficaz al problema de

Finalmente se habla de una posición ecléctica o teorías de la unión que toman algunos aspectos de las teorías absolutas y relativas de la pena antes indicadas. Aunque debe resaltarse que un sector de la doctrina las ubica como relativas, viéndose como una subespecie de éstas últimas.

1) TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA

Señala con razón GARCÍA CAVERO que las teorías absolutas de la pena sostienen que la pena tiene la misión trascendental de realizar el valor Justicia. Por lo tanto, no se encuentran informadas por criterios de utilidad social. Este punto de partida es asumido por las llamadas teorías retributivas de la pena que la definen como retribución por una lesión culpable²⁵. En su versión subjetivo-idealista, KANT sostiene que la ley penal es un imperativo categórico que impone la razón del sujeto individual sin atender a consideraciones de carácter utilitarista²⁶.

Estas son las también denominadas también teorías retributivas. Según quienes las defienden, KANT²⁷ y HEGEL²⁸ principalmente, “el contenido de la pena es el Talión, la función de la pena consiste en la realización de la Justicia”²⁹. Las posturas de ambos autores, si bien coincide en admitir la pena como un fin en sí misma, guardan notorias discrepancias en cuanto a la fundamentación que emplean, mientras KANT basa su formulación en

la criminalidad [debe preocuparse por prevenir la comisión del delito], por el contrario, la teoría retributiva-también llamada absoluta- no pretende un fin real, se agota en sí misma y no se preocupa lo más mínimo de las consecuencias que la pena pueda tener tanto para el condenado, como para los demás ciudadanos (éxito de la resocialización, efectiva intimidación, confirmación de la confianza de los ciudadanos en la vigencia del Derecho) [se agota en la aplicación y cumplimiento de la pena, sin mostrar resultados provechosos para el futuro desarrollo del Derecho penal. HASSEMER/MUÑOZ CONDE (2001:230-231).

²⁵ Al respecto señala ROXIN que “la teoría de la retribución ve el sentido de la pena no en la persecución de alguna finalidad socialmente útil, sino que, por medio de la imposición de un mal, la culpabilidad que el autor carga sobre sí mismo como consecuencia de su hecho es retribuida, compensada, expiada en forma justa”. Así, ROXIN (1993:16).

²⁶ Así GARCÍA (s.f.: 4) quien citando a JAKOBS afirma: Aunque últimamente JAKOBS, ha relativizado la rigurosidad de esta afirmación.

²⁷ Al respecto puede consultarse KANT (1978); Ídem (1983).

²⁸ HEGEL (1975).

²⁹ Citado por: JAKOBS (1995:21).

argumentos éticos, en HEGEL las razones son más bien de índole jurídico³⁰. Sin embargo, no sólo los filósofos mencionados han mantenido la tesis retribucionista de la pena, también la antigua ética cristiana mantuvo una posición similar³¹.

La consideración central de esta concepción es que la pena se fundamenta en imperativos racionales, es decir, es una necesidad racional, no tiene fines sociales³². En mi opinión esto es un absurdo, puesto que el derecho es un fenómeno social, no un fenómeno racional, es decir, el derecho lo he definido en otra parte³³ como el reconocimiento de una necesidad humana en relación con los demás, por lo tanto, pretender sostener que la pena tiene un fundamento exclusivamente racional no se me presenta como correcto³⁴.

2) TEORÍAS RELATIVAS DE LA PENA

A partir del entendimiento del derecho como un fenómeno social, por necesidad se impone al mismo tiempo la idea de que la pena debe cumplir algún fin. Por decirlo con RIVERA BEIRAS, esta conceptualización de la pena alcanzó

³⁰ Así REYNA (s.f.:192).

³¹ Cfr. JESCHECK (1981:9); MIR PUIG (1985:36), "... una concepción retribucionista de la pena en la antigua ética cristiana. Una teoría de la pena que se fundamenta en la retribución por el hecho (pecado) cometido, que necesita de castigo para su expiación, queda más cerca de argumentaciones de tipo religiosas que jurídicas..." Así VIDAURRI ARÉCHIGA (1982:17).

³² En su versión objetiva-idealista, la teoría de la retribución de HEGEL entiende que el Derecho, como objetividad de la voluntad, debe ser reestablecido ante la negación del delito (voluntad subjetiva del autor). Si bien la voluntad del autor, en tanto irracional, no podría afectar la objetividad del Derecho, la única forma de tratar al delincuente como un ser racional es darle a su voluntad subjetiva una pretensión de validez general. Así GARCÍA (s.f.:4), con referencias directas a HEGEL (1970:97); Ídem (1983:54).

³³ Como se indicara infra [me refería en ese momento a la inexistencia de una ley de ejecución penal en nuestro derecho], ...al no existir en nuestro medio una ley de ejecución penal, la materia referente a los "beneficios carcelarios" que un privado de libertad durante su ejecución pueda recibir, debe ser vista como eso, "un beneficio", es decir; lo primero por comprender aquí, es que ninguna necesidad de los privados de libertad, es reconocida como tal por el sistema y por tanto carecen de derechos [se dice que los tienen, al menos los derechos humanos, los civiles y políticos, pero cómo se hacen valer esos derechos y en qué medida se disfrutan, esa es otra historia]. SALAZAR (2012:166).

³⁴ El rechazo a las teorías absolutas de la pena se encuentra, más bien, en la opinión general de que la existencia del Derecho penal depende de la existencia de la sociedad, de manera que resulta imposible imaginar un Derecho penal desligado de su utilidad social. Si bien las teorías de la retribución pueden dar un criterio de referencia para la pena (culpabilidad), presuponen la necesidad de pena, por lo que no se encontrarían en posibilidad de explicar cuándo se tiene que penar. La necesidad de pena sólo podría determinarse atendiendo a los requerimientos del concreto sistema social. Así GARCÍA (s.f.:5).

su mayoría de edad con la aparición del Positivismo³⁵ el cual tuvo gran influencia en el desarrollo de la criminología. “Se centró de inmediato en el análisis de la personalidad de los infractores a la ley penal, buscando una explicación científica de la criminalidad. Para ello se partió del presupuesto básico del carácter singular y distinto del comportamiento delincuente con relación al comportamiento adaptado a las normas sociales y jurídicas”³⁶.

Señala GARCÍA CAVERO que si bien se suele reducir las teorías relativas a las que procuran fines de prevención, lo cierto es que cabe también otra orientación: las teorías de la reparación o re estabilización³⁷.

Las teorías de la prevención sostienen que la función de la pena es motivar al delincuente o a los ciudadanos a no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos³⁸.

Dependiendo de dónde surta efectos la citada motivación, surge entonces en la doctrina la diferenciación en cuanto a las existencias de tres distintas categorías: a) Prevención especial [negativa y positiva], b) Prevención general

³⁵ Para ampliar sobre el Positivismo v. RIVERA (2005:23-29).

³⁶ *Ibíd.* p. 24.

³⁷ Diferenciaba ya dentro de las teorías relativas, las de la prevención y las de reparación, BAUER (1830:300 y ss.). Recientemente, en el mismo sentido, LESCH (1994: 17 y ss.). Así GARCÍA (s.f.: 5).

³⁸ Téngase presente la relatividad del concepto como “fórmula vacía” apuntada por HEFENDEHL (2002), *passim*. Al respecto apunta ESER: “El surgimiento del concepto de bien jurídico en XIX y su posterior marcha victoriosa en el siglo XX –junto con sus repercusiones, consistentes en desplazar a la víctima de la concepción del delito y de su sanción- no puede comprenderse si no se tiene en cuenta lo que había antes del paradigma del bien jurídico y aquello en contra de lo que éste se dirigía. Sin que ahora sea posible retroceder demasiado en la evolución dogmática del concepto de bien jurídico y de sus contenidos esenciales, las líneas maestras de una consideración retrospectiva vienen delineadas por el hecho de que el “bien jurídico” se desarrolló como consecuencia del rechazo de la teoría de la “lesión del Derecho”, como la había defendido sobre todo, Feuerbach, quien a su vez se basaba en la doctrina de Kant, doctrina que debe considerarse en el contexto de la pugna entre opciones filosóficas iusnaturalistas y de la ilustración. Así ESER (1997:23). Como puede colegirse, el concepto de bien jurídico es una categoría jurídica instrumental.

Al respecto SALAS nos señala: “... [una] idea fundamental expuesta por ROXIN [es] en cuanto al derecho penal... su concepto de *bien jurídico*. De casi todos los juristas es conocida la gran ambigüedad que caracteriza esta noción y el largo debate que se ha dado, a lo largo de muchos años, en torno a su alcance y contenido. Con respecto a la definición de ROXIN de bien jurídico, apunta SALAS “...la definición de ROXIN (y otras que aullan con lobos en la dogmática penal actual) de lo que es un bien jurídico, no toma en cuenta un elemento esencial de la teoría metavalorativa de los postulados axiológicos; a saber, las **antinomias** en los objetivos perseguidos por una misma norma. Así, por ejemplo, “*las finalidades que son útiles para un individuo y su libre desarrollo*” (ROXIN), de hecho, pueden ser inútiles para otros o incluso, en casos dramáticos, dañinas o peligrosas (SALAS: en prensa).

[positiva y negativa], c) Teorías de la unión.

En cuanto a las críticas que se han formulado con respecto a las teorías preventivas, KANT y HEGEL por su parte, consideran que estas teorías rebajaban la dignidad del ser humano, esto por cuanto, el emplear al individuo en cuanto tal para la obtención de un fin, se le instrumentaliza³⁹. Para KANT, “las teorías preventivas consideran al condenado como un objeto del Derecho de cosas, convirtiéndolo en objeto de estrategias de mejoras en pro del bienestar común. Para HEGEL, las teorías relativas no respetan ni el honor, ni la dignidad del delincuente, sino que lo tratan como a un perro al que amenaza con un palo”⁴⁰.

Por supuesto que lo que subyace tras de todo esto, es la idea de poder dominar la voluntad del sujeto para evitar que cometa conductas delictivas, lo cual atenta en contra de su dignidad y principios tan elementales del derecho penal como la libertad y la voluntad.

A) PREVENCIÓN ESPECIAL

La motivación como tal, va dirigida al individuo, no a la colectividad⁴¹. Lo que busca la pena es motivar al individuo en el plano personal, por lo tanto no es una teoría a nivel de la norma, sino más bien a nivel de la ejecución de la pena.

En palabras de FOUCAULT la teoría de la prevención especial busca construir un sistema penitenciario abocado al tratamiento y por lo tanto a la misión de incidir en el alma del delincuente, mientras que un sistema penal seguidor de la retribución buscará únicamente incidir en su cuerpo⁴².

La comprensión de la pena como prevención especial estuvo contenida

³⁹ HASSEMER/MUÑOZ CONDE (2001:228).

⁴⁰ *Ibid.*, p. 231. ROXIN retoma esta última idea y al respecto indica que según HEGEL este critica que “estas teorías se fundamentan en la intimidación equivalente a levantar un palo frente a un perro, y así, como a un can se trata al hombre, y no de acuerdo con su dignidad y su libertad. Así ROXIN (1989: 55-56).

⁴¹ Para ampliar sobre el tema puede consultarse ROXIN/ARZT/TIEDEMANN Klaus, (1989: 25). También v. ROXIN (1993:19).

⁴² Parafraseando a Foucault, citado por HASSEMER/MUÑOZ CONDE (2001: 259).

en el proyecto político-criminal de VON LISZT⁴³, contando con un amplio desarrollo por parte del positivismo italiano⁴⁴. Según esta teoría, la pena debe intimidar al delincuente para que no vuelva a cometer hechos delictivos. Si es que la pena impuesta al delincuente no le produce un efecto intimidante, la teoría de la prevención especial establece que, en estos casos, la pena tendrá que asumir la labor de corregir a este sujeto inintimidable. Si finalmente el sujeto inintimidable resulta además incorregible, no quedará otra solución que su inocuización, es decir, su eliminación como peligro futuro de realización de nuevos delitos⁴⁵.

En resumen, la doble dimensión de esta concepción propone por un lado (el positivo⁴⁶), la resocialización del delincuente “resocializable”, por el otro (el negativo), la inocuización del delincuente “incorregible”. Es decir, visto de esta manera, “mejora, intimidación e inocuización son, en consecuencia los efectos directos de la pena, son las fuerzas motrices de la misma a través de las cuales la pena cumple su función de protección de bienes jurídicos”⁴⁷.

Una crítica que se formula frente a esta concepción es que no resuelve qué hacer con aquellos individuos que ya no necesitan ser resocializados, entiéndase aquellos autores imprudentes y ocasionales de delitos de poca gravedad, o inclusive autores de delitos graves, pero en quienes, sin embargo, no reside peligro de reiteración porque el hecho fue cometido en situaciones de conflicto irreparable o porque las circunstancias de tiempo modificadas hacen imposible su nueva comisión⁴⁸.

⁴³ Vid., VON LISZT (1970: 126 y ss). Citado por GARCÍA (s.f.:10).

⁴⁴ Para conocer sobre Franz Von Liszt y su Programa de Marburgo v. DE RIVACOBIA (1984: prólogo).

⁴⁵ Así GARCÍA (s.f.:10).

⁴⁶ La prevención especial positiva o resocialización es la finalidad de la pena que mayor aceptación ha tenido dentro de la doctrina penal que ha estudiado el asunto. A través de ella se busca reintegrar a la sociedad al infractor de la norma a través de su resocialización. Empero, tal aceptación no es del todo pacífica, sobre todo por las insuficiencias que el sistema penitenciario, encargado de la ejecución de la sanción penal, presenta, es por ello que actualmente se puede hablar de una “crisis de la resocialización”. Así REYNA (s.f.:202).

⁴⁷ ROXIN (1989: 60).

⁴⁸ Cfr. ROXIN (1993: p. 24). En la mayoría de sus escritos, ROXIN, al referirse a esta crítica, expone el ejemplo de: ¿Cómo se podría justificar desde una perspectiva preventiva especial, que por ejemplo, la punición de delincuentes nazis que hoy no son peligrosos y viven pasando inadvertidos en la sociedad?

B) PREVENCIÓN GENERAL

De acuerdo con esta teoría, el efecto motivacional, o intimidatorio de la pena tiene lugar en la colectividad, ya no en el plano individual. La diferencia entre el efecto negativo y positivo de esta teoría, radica fundamentalmente en cuanto a la forma de ese efecto. Desde PLATÓN en PROTÁGORAS es posible apreciar esta orientación: “quien aspira a castigar de modo razonable, no debe de realizarlo por el injusto ya cometido(...), sino en atención al futuro, para que en adelante ni el mismo delincuente vuelva a cometerlo ni tampoco los demás, que ven como se le castiga”⁴⁹.

B.1) PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA

El efecto intimidatorio de la pena pretende que los individuos –vistos como una colectividad- se abstengan de cometer hechos delictivos, precisamente por temor a ser sometidos a una pena.

B.1.1) A NIVEL DE LA NORMA PENAL

Señala GARCÍA CAVERO que la prevención general negativa mediante la conminación penal contenida en la norma penal fue formulada originalmente por FEUERBACH considerado el fundador de la ciencia penal alemana moderna⁵⁰. Según este autor alemán, la pena debe ser un factor de inhibición psicológica para que los ciudadanos no se decidan a cometer un hecho delictivo⁵¹. Este entendimiento de la función de la amenaza penal presupone que exista un vínculo psicológico entre el mensaje de la norma penal y los ciudadanos.

⁴⁹ JESCHECK (1993:63). Vid por todos REYNA (s.f.:195).

⁵⁰ Indicado así por ROXIN (1993), en MAIER Julio (Comp.) et al, p. 25.

⁵¹ FEUERBACH (1989:13). Citado por GARCÍA (s.f.: 6).

La crítica fundamental de esta concepción, radica fundamentalmente en la imposibilidad real y efectiva de verificar en el plano empírico ese efecto intimidatorio, amén de que no en todos los casos se puede afirmar de que los individuos conocen y tienen presente el contenido de la norma antes de cometer un delito, o que en ciertos delitos como los pasionales las motivaciones son muy distintas a otros supuestos, así como en formas de criminalidad económica o tributaria en donde en muchos casos, la pena no tiene ningún efecto disuasorio por cuanto el delito es visto como “negocio”, etc.

B.1.2) A NIVEL DE LA EJECUCIÓN PENAL

La prevención general negativa puede configurarse, por otra parte, en el plano de la ejecución de la pena. Esta variante de la prevención general negativa fue desarrollada por el filósofo inglés BENTHAM, quien coloca el efecto disuasorio de la pena en su ejecución⁵². La idea del modelo “panóptico”⁵³ de BENTHAM es que los ciudadanos puedan observar cómo se ejecuta la pena y ello les sirva de motivación para abstenerse de cometer hechos delictivos por temor a verse envueltos en una tal ejecución⁵⁴.

⁵² Vid., BENTHAM (1830). Citado por GARCÍA (s.f.: 8).

⁵³ Con respecto a este modelo, señalan Melossi y Pavarini: Como observa Foucault, repitiendo a Bentham, es en la cárcel donde se crea el laboratorio experimental de este proyecto global: la “máquina panóptica”, tiene como cometido producir un tipo humano que constituirá la articulación fundamental de la maquinaria productiva. Permítasenos repetirlo una vez más: no se trata de instituciones que sirven para la organización del trabajo capitalista sino de esta organización misma que de la familia a la escuela, al hospital, a la cárcel, etc., organiza un componente esencial de sí misma, aquella parte del capital de la cual solamente de ella es posible extraer plusvalor. Las prácticas formativas de las instituciones, las ideologías, las teorías que las rigen, sólo se hacen comprensibles a partir de esta necesidad esencial del capital de reproducirse a sí mismo, pasando por los distintos momentos de lo social, produciendo así, con su propia reproducción, una sociedad nueva. Así MELOSSI/PAVARINI (1985:71). Foucault al respecto señala: Los historiadores de las ideas atribuyen fácilmente a los filósofos y a los juristas del siglo XVIII el sueño de una sociedad perfecta; pero ha habido también un sueño militar de la sociedad; su referencia fundamental se hallaba no en el estado de naturaleza; sino en los engranajes cuidadosamente subordinados de una máquina, no en el contrato primitivo, sino en las coerciones permanentes, no en los derechos fundamentales, sino en la educación y formación indefinidamente progresivos, no en la voluntad general, sino en la docilidad automática. Así FOUCAULT (1984:175).

⁵⁴ En su versión clásica la prevención intimidatoria fue expuesta por BECCARIA y BENTHAM, quienes formularon sus propuestas atendiendo a criterios utilitarios, el primero –ante la pregunta ¿Cuál es el fin político de las penas?– llegó a decir “el terror de los otros hombres”, mientras el segundo, menos radical, afirmaba “la prevención general es el fin principal de la pena, y también su razón justificativa”. Así REYNA (s.f.:196) con referencias adicionales.

La crítica fundamental de esta conceptualización, se centra en el hecho de que constituye la instrumentalización del individuo con fines preventivos generales, la cual la deslegitima.

B.2) PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

En esta concepción, la función de motivación de la pena radica en la denominada “intangibilidad de los denominados bienes jurídicos”. Esto es, que el convencimiento por parte de la colectividad de la vigencia de esos determinados valores, le lleva al convencimiento de que debe abstenerse de arremeter en contra de ellos.

Claro que el problema que se presenta, es no sólo en cuanto a la determinación de esos ciertos “valores fundamentales” sino, el carácter autoritario de la imposición de estos valores de un colectivo [sociedad] frente a sus miembros [individuos].

Por otra parte, frente al delito, la función preventiva no tiene cabida, pues precisamente el derecho penal opera allí donde se ha cometido un hecho punible, es decir, con posterioridad a su comisión, de tal suerte, que no puede válidamente afirmarse que frente al hecho concreto la pena pueda llegar a tener efectos “preventivos”, así las cosas; la pena solo puede ser vista como una reacción al delito cometido y debe recurrirse a imaginar que ese denominado efecto preventivo, tendrá lugar hacia el futuro, para evitar la comisión de nuevos hechos punibles, reafirmando el valor de la norma que ha sido violada previamente, de manera que la colectividad se convenza [efecto intimidatorio] de su vigencia.

C) TEORÍAS DE LA UNIÓN

El inicio de las teorías unitarias es posible ubicarlo a comienzos del presente siglo [se refiere el autor al siglo XX] en Alemania donde MERKEL

conjuga criterios retributivos y preventivos ante las insuficiencias mostradas por las posiciones unidimensionales de la pena⁵⁵.

Dentro de las teorías de corte ecléctico destaca especialmente la llamada teoría de la unión o unificadora, según la cual la pena cumpliría una función retributiva, preventivo-general y resocializadora.

‘La idea central de esta formulación doctrinal es que todas las teorías de la pena contienen puntos de vista aprovechables, por lo que conviene aprovecharlos en una formulación conjunta⁵⁶.

Estas teorías datan de la primera mitad del siglo XX y lo que promulgan es un conglomerado de ideas respecto de la retribución y la prevención en su vertiente especial y general. Postulan que “la pena debe servir para retribuir la culpabilidad, sin dejar por ello de tener, por otro lado, un saludable efecto preventivo tanto en la generalidad, como en el delincuente condenado”⁵⁷.

ROXIN es quizás el principal exponente de esta concepción a través de su concepción dialéctica intenta alcanzar una síntesis que se manifiesta en tres etapas. Durante la amenaza punitiva se impone la prevención general como fin de la pena, al determinarse la sanción dichos fines preventivo-generales serán limitados por el grado de culpabilidad del agente, mientras que durante su ejecución la pena adquiere fines resocializadores⁵⁸.

Este es un aspecto novedoso y desde mi óptica trascendente en su planteamiento. Al asignarle a la pena fines preventivos, de esa función preventiva hace derivar la necesidad lógica de la pena, negándose esta última cuando aquellos fines no puedan alcanzarse. Aquí se ubica ROXIN dentro de las corrientes relativas de la pena –prevención general y especial al mismo tiempo-⁵⁹, la cuestión es prevención general antes de la comisión del hecho punible y prevención especial [positiva (resocialización)] una vez cometido el delito.

⁵⁵ Cfr. REYNA (s.f.:204), con referencias adicionales.

⁵⁶ Así GARCÍA (s.f.: 11-12).

⁵⁷ HASSEMER, MUÑOZ CONDE (2001: 228).

⁵⁸ Así REYNA (s.f.:204).

⁵⁹ Para ampliar sobre el tema cfr. ROXIN (1993:15 ss), cfr. JAKOBS (1998:35).

Dicho de otra manera, si la pena no cumple ningún fin, no tiene razón de ser. Se trata aquí de eliminar el carácter retributivo de la pena propio de las tesis kantianas y hegelianas (teorías absolutas), sustituyéndolo por un criterio funcional. En síntesis, el derecho penal tiene que servir para algo y ese algo es lo que le da validez⁶⁰.

Una de las críticas que se han formulado al planteamiento de ROXIN se ha dirigido a la contradicción que surge de la confluencia de aspectos retributivos, de prevención general y de prevención especial, que la doctrina ha denominado “antinomias de los fines de la pena”.

Sumamente crítico se ha manifestado, por ejemplo JAKOBS, para quien la propuesta de ROXIN constituye una “teoría de la unión de los restos” en la que “si bien no hay (ya) nada completo, tampoco queda nada eliminado por completo, de modo que la consigna es la de acomodarse en los fragmentos”⁶¹.

Durante el segundo momento, es decir, durante la determinación de la pena, los fines preventivos se ven limitados por el grado de culpabilidad del individuo; con ello, la culpabilidad deja de ser fundamento de la sanción, conforme exponen las teorías retributivas, y se erige como límite de la pena. Sin embargo, es este aspecto el que mayor debate ha provocado, sobre todo en los casos límite, en los que la medición y determinación de la pena atendiendo a la culpabilidad del agente puede provocar el cuestionamiento de la propia norma penal y la afectación de los objetivos preventivo-generales perseguidos durante el primer momento (amenaza punitiva). Para superar dicho problema ROXIN propone la llamada

⁶⁰ Una segunda idea por la cual ROXIN adquirió fama internacional, como fundador del funcionalismo penal, es por haber, presuntamente, introducido las consideraciones político-criminales dentro de la dogmática penal y, específicamente, dentro de la teoría del delito. La idea central... la expresa el autor de Múnich en estos términos: “*El derecho penal es más bien la forma en la cual las finalidades político criminales son introducidas en el modo de vigencia jurídica.*” Derecho penal y política criminal caminan, pues, de la mano, de tal manera que los principios y categorías de la política criminal deben siempre penetrar en el sistema del derecho penal. Así SALAS (En prensa: 6). Cfr. ROXIN (1973:Rd 7).

⁶¹ Así REYNA (s.f.: 206).

“teoría del espacio de juego” (“Spielraumtheorie”), que según este autor es: “la expresión teóricamente adecuada de una pena por la culpabilidad puesta al servicio de fines preventivo-generales (...) Pues no es sólo que, como todo el mundo admite, no se pueda reconocer la magnitud exacta de pena que corresponde a la medida de culpabilidad: es que tal magnitud no existe en absoluto, porque el sentimiento de justicia de la generalidad, a cuya satisfacción sirve la pena compensadora de la culpabilidad, sólo reacciona de antemano dentro de la amplitud de un determinado espacio de juego; sólo si se rebasa, se sentirá que una pena es demasiado severa o demasiado blanda”, es decir, no puede, por razones de intimidación, establecerse una pena que rebase el espacio de juego de la culpabilidad⁶².

El planteamiento de ROXIN no parece terminar de convencer y la teoría del espacio de juego se presenta como una estratagema convencionalista (POPPER) para procurar superar las críticas de dicho planteamiento pero en mi criterio no resuelve del todo el problema.

D) FINES DE LA PENA EN EL FUNCIONALISMO SISTÉMICO-NORMATIVO

Me propongo ahora analizar la función de la pena planteada en el escenario doctrinal por JAKOBS, con el propósito de verificar si es que con ello se ha ganado algo en relación con la situación preexistente a nivel teórico⁶³.

“El mismo JAKOBS denomina la función de la pena, al igual que su

⁶² Así REYNA (s.f.:205), con amplias referencias adicionales.

⁶³ Aunque su primer antecedente se encuentre en WELZEL quien afirmaba: “La misión principal del Derecho Penal no es, como creyó la teoría anterior, de índole preventiva, sino ético-social. La mera protección de bienes jurídicos tiene un objetivo negativo-preventivo, policial preventivo, mientras que la misión central del Derecho Penal es de naturaleza positiva ético-social”, sin duda, es el profesor alemán GÜNTHER JAKOBS el principal exponente de este criterio dogmático, en concordancia a su elaboración funcionalista del Derecho Penal, considera que la “misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma”. Con referencias adicionales, así REYNA (s.f.:197).

maestro⁶⁴, “prevención general positiva”⁶⁵, un análisis de su planteamiento muestra claras diferencias con la prevención general positiva de WELZEL. JAKOBS cuestiona que la función del Derecho penal sea motivar a las personas a evitar lesiones a los bienes jurídicos⁶⁶, en la medida que cuando el Derecho penal aparece en escena, éstos se encuentran ya lesionados⁶⁷. Por otra parte, los bienes jurídicos resultan lesionados en diversas circunstancias sin que el Derecho penal tenga que intervenir por ello (una persona muere por su avanzada edad o un automóvil se deteriora por el paso del tiempo)⁶⁸, así como el Derecho penal interviene muchas veces sin que se precise de la efectiva lesión de un bien jurídico (tentativa, por ejemplo). En consecuencia, la prohibición penal no es no lesionar bienes jurídicos, sino no realizar conductas que socialmente se consideren capaces de lesionar un bien jurídico”⁶⁹.

Esta conceptualización teórica de JAKOBS está íntimamente ligada con las ideas básicas del funcionalismo normativo sistémico ut supra indicadas. Del individuo se espera que ejerza un determinado “rol” social, dentro del sistema, “expectativa”. Lo que se espera del individuo es la observancia de esos determinados roles, como un “acto comunicativo” que posibilita el funcionamiento del sistema pues afirma la vigencia de la norma.

Al darse una ruptura en esa comunicación, opera una negación de la normatividad. Es lo que JAKOBS denominada un “acto comunicativo

⁶⁴ El sistema de pensamiento de JAKOBS inició como una revisión y corrección de la obra de su maestro Hans Welzel pero que terminó siendo un proyecto propio y muy distinto del de su mentor, dicha intención no pudo concretarse, pues lo que debía ser una nueva edición del Tratado de Welzel terminó siendo una obra completamente distinta, como advierten PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ, se convirtió en “el Tratado de JAKOBS”; PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO MELIÁ (1998:12). En la misma línea, ROXIN precisa “JAKOBS elabora el sistema más coherente que se ha opuesto al de su maestro Welzel”; ROXIN, CLAUS. “Problemas Fundamentales del Sistema del Derecho Penal”, en: ROXIN/MUÑOZ CONDE (2000:57); también: SILVA (2000:265). Así REYNA (s.f.:197). A la altura de la nota al pie 28.

⁶⁵ Vid., JAKOBS (2003:48).

⁶⁶ Vid., JAKOBS (1998:33).

⁶⁷ Para Lesch la denominación de esta teoría debería ser más bien la de “teoría retributiva funcional”, considerando que el contenido de dicho criterio oscila entre los postulados absolutos y relativos, los que unificados adquieren no sólo una dimensión dialéctico-hegeliana sino también utilitaria; con mayor detalle, véase: LESCH (1994:40). Así REYNA (s.f.:197).

⁶⁸ Vid., JAKOBS (2003:59 ss.).

⁶⁹ Así GARCÍA (s.f.:13).

defectuoso”, que transmite una pérdida de vigencia de la norma (negación). Con la negación de esa negación (delito), a través de la pena (negación de la negación)⁷⁰, el sistema lo que hace es restablecer la vigencia de la norma [restituye la comunicación], por medio de la triada dialéctica [delito-pena-vigencia] con lo cual, la colectividad entiende que la norma cuya vigencia había sido negada, ha sido nuevamente reafirmada (síntesis) como vigente [prevención general positiva].

Con base en lo expuesto, ha desaparecido el “daño social causado” por el delito y el sistema evoluciona hacia una nueva triada dialéctica *ad infinitum*⁷¹.

En este contexto de ideas, la pena no protege bienes jurídicos, sino que devuelve la vigencia comunicativa-social a la norma infringida por el autor de una afectación al bien jurídico⁷². Esa posición dogmática en JAKOBS, constituye un abandono de la función de la pena (teoría relativa), para retomar las concepciones de la pena retribucionistas (teoría absoluta) el individuo pasaría a ser una especie de “chivo expiatorio” con carácter simbólico frente a sus semejantes, con el propósito de lograr la pretendida afirmación de la validez de la norma, inaceptable desde todo punto de vista como apunta ROXIN.

ROXIN⁷³ señala que “en primer lugar, en lo que a la comprensión del delito como daño a la vigencia de la norma se refiere, no “puedo estar de acuerdo ni con la tesis de que el hecho típico estaría suficientemente caracterizado como ataque a la vigencia de la norma, ni con la idea de que un

⁷⁰ Se parte aquí, al igual que en las teorías retribucionistas de fundamento hegeliano. La Tesis de HEGEL... se puede sintetizar en su conocida frase “la pena es la negación de la negación del Derecho”; así, la voluntad del infractor, negación de la voluntad general, representada por el ordenamiento jurídico, habrá de ser negada, mediante la aplicación de la sanción penal, para que la voluntad general sea reafirmada. Cfr. VIDAURRI ARECHIGA (1997: 79 y ss.); MIR PUIG, S. “Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho”, en: el mismo., óp. cit., p. 36 y REYNA (s.f.:193).

⁷¹ ROXIN dice que la posición de JAKOBS en torno a la culpabilidad debe ser rechazada... “yo no niego – aclara ROXIN- que la imputación subjetiva solamente en necesidades de prevención general también esté influenciada por necesidades preventivas. Pero reducirla a eso, y aceptar la culpabilidad y la punibilidad sólo porque eso parece socialmente necesario, para decirlo de JAKOBS, para la “práctica de la fidelidad al derecho”, no es aceptable. Pues entonces el individuo no es tratado según la medida de su propia personalidad, sino como un instrumento de intereses sociales. Una instrumentación semejante atenta contra la dignidad humana y, ya por eso, no puede resultar una concepción de culpabilidad defendible.

⁷² Así GARCÍA (s.f.:14), con referencias adicionales.

⁷³ Así ROXIN (2012:16).

castigo solo sirve a la confirmación de la vigencia de la norma y de que ese fin se consigue en todo caso simplemente a través de la mera imposición del castigo.

De la misma manera con amplias referencias bibliográficas ROXIN⁷⁴ cuestiona la función de vigencia de la norma en JAKOBS, así afirma: "...lo dicho vale igualmente para la concepción de la pena en la teoría de JAKOBS. Si esta únicamente tiene sentido en la medida en que viene a confirmar la vigencia de la norma que el autor a través de su pública contradicción cuestionó, cabe preguntarse por qué es necesaria la imposición de una pena y su cumplimiento. Pues, una desaprobación pública del hecho típico expresaría la contradicción de manera igualmente clara. JAKOBS había atribuido inicialmente a la pena la función de "ejercicio en la fidelidad al Derecho" y con ello le otorgaba a la pena una función preventivo-general. Gracias a esto, JAKOBS obtuvo una gran repercusión. El hecho de que posteriormente abandonara este punto de vista y quisiera en su lugar atribuirle a la pena tan solo una función simbólica en tanto que confirmación de la vigencia de la norma, en un sentido completamente hegeliano, como negación de la negación del Derecho, ha sido fuertemente criticado. Posiblemente ha sido PUPPE quien ha mostrado un rechazo más categórico: "Una sociedad que no se compromete para lograr, al menos parcialmente, la observancia fáctica de sus normas, sino que solamente aprovecha el motivo que le otorga la infracción de la norma para llevar a cabo un ritual de auto-reconocimiento de que las normas continúan vigentes se vuelve

⁷⁴ Cfr. ROXIN (2012:16 s). Reformulierung des Strafrechts am Beispiel der Schuldlehre von Günther JAKOBS», Kritische Justiz: Vierteljahresschrift für Recht und Politik, (26), 1993, p. 33; SCHÜNEMANN, «Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland» en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, 1995, pp. 49 y ss, (50 y s.); EL MISMO, «Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft», GA, 1995, pp. 201 y ss. (217 y ss.); EL MISMO en SCHÜNEMANN (ed.), FS-ROXIN, 2001, pp. 1 y ss., (13 y ss.); FABRICIUS, Was ein Lehrbuch lehrt ... : eine exemplarische Untersuchung von JAKOBS Strafrecht - Allgemeiner Teil, 1998, *passim*; PUPPE, «Strafrecht als Kommunikation» en SAMSON (ed.), FS-Grünwald, 1999, pp. 469 y ss.; HÖRNLE, «Das Unwerturteil und der Schuldvorwurf- Inhalte und Adressaten» en HEFENDEHL (ed.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, 2005, pp. 105 y ss.; SACHER, «Systemtheorie und Strafrecht», ZStW, (118), 2006, pp. 547 y ss.; STRATENWERTH, «Sachlogische Strukturen» en PAWLIK (ed.), FS- JAKOBS, 2007, pp. 663 y ss.; SCHNEIDER, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus, 2004, p. 271.

inverosímil, cuando no ridícula⁷⁵.”

E) ¿UTILIDAD DE LA PENA?

Con base en lo expuesto, es claro que la doctrina mayoritaria, se ha inclinado por asignar a la pena una función⁷⁶. Esto es comprensible, porque el derecho penal, es eso, derecho de la pena, derecho del castigo. Resulta por consiguiente, absolutamente lógico pensar, que no es legítimo, ni válido y por demás, se presenta como absurdo, afirmar un sistema –sea este cual sea-, en el cual su componente principal, no tenga ningún fin.

Más aun, aquí se cae en una trampa lógica, a saber, que se afirma la pena como un mal necesario y consecuencia “fin” del derecho penal. Parece unánime la opinión, en el mundo científico del Derecho Penal a la hora de afirmar que la pena se justifica por su necesidad⁷⁷.

A dicha pena, se le pretende asignar una función que la legitime y a su vez legitime el sistema mismo. Es decir, de la consecuencia ulterior del discurso jurídico-penal, se pretende derivar el justificar ese discurso. A esto se le conoce como tautología⁷⁸, por cuanto se afirma que el sistema penal debe tener un fin, que el fin es la pena, que la pena como tal debe responder a los fines del

⁷⁵ PUPPE en SAMSON (ed.), FS-Grünwald, 1999, p. 472, citado por ROXIN (2012:16).

⁷⁶ Ya Foucault nos señalada desde hace mucho tiempo: La gran maquinaria carcelaria se halla vinculada al funcionamiento mismo de la prisión. Se puede ver bien el signo de esta autonomía en las violencias “inútiles” de los guardianes o en el despotismo de una administración que tiene los privilegios del lugar cerrado. Su raíz está en otra parte: en el hecho precisamente de que se pide a la prisión que sea “útil” en el hecho de que la privación de libertad –esa exacción jurídica sobre un bien ideal- ha tenido, desde el comienzo, que ejercer un papel técnico positivo, operar transformaciones sobre los individuos. Y para esta operación el aparato carcelario ha recurrido a tres grandes esquemas: el esquema político-moral del aislamiento individual y de la jerarquía; el modelo económico de la fuerza aplicada a un trabajo obligatorio; el modelo técnico-médico de la curación y de la normalización. La celda, el taller, el hospital. El margen por el cual la prisión excede la detención está lleno de hecho por unas técnicas de tipo disciplinario. Y este suplemento disciplinario en relación con lo jurídico es, en suma, lo que se ha llamado lo “penitenciario”. Así FOUCAULT (1984:251).

⁷⁷ DE TOLEDO Y UBIETO, E, (1981), recogiendo las palabras que expresara Maurach en su conocido Tratado de Derecho Penal: “existe unanimidad en que la justificación de la pena reside en su necesidad”. Citado por VIDAURRI ARÉCHIGA (1997:2).

⁷⁸ En el ámbito de la lógica, una tautología es una fórmula de un sistema que resulta verdadera para cualquier interpretación. En otras palabras, se trata de una expresión lógica que es verdadera para todos los posibles valores de verdad de sus componentes atómicos. Tomado de <http://definicion.de/tautologia/#ixzz2UDw9moK1>. Consultado el 24 de mayo de 2013.

sistema y que en tanto alcance dichos fines, legitima al sistema y prácticamente todos los autores señalan que la pena en cuanto tal, tiene al menos un determinado fin.

El verdadero problema se presenta, cuando pasamos del plano semántico al pragmático, es decir, cuando pretendemos verificar empíricamente lo que se ha afirmado en el plano teórico. Es allí en donde se descubre de cuerpo entero una realidad tan grande como una catedral: ¡la pena no sirve para lo que dice que sirve, retórica!

En el plano práctico, ninguna de las teorías de la pena cumple con su función, ya he expuesto las distintas críticas que se han formulado en cada caso. Mi cuestionamiento va un poco más allá, a saber, ¿será necesario justificar la pena?, ¿es indispensable para la legitimidad del sistema penal que la pena cumpla un determinado fin “legítimo”?

A la primera de estas preguntas mi respuesta es NO. Creo que la pena como tal bien puede ser concebida como un mal, el mal como tal no requiere de una justificación particular. La pena para mí, no cumple ninguna función, no evita el delito, no repone el daño causado, no motiva al delincuente y no afirma valor alguno. El delito no lo evita porque opera cuando éste ya se ha verificado. No repone el daño causado, porque para la víctima empíricamente nada representa [cuando mucho satisfacer su deseo de venganza]; ¿o es que alguien me va a decir a mí, que 10, 20, 30 o los años que sean de cárcel le devuelven a una madre a su hijo muerto?

Si la pena por sí misma tuviera algún efecto a nivel motivacional, como preventiva de delitos, bastaría con prever determinadas conductas como no deseadas y anunciar altas penas para que así pudiéramos dormir tranquilos de que su efecto disuasivo ha generado la conciencia necesaria en todos los individuos y ya no se verificarán más delitos, pero ¿qué nos dice la realidad?

Si la pena afirmara algún valor, si esa pudiera ser una función, bastaría con hacer una proclama de valores, una especie de listado de valores, ponerlos en el Himno Nacional del país, en el saludo a la bandera o cambiar el Padre

Nuestro por esta lista de valores “afirmados” y listo, se acabó el delito, no haría falta la pena.

¿Por qué afirmo que la pena no sirve para nada de lo que dice que sirve?. Precisamente porque entre el discurso formal y la realidad, existe una gran disociación.

Cuando los teóricos del derecho penal afirman determinados fines de la pena “ideales”, la realidad les lanza a la cara que están equivocados y que no tienen idea, que volteen su mirada a la sociedad y verifiquen si lo que dicen es o no cierto, y es entonces, en donde surgen las “estratagemas convencionalistas” para hablar con POPPER y los discursos alambicados, en donde los teóricos del derecho se enfrascan en grandísimas contradicciones y hacen unos esfuerzos enormes por tratar de dotar de sentido a un sin sentido, es decir, andan buscando la “cuadratura del círculo”.

A la segunda pregunta formulada, mi respuesta es un rotundo SI. Un sí, no porque la pena “deba tener un fin legítimo” en cuanto tal, si ya dije antes que ¡no lo tiene!, sino, porque se cree que al ser el derecho penal el derecho de eso, de la pena, del castigo, si se admite que no sirve absolutamente para nada de lo que dice que sirve, se deslegitima por completo y por ello se cae en un abolicionismo utópico⁷⁹. Ese sí, se presenta más como una necesidad lógica que empírica.

Lo cierto es que no, la pena tiene ya mucho tiempo de no servir para nada y sin embargo, ¡sigue sirviendo!; sirviendo a los fines del derecho, sirviendo a la sociedad, sirviendo al poder político, sirviendo al sistema. Aquí debemos detener nuestros corceles (SALAS), y reparar en algo. ¿Cómo es que la pena no cumple ninguno de los fines que dice que cumple y sin embargo sigue existiendo?, ¿Cómo es que el derecho penal, que se fundamenta en esa “pena inútil a sus fines manifiestos” sigue operando en prácticamente todas partes, a pesar de los grandes cuestionamientos que se le hacen?

⁷⁹ Al respecto pueden consultarse HULSMAN/DE CELIS (1984) *passim*, ZAFFARONI (1989).

Pues bien, he aquí mi tesis: la pena sirve a los fines del derecho penal y no el derecho penal a los fines de la pena. Propongo que hagamos una inversión del punto de vista, es decir, que dejemos de pensar que la pena tiene unos determinados fines y que el derecho penal es un instrumento para alcanzar esos fines, eso es un “sueño utópico”.

En su lugar, propongo aceptar que el derecho penal tiene unos determinados fines y que la pena resulta útil para alcanzarlos, de otra forma no me explico ¿cómo puede existir –y me atrevo a afirmar: seguirá existiendo-, una pena que no sirve para lo que dice servir, que se le critica fuertemente y sin embargo, se campea lironda por los discursos jurídico-penales?

De lo dicho me sobra evidencia: el derecho penal ha servido para fines políticos, económicos, sociales, de segregación racial, para perseguir minorías, para atacar a los enemigos (en el ámbito que sea), para acallar las masas, para perseguir a líderes no deseados o incluso a los amados, con efectos simbólicos, emotivos, para legitimar el poder, para desacreditar a ciertos agentes sociales, es decir, los fines alcanzables por medio del derecho-penal, son inconmensurables.

Claro está, que la teoría jurídico-penal ha sido hipócrita, deshonesto, no ha querido decir la verdad, le ha mentado abiertamente al foro, ha sido coorquestadora de esta gran farsa. Lo ha sido, porque por años ha tratado de justificar que el derecho penal persigue la justicia, se fundamenta en unos tales valores absolutos, responde a principios fundamentales del derecho, es garante de los derechos derivados de la filosofía de los derechos humanos y un largo etcétera, cuando lo cierto es que, ello no ha sido más que un disfraz para ocultar una cruda realidad, que en la práctica, el derecho penal es el derecho de las víctimas. Víctimas del delito y víctimas del sistema, víctimas sociales y víctimas de la sociedad, no es otra cosa. Imputado, condenado son sólo etiquetas que reciben las víctimas de la sociedad o del sistema.

La pena entonces sí es eficaz, es muy útil, cumple con una gran función, me atrevo incluso a afirmar, cumple un excelente servicio a los fines del

derecho. No a los fines manifiestos del derecho, no a los que hallamos en el discurso formal, a esos no, más bien es allí en donde encuentra mayores problemas de legitimación, sino a los fines “ocultos” que persigue el derecho-penal.

Ha sido tan útil la pena en sus “servicios”, que desde el punto de vista formal, se le ha defendido a capa y espada contra toda crítica, contra todo ataque, no se ha querido renunciar a ella de forma alguna, a lo sumo, se ha pretendido “sustituirla” por medidas alternativas, un tanto más laxas pero sustitutivas al fin y al cabo de aquella, sin renunciar a ella.

El problema claro está y será un asunto a tratar en otro lugar⁸⁰, es precisamente el procurar discernir con claridad cuáles son esos fines del derecho, que es eso que se “oculta” en el derecho penal, cómo se construye ese discurso, de dónde surge el delito, el delincuente, cómo se crean los delitos, cómo se juzga a las personas. Para mí, hablando con REICHENBACH, el problema es poder diferenciar claramente entre un contexto de descubrimiento y un contexto de validez. Los discursos actuales de la pena, no vuelven su mirada al primero de esos contextos, sino que se limitan y redundan en el contexto de validez en el plano teórico, alejados por completo de la realidad.

F) CONCLUSIÓN

No puedo decir que aquí concluyo este trabajo –bien habrase notado que este artículo es una provocación-, abro aquí un debate [doy el testigo a quien lo quiera tomar], para que analicemos y discutamos si lo dicho por mi tiene algún sentido o es un completo disparate.

Al fin y al cabo, se es libre de pensar lo que se quiera, pero una vez expresada la palabra uno se convierte en esclavo de las mismas. Ya lo he dicho, espero que alguien me conteste, no quisiera que éste sea otro ruido más en el bosque, o un diálogo de sordos, tampoco quiero que se crea que considero

⁸⁰ Remito al lector a mi libro Política Criminal y fenómenos de criminalización (SALAZAR 2012).

tener la última palabra al respecto, de eso nada, lo único que quiero es poder discutir al respecto y que de la discusión se puedan aclarar algunos de los aspectos aquí abordados en busca de un progreso del estado actual de la situación.

BIBLIOGRAFÍA

BARATA, A, (1986), *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Siglo XXI Editores, México D.F.

BAUER, (1830), *Die Warnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorien*, Göttingen.

BENTHAM (1830), *The Rationale of Punishment*, citado por **GARCÍA, P**, (s.f.), Sitio Web: Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, <http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=60&Itemid=27>, *Acerca de la Función de la Pena*, <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2005/21/21_Acerca_de_la_funcion.pdf>, [Consulta: 23 de mayo de 2013].

BUSTOS, J, (1982), *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá.

BUSTOS, J, (1994), *Introducción al Derecho Penal*, segunda edición, Edit. Temis, Bogotá.

BUSTOS, J, HORMAZÁBAL, H, (1982) citados por **VIDAURRI ARÉCHIGA**, *Pena y Estado*, en su libro *Bases críticas de un nuevo Derecho penal*, Ed. Temis, Bogotá.

DE TOLEDO Y UBIETO, E, (1981), *Sobre el Concepto de Derecho Penal*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, citado por **VIDAURRI ARÉCHIGA**, (1982), *Pena y Estado*, en su libro *Bases críticas de un nuevo Derecho penal*, Ed. Témis, Bogotá.

DEFINICIÓN DE, Sitio Web: < <http://definicion.de/>>, *Tautología*, <<http://definicion.de/tautologia/#ixzz2UDw9moK1>>. [Consulta: 24 de mayo de 2013].

FABRICIUS, (1998), *Was ein Lehrbuch lehrt ... : eine exemplarische Untersuchung von JAKOBS Strafrecht - Allgemeiner Teil*.

FELLER, C, (1993), *Orientaciones básicas del Derecho Penal en el Estado Democrático de Derecho*, en: **COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS**, *El Sol en la Ciudad. Estudios sobre prevención del delito y modernización penitenciaria*, Editora Nacional de Derechos Humanos, Santiago.

FEUERBACH, (1989), *Tratado de Derecho penal*, (trad. Zaffaroni/Hagemeier), Buenos Aires, citado por **GARCÍA, P**, (s.f.), Sitio Web: Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, < http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=60&Itemid=27>, *Acerca de la Función de la Pena*, <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2005/21/21_Acerca_de_la_funcion.pdf>, [Consulta: 23 de mayo de 2013].

FOUCAULT, M, (1979), *Microfísica del Poder*, Segunda Edición, Ediciones de La Piqueta, Madrid.

FOUCAULT, M. (1984), *Vigilar y Castigar*, Novena Edición, Siglo XXI Editores, México D.F.

GARCÍA, N. (1996), *El Poder Punitivo en el Estado Democrático*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca.

GARCÍA, P. (s.f.), Sitio Web: Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, <
http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=60&Itemid=27>, *Acerca de la Función de la Pena*, <
http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2005/21/21_Acerca_de_la_funcion.pdf>, [Consulta: 23 de mayo de 2013].

HASSEMER, W, MUÑOZ CONDE, F. (2001), *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

HEGEL, G. (1970), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en *Theorie Werkausgabe*, Moldenhauer/Michel (ed.), vol. 7, Frankfurt a.M.

HEGEL, G. (1975), *Filosofía del Derecho*, trad. De G. Bates, México.

HEGEL, G. (1983), *Die Philosophie des Rechts*, Ilting (ed.), Stuttgart.

HEGGLIN, M. F. (1997), *Más Allá de la Teoría de Günther Jakobs*, en **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia**, (1997), Año III, Número 9A, Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, Argentina, pp. 119-142.

- HÖRNLE**, (2005), Das Unwerturteil und der Schuldvorwurf- Inhalte und Adressaten» en HEFENDEHL (ed.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, 2005.
- HUSLMAN, L, BERNAT DE CELIS, I**, (1984), Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa, Ed. ARIEL, Barcelona.
- JAKOBS, G**, (1996 b)), *La imputación objetiva en el derecho penal*, Cuadernos Civitas, Bogotá, Colombia.
- JAKOBS, G**, (1995), «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken», ZStW, (107).
- JAKOBS, G**, (1995), *Derecho Penal. Parte General (Fundamento y Teoría de la imputación)*, trad. Cuello Contreras y Serrano-González De Murillo, Madrid.
- JAKOBS, G**, (1996), *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Editorial Civitas, Bogotá, Colombia.
- JAKOBS, G**, (1998 b)), *Sobre la Teoría de la Pena*, en **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia**, (1998), Año IV, Número 8A, Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, pp. 35-52.
- JAKOBS, G**, (1998), *La imputación objetiva en Derecho penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá), Grijley, Lima, Perú.
- JAKOBS, G**, (2003), *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, (trad. Cancio/Feijoo), Madrid.

JESCHECK, H, (1981), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. De Muñoz Conde y Mir Puig. Ed. Bosch, Barcelona.

KANT, E, (1978), *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

KANT, E, (1983), *Fundamentación metafísica de las costumbres*, trad. De García Morente, 8a edición, Espasa-Calpe, Madrid.

LARRAURI, E, (1991), *La Herencia de la Criminología Crítica*, Siglo XXI Editores, Madrid.

LESCH, H, (1994), *Intervención Delictiva e Imputación Objetiva*, trad. SÁNCHEZ-VERA, Bogotá.

LUHMANN, N, (1983), *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

MELOSSI, D, PAVARINI, M, (1985), *Cárcel y Fábrica: Los Orígenes del Sistema Penitenciario (Siglos XVI-XIX)*, Segunda Edición, Siglo XXI Editores, México D.F.

MIR PUIG, S, (1985), *Derecho Penal. Parte General*, 2a ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona.

MONTEALEGRE, E (coordinador) et al, (2003), *El Funcionalismo en Derecho Penal, Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, Bogotá, Colombia.

PAVARINI, M., (1983), *Control y Dominación, Teorías Criminológicas Burgueses y Proyecto Hegemónico*, Siglo XXI Editores, México D.F.

PEÑARANDA, E, SUÁREZ, C, CANCIO MELIÁ, M., (1998), *Un nuevo Sistema del Derecho Penal. Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de GÜNTHER JAKOBS*, primera edición, Edit. Grijley, Lima, 1998.

PUPPE, (1999), *Strafrecht als Kommunikation»* en SAMSON (ed.), FS-Grünwald.

REYNA, L. M., (s.f.), Sitio Web: Angel Editor, <<http://www.angeleditor.com/>>, *Las consecuencias Jurídicas del Delito en el Derecho Penal*, Capítulo VII, <<http://www.angeleditor.com/documentos/cap7.pdf>>, [Consulta: 05 de mayo de 2013].

RIVERA, I., (2005), *Recorridos y posibles formas de penalidad*, Anthropos, Barcelona.

RODRÍGUEZ, J., (1997), *La teoría de los sistemas y la prevención general positiva*, en: Libro de Ponencias del II Congreso Internacional de Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

ROXIN, C., (1976), *Sentido y límites de la pena estatal*, (trad. Luzón Peña), en Problemas básicos del Derecho penal, Madrid.

ROXIN, C., (1993), *Fin y justificación de la pena y las medidas de seguridad*, en **MAIER, J. (Comp.) et al.**, *Determinación Judicial de la Pena*, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires.

ROXIN, C, (2012), *Reformulierung des. Strafrechts am Beispiel der Schuldlehre von Günther JAKOBS*», Kritische Justiz: Vierteljahresschrift für Recht und Politik, (26), 1993.

ROXIN, C, (oct. 2012), Sitio Web: RACO: Revistes Catalanes amb Accés Obert, <<http://www.raco.cat/index.php/raco>>, *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania*, InDret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, <www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/260968/348124>

ROXIN, C, ARZT, G, TIEDEMANN, K, (1989), *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ariel S.A., Barcelona.

ROXIN, C, MUÑOZ CONDE, F, (2000), *Derecho Penal. Nuevas tendencias en el tercer milenio*, primera edición, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2000.

SACHER, (2006), Systemtheorie und Strafrecht, ZStW, (118).

SALAS, M, (2012), *Los Rostros de la Justicia Penal*, Isolma, San José.

SALAS, M, (en prensa), Ni ROXIN ni JAKOBS.

SALAZAR, A, (2012), *Poder económico y fenómenos de criminalización. Estudio sobre el concepto de poder político “derivado” y “oculto” hacia una teoría sobre la génesis del delito y el delincuente*, Isolma, San José, Costa Rica.

SALAZAR, A, *La Teoría Post-Finalista Del Injusto Penal Roxin y Jakobs. Dos sistemas de pensamiento divergentes*, sin publicar.

SCHNEIDER, (2004), Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus.

SCHÜNEMANN, B, (1995), *Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland*» en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte.

SCHÜNEMANN, B, (1995a), «*Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*», GA, 1995.

SCHÜNEMANN, B, (1998), en SCHÜNEMANN (ed.), FS-ROXIN, 2001.

SILVA (1992), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.

STRATENWERTH, (2007), Sachlogische Strukturen» en PAWLIK (ed.), FS-JAKOBS.

TAYLOR, I, WALTON, P, YOUNG, J, (1985), *Criminología Crítica*, Tercera Edición, Siglo XXI Editores, México D.F.

VIDAURRI ARÉCHIGA, (1982), *Penal y Estado*, en su libro *Bases críticas de un nuevo Derecho penal*, Ed. Temis, Bogotá.

VILLAR, A. H., CAPUTO, M. D., (s.f.), Sitio Web: Revista de Pensamiento Penal, <<http://www.pensamientopenal.com.ar/>>, *Falacia del Funcionalismo Sistemático Penal*,

<<http://new.pensamientopenal.com.ar/04022008/doctrina01.pdf>>,
[Consulta: 05 de mayo de 2013].

VON LISZT, F. (1905), *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, T. I (1875-1891), Berlín.

VON LISZT, F. (1927), *Tratado de Derecho Penal*, trad. De Quintiliano Saldaña y Luis Jiménez de Asúa, Ed. Reus, Madrid.

ZAFFARONI, E. R., (1989), *En busca de las Penas Perdidas*, EDIAR; Buenos Aires.