

# EL FUNCIONALISMO. PENSAMIENTO DE JAKOBS. PENSAMIENTO DE ROXIN

Juan Carlos Cabarcas Muñiz<sup>1</sup>

No es posible hablar de *funcionalismo* en el derecho penal contemporáneo sin preguntarnos el por qué y cómo llegamos a este dogma del derecho penal de nuestros días. Dogma que para este contexto no significa más que opinión y razonamientos.

Los objetos de estudios de las disciplinas – no hablo de ciencias- social - explicativas, suelen cambiar con no poca frecuencia. Así como en algún momento la criminología debió mutar o cambiar su objeto de estudio, su núcleo esencial explicativo, otras disciplinas, enfocan su saber en diferentes aristas, sin que ello comporte un cambio de esencia. Por ejemplo: la criminología en principio averiguaba del por qué el hombre delinque y posteriormente, terminó explicando el para qué el hombre delinque.

En efecto, en una etapa inicial cuando, el derecho penal no era considerado una ciencia y sus disciplinas auxiliares quisieron y pretendieron establecer por qué el hombre delinquía, ello llevó, al derecho penal, a transitar un largo camino evolutivo enseñando por qué el hombre llegaba al delito: y se dijo, que

el hombre nacía delincuente y se defendió la teoría del delincuente nato.

En ese momento histórico, esa conclusión, fue una genialidad de CESARE LOMBROSO.

No había más que indagar o averiguar: el ser humano nacía delincuente, estaba predestinado genéticamente a ser delincuente. Qué importaba en ese momento o cual la incidencia de la causalidad o el finalismo en el comportamiento humano para explicar el delito? Qué relevancia hubo tener el peligrosismo criminal frente a una conclusión de esa naturaleza? El derecho penal de *autor* frente al derecho penal de *acto* se espantaban y se reconocían en argumentaciones, unas sofísticas, otras eufemísticas y otras, certeras y de manifiesta, decidida y resuelta aceptación de tesis que confrontaban la razón misma y la naturaleza humana.

La morfología humana, identificaba, caracterizaba y revelaba al hombre delincuente. La antropología criminal tenía servida una doctrina fácil de entender para los penalistas y no ofrecía dificultad alguna al entendimiento

<sup>1</sup> Procurador Judicial Penal II No.83 de Cartagena. Abogado. Especialista en Derecho Penal y Criminología, y Magister en Derecho Penal. Docente Universitario. Email : jcabarcasm@yahoo.es.



de la sociedad **no** delincuente. Era cuestión de ser feo o agradable a la vista. Eran los rasgos físicos. Las asimetrías craneanas, los arcos superciliares, el tamaño de las orejas, de la mandíbula, los parámetros que orientaban quién era o no delincuente. Esto para nuestros días no deja de ser un ridículo sin vacilación alguna. Nacen así, los primeros brotes de discriminación racial y justamente ocurre en el seno del derecho penal, no de la ciencia penal. Seguramente el profesor **CESARE LOMBROSO**, (1835-1909) médico y criminólogo, más no penalista, nunca imaginó que su pensamiento se prolongara de manera perenne y perpetua en el tiempo y penetrara tan hondo al imaginario social del siglo XXI.

Aún en la sociedad moderna, la de nuestros días, la opinión de Cesare Lombroso sigue vigente. No hemos sepultado aún las ideas de Lombroso, únicamente se inhumó su cuerpo inerte. Sus ideas nos han perseguido hasta hoy. Negarlo es mentir sin sonrojo. Quienes se dedican al delito lo saben y se visten de "hombres buenos". Se visten para mostrar una apariencia que no asuste. Y esto les facilita el delito porque los llamados "buenos" se dejan atrapar en la confianza planeada por el "malo" y facilita el delito. Mujeres y hombres, le temen al hombre de facciones que no transmitan confianza. El profesor Lombroso le hizo un triste legado a la humanidad, del cual aún hoy, repetimos, no ha podido desprenderse. Le dejó el estereotipo equívoco del hombre delincuente. Y parece que todo se debió, no solo a su condición de médico y

no penalista, sino a circunscribir sus estudios única y exclusivamente a la población carcelaria de la época.

Pero este planteamiento entró, como tenía que ser, en crisis y entonces, hubo que buscar otra explicación, otra respuesta: el hombre delincuente no nacía tal, era un enfermo, un sicópata, delinquía porque sus procesos neurológicos anormales y mentales le predisponían a serlo. Para ese momento la siquiatria no tenía muchos avances para aportar y ayudar en la construcción o elaboración requerida del por qué el hombre era delincuente o llegaba al delito.

El anterior planteamiento, igual debió ceder ante otro de mayor fuerza: el delincuente es un desviado social: el hombre delincuente, no nace ni es un enfermo: es un *desviado social* que no se somete a las normas de convivencia social y le son indiferentes el derecho ajeno y los bienes jurídicos que debe respetar y que el Estado está en la obligación de proteger y lo intenta.

Así, la etiología del delito tiene una respuesta sociológica, socioeconómica, sociopolítica y hasta geofísica. El profesor EMILE DURKHEIM (1858-1917) hizo sus aportes en estos planteamientos. Recordemos la célebre frase de DURKHEIM sociólogo: "Amar la sociedad es amar algo más allá de nosotros mismos y algo en nosotros mismos". En esta construcción semántica quedaba retratado el pensamiento que la sociedad trasciende al indivi-



duo y está por encima de él incluso, y que como tal tiene el poder de influenciarlo en sus pensamientos y en su actuar. La sociedad tiene vida propia con independencia al individuo que la integra, enseñaba DURKEIM.

El delito y el hombre delincuente que lo ejecuta son producto del medio. El delito es un fenómeno social, es un problema sociológico. La sociedad misma producía al hombre delincuente y al delito. Ya el profesor ROUSSEAU (1717-1778) había dicho y enseñado en el Contrato Social: *“El hombre nace libre, pero en todos lados está encadenado”* y en la Educación que: *“El hombre es bueno por naturaleza”*. Para concluirse que el hombre nacía bueno y la sociedad lo corrompía. No hay quien ponga en duda estas sentencias del filósofo ROUSSEAU, las cuales no han perdido un milímetro de vigencia.

Incuestionablemente la conducta delictiva, desviada, anormal o socialmente dañosa, desde siempre, se ha pretendido y ha resultado explicada de manera bidimensional. Siempre han existido opiniones contrapuestas y yuxtapuestas sobre este objeto de estudio.

En efecto, todo ha sido el resultado de corrientes doctrinales, de grandes pensadores, de egocentrismos académicos, de posturas dogmáticas planteadas apodócticamente, de genialidades, de atrevimientos y de matrículas y fanatismos, en escuelas y posiciones como si se tratara de tomar partido en la postura ideológica y personal que más nos guste y simpatice.

De esta suerte, conocimos una gran *escuela clásica* del derecho con FRANCESCO CARRARA (1805-1888) a la cabeza y una *escuela positiva* liderada o regentada por el profesor ENRICO FERRI (1856-1929)

De manera tal que seguir los planteamientos del profesor CARRARA era no seguir los planteamientos del profesor FERRI. Y entonces se estremecía el derecho y se conformaban las corrientes de pensamiento y así, se defendía el delito como un ente jurídico, sin más consideraciones a que se trataba de la transgresión de la ley, era ésta en su capacidad definitoria quien señalaba qué era o no delito. Y por otro lado, con el profesor FERRI el delito estaba determinado por factores sociales que predisponían el actuar humano. Y nos siguieron los *fundamentalismos* y el *peligrosismo criminal*.

Debiendo decir que toda la explicación estaba basada en el ius naturalismo positivizado. El causalismo explicaba todo. El profesor FRANZ VON LISZT, (1851-1919) discípulo del profesor CARRARA. Enseñó que la acción era inervación muscular que producía un resultado y una modificación en el mundo exterior que no era irrelevante para el derecho penal.

La preeminencia de la causalidad para explicar el resultado delictivo, no solo era indiscutible sino incuestionable. Se llegó a excesos tales de prohijar y defender posturas que hoy nos sonrojan y nos deberían avergonzar como aquella de la equivalencia de las condiciones o causas en donde el delito



era el resultado de múltiples causas y no había ninguna causa superior a otra, todas eran iguales, todas eran equivalentes y todas eran causa del resultado delictivo. Por ello llegamos a conclusiones que igual era autor el que fabricaba el arma, el que vendía el arma, el que prestaba el arma, el que disparaba el arma y hasta el minero que extraía el plomo o el hierro con el cual se fabricaba el arma porque todo era responsabilidad de todos.

Será que en ese momento se habló de funcionalismo en el derecho penal? Será que en ese momento se habló de finalismo en el derecho penal? Será que en ese momento se habló de imputación objetiva? Será que en ese momento del derecho penal se habló de autoría mediata? Será que en ese momento se habló de la posición de garante? Será que en ese momento del derecho penal se habló de la teoría de los riesgos? Será que en ese momento del derecho penal se habló de la prohibición de regreso?

Esto muestra la involución y la evolución del derecho penal frente a una respuesta que el mundo de la "ciencia jurídica" necesitaba encontrar y dar. Y necesitaba encontrarla para darle respuesta al fenómeno social llamado delito que surgía en sociedad y requería una respuesta- intervención penal.

En algún momento surge la necesidad de simplificar: *conditio sine qua non*. Busquemos la causa superior, determinante, principal, importante y fundamental que produce el

resultado delictivo. Causalidad adecuada. Se hizo ejercicios de escuela: el intérprete, ese que hoy han dado en llamar el operador jurídico, cerraba los ojos y mentalmente hacía el ejercicio de retirar de un proceso mental de imaginación la causa que creía o suponía la productora del resultado delictivo y si aun quitándola, el resultado se producía, su ejercicio le permitía arribar a una conclusión: esa no era la causa del resultado. Pero si al quitarla el resultado no acaecía, entonces, había descubierto la causa del resultado delictivo que se reprochaba como socialmente dañoso. He aquí el primer esbozo de imputación objetiva. Y comienza a vislumbrarse que el derecho penal si podía constituir una ciencia. Si bien no tenía y no tiene la exactitud de las ciencias matemáticas, comenzó a explicarse el delito como el resultado de una ley natural: causa –efecto.

Todo esto nos puso a elucubrar y a argumentar sobre el desvalor de acción y el desvalor de resultado. Y se sucedieron los problemas críticos de los delitos sin resultado o delitos imperfectos, pero que había que penar porque ya no se reprochaba el resultado sino la sola intención o lo que es lo mismo, hacer el juicio de desvalor de acción.

De contera que no todas las llamadas causas productoras de modificaciones del mundo fenomenológico, calificadas de ilegales, antiéticas, amorales y desafiantes de principios y de reglas de convivencia, producían resultados positivizados como delitos (entes jurí-



dicos) pero, esas acciones merecían y debían una respuesta de la ciencia penal que intervenía la convivencia de los hombres. Recordemos nosotros que nuestro ilustre profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA llegó a proponer que se castigara el delito imposible porque la intención delictiva revelada por un agente, era indiferente si recaía o no sobre un objeto material tangible, lo importante era sancionar a quien estaba revelando era un peligro para la sociedad: *peligrosismo criminal*.

La sola causalidad no servía para explicar el delito y dar una respuesta certera. Nuestro Código Penal terminó reconociéndolo expresamente. Para fortuna del derecho penal, diría yo, aparece en el escenario el profesor HANS WELZEL y comienza a hablar del impacto y de la importancia de la intención en el derecho penal. La conducta del hombre está guiada por fines y todo en el ser humano tiene una finalidad. Pone Welzel un ejemplo sencillo para demostrar que la gran diferencia en todos los principios que informan la acción en la teoría del delito lo constituye la intención. Una muerte producida por un rayo disparado por la naturaleza, es igual a una muerte producida por una bala disparada por un hombre. La gran diferencia en este resultado estriba en que solamente en la muerte producida por la bala disparada por el hombre se puede hablar de intención porque, la intención solamente es predicable del ser humano y no de los fenómenos meteorológicos.

Se comenzó hablando de la intención y lue-

go se pasó a la finalidad de la intención y terminó el profesor WELZEL creando o dando origen a una gran corriente dogmática-jurídica que terminó auto denominándose el *finalismo* que conocemos hoy, expresando la célebre frase que el mundo académico conoce que *la acción en el causalismo es ciega y que en el finalismo es vidente*.

Es que si la intención tiene un fin. La conducta de los hombres se orienta por fines. No hay conducta humana entonces que no esté orientada a un fin. Luego la finalidad que persigue el ser humano con su conducta cuando está referida a los hechos que importan al derecho penal constituyen su conocer y su querer y es ese el dolo ubicado en la conducta humana desde cuando se idea y se efectiviza en el fáctico legal típico. Reaccionaron los causalistas señalando que se había dejado sin contenido a la culpabilidad y replicaban los finalistas que eran los causalistas los que habían vaciado de contenido a la tipicidad. Era cuestión de sortear en qué categorías se ubicaba el dolo y esto, marcaba la orientación teórico-académica del interprete.

Rompe el profesor WELZEL de un solo tajo lo que por años se había defendido: escrutar la intención, el querer, el conocer en una sede distinta a la culpabilidad. Se declaró la academia revolucionada porque un joven penalista como WELZEL había expuesto una verdadera posición luminosa y revolucionaria que había cambiado toda la doctrina del causalismo que enfrentaba problemas porque no podía expli-



car con suficiencia el delito tentado. Pero, de manera inmediata, le surgieron los problemas al finalismo porque no podía explicar adecuadamente el delito culposo, aquel comportamiento que se producía o acaecía justamente por no prever aquello que no escapa a la previsibilidad. Entonces eso que fue luminoso en el profesor WELZEL comenzó a tener problemas porque si todo era de cálculo, de intención y de fin cómo explicar que se obtenga un resultado por falta de previsión de un hecho que natural y mentalmente, no escapa a la acción humana de previsibilidad?

Y ya la academia sabe cuál fue la acrobacia que el finalismo debió hacer para explicar ese problema de argumentación y de soporte en el planteamiento doctrinal. Diciendo que hasta la misma imprudencia era voluntaria.

Obsérvese que a partir de los problemas de argumentación tanto del causalismo como del finalismo surge una nueva elaboración pragmática de la teoría del delito porque, existía la necesidad en la doctrina de ofrecer explicaciones lógicas, coherentes con el fenómeno delictivo. La imputación objetiva, sin atrevimiento alguno, surge casi que de manera exclusiva a resolver el problema del delito imprudente como lo llaman los españoles. Y la primera gran caracterización de esta elaboración conceptual de la imputación objetiva es quitarle la posición rectora a la causalidad en la construcción de la teoría del delito. Reitérase, no hacer desaparecer la causalidad como principio informador de la acción en la teoría del delito.

De ninguna manera, la imputación objetiva abandona la causalidad. Todo cuanto hace es limitar la preeminencia de la misma en la explicación del fenómeno delictivo y llegamos a toda una plataforma doctrinal del riesgo creado, riesgo permitido e incremento del riesgo y, entonces, en un mundo industrializado, modernizado, cosmopolita, atrapado por la tecnología y la biotecnología, las actividades peligrosas, riesgosas y el manejo de las fuentes de peligro, necesitaban una ciencia penal con una nueva ética y con una nueva cosmovisión del actuar y del comportamiento humano.

Ello, sin dejar de agregar, los planteamientos propios de la sociedad moderna referidos a la auto-tutela de los bienes jurídicos y la obligación y la activación del poder de evitación de hechos dañosos que afecten bienes jurídicos propios que gravitan y se asientan en cabeza de todos y cada uno de los ciudadanos.

Esa misma cosmovisión y nueva ética del derecho penal logra hacer conclusiones que en el pasado nadie vacilaría en calificar de absurdas: Se sostiene y se sostuvo: que en una sola y misma persona podían coincidir autor y víctima del delito. Repito: una misma persona podía ser autor del mismo delito que le hace víctima. Esa es una evolución doctrinal del derecho penal que adquirió vida propia y hoy el mundo jurídico habla de victimología. Y más aún, se enseña victimología primaria, secundaria y terciaria. Y esta evolución no tiene por qué espantarnos ni asombrarnos porque en esa misma línea debemos decir



que aquello de que la responsabilidad penal es personalísima también tiene su cuota de crisis. Ya ese concepto tampoco es tan absoluto como pudo pensarse.

Entonces frente a un mundo moderno: leyes modernas. Quién será más sabio y más inteligente? el señor legislador penal o el señor interprete de la norma penal?

El legislador penal debe imaginarse todos los casos posibles, hipotéticos y eventuales y tratar de incrustarlos en una norma positiva penal, sin que ninguna arista del comportamiento humano quede por fuera. Sin duda es una tarea mayúscula. El intérprete y aplicador de la norma penal debe tomar el hecho humano, el *factum humano* y armonizarlo y compatibilizarlo con la norma que le ha sido entregada y de la cual, a su vez, también es destinatario. Cuántas dificultades no ofrece esta tarea al interprete en su quehacer diario?

Y las dificultades, se ofrecen, justamente porque la gran discusión ahora está dada por saber qué es cuanto se protege: se protegen bienes jurídicos o la vigencia y el respeto de la norma?

Y entonces, hay que averiguar cuál es el ámbito de protección de la norma?

Qué fue aquello que quiso prevenir o proteger el señor legislador penal?

Qué es aquello que debe entender bajo el ámbito de protección de la norma el intér-

prete de ella?

Se protegen bienes jurídicos o se reclaman roles en la sociedad o se persiguen el cumplimiento de las expectativas sociales que la comunidad toda espera de todos y de cada uno de sus miembros?

Obsérvese que estamos frente a una situación casi siempre bidimensional: los afectos a la escuela clásica o los afectos a la escuela positiva.

Los cercanos al pensamiento del profesor CARRARA o los cercanos al pensamiento del profesor FERRI.

Los matriculados en el causalismo y los matriculados en el finalismo.

Los cercanos ideológicamente al funcionalismo teleológico moderado del profesor CLAUS ROXIN o los cercanos al funcionalismo radical del profesor GÜNTHER JAKOBS.

Por ello, hoy preguntarle a un penalista qué opina de la teoría del delito, primero hay que preguntarle a que escuela pertenece o a qué autor prefiere. Esos parámetros después de confesados nos darán la medida de entender posturas y posiciones y comprender la conceptualización de las opiniones jurídico-penales.

Cuánto tiempo gastamos en llegar a la conclusión que la conducta punible se da o acaece



por acción o por omisión. Y elaboramos todo un grueso planteamiento para decir que hay comisión propia e impropia, o lo que es lo mismo, comisión por omisión de un delito. Hoy el funcionalismo del profesor ROXIN nos dice que eso de la omisión en verdad no existe y que lo que verdaderamente hay es un incumplimiento de deberes. Y que cuando se incumple un deber se está ejecutando una acción positiva que produce un resultado que le importa al derecho penal y es sujeto de sanción penal.

Como dije al inicio: fue el profesor LOMBROSO quien hizo los primeros brotes de discriminación en el derecho penal. El profesor HANS Kelsen, mediante la argumentación y el razonamiento jurídico llegó a concluir que quien desobedecía la ley penal, no se comportaba como una persona y por tanto no podía ser tratado como tal en esa perfecta dimensión y el profesor GÜNTHER JAKOBS, siguiendo ese planteamiento Kelsiano, da a luz al derecho penal contemporáneo aquello que se ha denominado derecho penal del enemigo que tiene su partida de nacimiento en el artículo- conferencia publicado por el profesor GÜNTHER JAKOBS en el año de 1985 donde se refiere a la criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico. Ya no bastó ni bastaba, el concepto de los delitos de peligro abstracto. Se entregó a la ciencia penal una nueva postura de recortar garantías a los enemigos de la sociedad, a los que no se les debe tratar igual porque no se comportan como personas y el trato debe ser más riguroso y sus derechos fundamentales

pueden ser recortados o enervados. Esta doctrina penal, no admite beneficios ni gracias procesales para los enemigos de la sociedad. Es todo un derecho penal contrapuesto a un derecho penal de garantías o del ciudadano considerado, ese sí, persona para la sociedad y por tanto para él habrá otro derecho a aplicar. Será que el mundo moderno exige y reclama un derecho penal que discrimine y que enerve y debilite derechos fundamentales de quienes han infringido la ley penal? La respuesta a esta pregunta tendrá su matiz conforme al pensamiento ideológico de quien la contesta, dependiendo a que escuela del derecho penal pertenece y qué simpatías tiene con respecto al doctrinante que orienta al foro jurídico nacional e internacionalmente. No se olvide que tenemos la confesada tendencia a seguir lo foráneo, a prohijar el derecho comparado, lo cual no es malo ni inadecuado y diríamos, que indispensable. Pero, lo que no debemos abandonar jamás es nuestra idiosincrasia jurídica, nuestra cultura y nuestra realidad propia.

Es decir que podemos concluir que nada de lo que tiene que ver con el derecho penal está escrito en piedra, todo puede dejar de ser hoy como fue durante muchos años. Que aquello que defendimos de manera recia y fuerte, dejó de ser porque incluso hemos llegado hasta a traicionar la legalidad para hacer prevalecer una posición doctrinal expuesta sin intención académica egocéntrica por tratadistas conspicuos y sobresalientes del derecho penal.



O es que acaso nosotros tenemos positivizado aquello de la cadena de mando y de los aparatos organizados de poder? O tenemos positivizado aquello del autor material fungible o contingente? Aplicar esos planteamientos del profesor ROXIN no constituye algo de traición a la legalidad estricta? Examinemos nuestros artículos 29 y 30 del Código penal y podríamos decir que en ellos residen los planteamientos de ROXIN?

O es que nuestro derecho penal contempla o tiene positivizado o mejor, constitucionalizado, la estricta legalidad o legalidad flexible? A diario se producen sentencias con planteamientos y argumentaciones jurídicas que nutren a nuestras normas de planteamientos

que sus redactores no mencionaron siquiera al momento de la elaboración normativa. Esa es una verdad incuestionable. Que nos haga daño o no es tarea de la academia que tiene obligación de pronunciarse.

En el derecho penal, repito, no hay verdades reveladas ni verdades escritas en piedra. No hay posturas pétreas que no se puedan modificar y que no puedan pendular al libre pensamiento de quien las expone y las defiende con la autoridad que entrega el respeto ganado con la factura intelectual.

Hoy hablamos de funcionalismo: mañana de qué vamos a hablar?