

EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL ALEMANA Y SU PRINCIPAL INFLUENCIA EN LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS

● Oscar Daniel Castañeda Delgado*

* Maestro en Derecho Penal por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua. Abogado adscrito al Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua.
Correo electrónico: danielcastadel@gmail.com

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Dogmática penal**

Criminal dogmatics

○ **Causalismo**

Causalism

○ **Neocausalismo**

Neocausalism

○ **Finalismo**

Finalism

○ **Funcionalismo**

Functionalism

- Fecha de recepción: 8 de marzo de 2023
- Fecha de aceptación: 13 de marzo de 2023
- DOI: 10.57042/rmcp.v7i22.651

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto estudiar los antecedentes, evolución y desarrollo de la teoría general del delito procedente de la dogmática penal alemana, que ha influenciado a la mayoría de los países iberoamericanos para la estructuración de la parte general del derecho penal en sus respectivas legislaciones. Este estudio aportará al jurista moderno un conocimiento técnico-jurídico al estudiar las distintas categorías del delito: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; pues al conocer el desarrollo de la dogmática penal tendrá una mayor comprensión de la teoría del delito y contará con las herramientas necesarias para el análisis, interpretación y aplicación de la ley penal al caso concreto, y determinar de esta manera cuándo se está ante la comisión de un delito.

Abstract: The purpose of this paper is to study the background, evolution and development of the general theory of crime, originating from German criminal dogmatics, which has influenced most of the Ibero-American countries for the structuring of the general part of criminal law in their respective legislations. This study will provide the modern jurist with a technical-legal knowledge when studying the categories of crime: conduct, criminality, illegality and guilt; because by learning about the development of criminal dogmatics they will have a better understanding of the theory of crime and will have the necessary tools for the analysis, interpretation and application of criminal law to the specific case, and thus determine when a crime is being committed.

SUMARIO:

I. Introducción. II. La escuela clásica. III. La escuela neoclásica. IV. El finalismo. V. Los modernos sistemas funcionalistas de Claus Roxin y Günther Jakobs. VI. Conclusiones. VII. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

El siguiente trabajo es una breve antología de las cuatro grandes escuelas de la dogmática jurídico-penal alemana, que se aboca al estudio de las aportaciones realizadas por los principales exponentes en cada una de las distintas concepciones dogmáticas. Lo anterior en el entendido de que los tratadistas, aquí referidos, no son los únicos que han hecho aportaciones relevantes en Alemania, pues se trata únicamente de los autores que han logrado popularizarse en Iberoamérica. Por tal motivo, este artículo va dirigido a quienes tienen una primera aproximación a la dogmática penal, así como también a quienes ya cuentan con un amplio conocimiento de esta ciencia, pues en su contenido se desarrollan los conceptos básicos de cada una de las categorías del delito y se enumeran las innovaciones que se van suscitando cronológicamente en cada sistema para facilitar su comprensión, además de que se abarca la totalidad de los temas respecto de los autores aquí citados.

A lo largo del tiempo, diversos juristas han dedicado sus esfuerzos en la elaboración de una ciencia del derecho penal capaz de brindar a los ciudadanos una vida pacífica y segura, bajo la base de una convivencia democrática en la sociedad. Para lograr ese objetivo, el punto de partida de esta ciencia es la creación de la norma, que define a determinadas conductas como delitos y prohíbe, bajo la amenaza de imposición de penas o medidas de seguridad, la realización de las mismas.

Sin embargo, la aplicación de estas normas no es tarea fácil, pues el jurista no puede basarse únicamente en la interpretación gramatical del texto legal para determinar si se ha cometido un delito, ya que, si la conducta no se ajustara exactamente a lo descrito en la ley, esta no podría ser sancionada. Es aquí donde entra la labor de la dogmática jurídico-penal, que pretende analizar los preceptos del derecho penal positivo y producir los criterios generales de interpretación, que permitan encuadrar una conducta cometida en la realidad con el tipo penal descrito en la ley vigente.

Claus Roxin (1997) define a la dogmática jurídico-penal como “la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal” (p. 192). Gimbernat (1970) afirma que la dogmática jurídica establece los límites y construye los conceptos que facilitan una aplicación segura y calculable del derecho penal, y hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación (p. 158).

Esta ciencia tiene como finalidad el estudio del derecho penal positivo, al cual toma como un *dogma*.¹ Para llevar a cabo esta tarea, ha desarrollado un sistema estructurado de la teoría general del delito que se encarga de ordenar de manera lógica a todas las categorías que están relacionadas con el comportamiento punible, estas son: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Según la opinión más extendida, la *acción* es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que debe ser dominada o al menos dominable por la voluntad. Esa acción debe ser *típica*, es decir, debe coincidir con alguna de las descripciones de delitos que se encuentran contenidas en el Código Penal. Luego, una acción típica será *antijurídica* —o sea prohibida—, siempre y cuando no concurra a su favor una causa de justificación —como la legítima defensa—, que puede proceder de todo el ordenamiento jurídico, y no solo del derecho penal. Finalmente, una acción típica y antijurídica será *culpable*, siempre y cuando pueda serle reprochada a su autor, para lo cual, es necesario que el sujeto pueda ser lo suficientemente motivado por la norma, y que no exista a su favor una causa excluyente de la culpabilidad (Roxin, 1997: 194-195).

Estas categorías guardan un estricto orden secuencial que no puede ser alterado, pues, de lo contrario, estaríamos imposibilitados para realizar un análisis sistemático que nos permita determinar si se ha cometido un delito. De esta manera, solo después de encuadrar la tipicidad de la acción podemos analizar a la antijuridicidad, y finalizar nuestro estudio con la culpabilidad; del mismo modo, si no logramos superar a la tipicidad, no podríamos seguir avanzando a las demás categorías (Díaz, 2018: 121).

¹ La palabra dogma es un vocablo latino que significa “proposición tenida por cierta y como principio innegable; conjunto de creencias de carácter indiscutible y obligado para los seguidores de cualquier religión” (RAE, 2023). En la época actual, los dogmas son entendidos como *verdades de Fé*. El término “dogmática penal” es utilizado de manera metafórica, debido a que los juristas que interpretan la ley se encuentran limitados a creer en esta de manera obligatoria, tal y como si se tratara de un acto de Fé.

Gracias a la dogmática jurídico-penal es posible contar con un sistema estructurado de la teoría del delito que nos permite resolver, mediante un orden lógico, los casos que la realidad nos presenta, analizando cada una de las categorías antes mencionadas y encuadrando a la conducta con los preceptos establecidos en la parte especial del derecho penal, determinando de esta manera si se trata de un comportamiento punible.

No obstante, el desarrollo de la teoría general del delito es producto de un proceso largo, a través del cual se crearon los cuatro grandes sistemas de la dogmática jurídico-penal alemana: 1) *la escuela clásica*; 2) *la escuela neoclásica*; 3) *el finalismo*; y 4) *el funcionalismo*.

El breve estudio que aquí se presenta, hace una recopilación de los esfuerzos dirigidos a construir estos sistemas, estudiando a las categorías del delito y el contenido de cada una de ellas en sus diferentes concepciones dogmáticas. Para esto, comenzaremos analizando el sistema acuñado por Von Liszt y Beling, pasando por las aportaciones de Mezger y Welzel, para finalizar con las modernas teorías funcionalistas concebidas por Roxin y Jakobs, mismas que han ejercido una gran influencia alrededor de los distintos países del mundo para la estructuración de sus respectivos sistemas penales, y que continúan implementándose en Alemania al día de hoy.

II. LA ESCUELA CLÁSICA

Constituye la primera de las escuelas de la dogmática jurídico-penal alemana y surge a finales del siglo XIX, predominando hasta inicios del siglo XX. Sus principales exponentes fueron Franz von Liszt, Ernst Beling y Gustav Radbruch. También es conocida como la escuela *causalista*,² toda vez que estuvo fuertemente influenciada por el positivismo científico predominante en aquella época. Esta corriente buscaba edificar al sistema del derecho penal con base en las ciencias naturales —en su calidad de ciencias exactas—, implementando los factores externos y los procesos psíquicos internos, lo que trajo como consecuencia una división del sistema del derecho penal entre elementos objetivos y subjetivos (Roxin, 2008: 13).

²“Denominación dada por extensión al concepto clásico y al neoclásico de delito, que partían del concepto causal de acción, predominantemente objetivo, y defendían una concepción también predominantemente objetiva del tipo y de la antijuridicidad, mientras que lo subjetivo pertenecería fundamentalmente a la culpabilidad” (RAE, 2023).

Cuando Franz von Liszt (2007) publicó su famoso tratado de derecho penal en 1881, se asentaron por primera vez las bases de lo que sería el sistema clásico, en el que analizó de manera sistemática al delito y estableció como sus principales características las siguientes:

- a. El delito es siempre un acto humano; por tanto, actuación voluntaria trascendente al mundo exterior; es decir, la causa o no impedimento de un cambio en el mundo exterior. Nunca llegarán a constituir un delito, los acontecimientos fortuitos, independientes de la voluntad humana.
- b. El delito es, además, un acto contrario al derecho; es decir, un acto que, contraviniendo, formalmente, a un mandato o prohibición del orden jurídico, implica, materialmente, la lesión o peligro de un bien jurídico.
- c. El delito es, por último, un acto culpable; es decir, un acto doloso o culposo de un individuo responsable. (p. 351)

Von Liszt (2007) concibió a la *acción* como la primera categoría del delito, a la que definió como “la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impediendo de un cambio en el mundo externo”. Este concepto supone, en primer término, una *manifestación de la voluntad*, que puede consistir en la realización o en la omisión voluntarias de un movimiento corporal. Asimismo, la *volición*, que caracteriza la manifestación de la voluntad, y, por consiguiente, el acto, significa simplemente el *impulso de la voluntad*, al cual se le puede definir físicamente como la inervación y psicológicamente como “el fenómeno de la conciencia por el cual establecemos las causas” (p. 365-366).

Conforme a esta teoría, la acción era concebida como un proceso causal³ y bastaba para admitir su existencia que la manifestación de la voluntad se dirigiera a la realización de los movimientos corporales. Por tanto, para que hubiera acción no era relevante la intención del autor al momento de realizar el acto, sino la mera *causación de una modificación en el mundo exterior producida por un movimiento corporal*, proveniente de la voluntad. Esto traía como consecuencia que el comportamiento llevado a cabo por una persona con una enfermedad mental era considerado acción, aunque su voluntad se encontrara limitada por su condición de inimputable. Asimismo, se excluían de ser acciones los daños causados durante un ataque epiléptico

³ Pertenece a la causalidad. Significa “causa u origen de algo, o también condición de causal en una acción o fenómeno, es decir, de ser causa u origen de algo como su resultado, efecto o consecuencia. También se designa abreviadamente a la relación de causalidad o nexo causal, esto es, al nexo de unión entre una causa y su efecto. En el delito, entre una acción humana y como consecuencia suya un resultado descrito en el tipo” (RAE, 2023).

o los producidos por movimientos reflejos, al tratarse de actos ajenos a la voluntad.

No fue sino hasta 1906 que Beling (2002) acuñó el concepto de *tipo penal*⁴ —y que posteriormente daría pie a la creación de la *tipicidad*— que definió al delito como “la acción típicamente, antijurídica y culpable” (p. 74). Para este autor, la afirmación de que existen elementos *subjetivos* del tipo es producto de la confusión de este concepto con la figura delictiva, cuya faz subjetiva es la *culpabilidad* —dolo o culpa— y, en este sentido, afirma que el tipo solo puede ser la *copia de un hecho externo sin referencia a lo interno del autor* (Beling, 2002: 84). Por este motivo, la primera concepción de la tipicidad era meramente descriptiva y libre de valoración, pues se conformaba únicamente por los elementos externos u objetivos del hecho, y dejaba de lado cualquier elemento interno o subjetivo que, como veremos más adelante, esto era exclusivo de la culpabilidad.

En cuanto a la *antijuridicidad*, esta fue concebida en un sentido predominantemente *formal*, que consiste en la contravención de la conducta con el orden jurídico.⁵ Al respecto, Beling afirmaba que hablar del aspecto *material* de la antijuridicidad *carecía de utilidad*, pues mientras que el aspecto formal significa siempre la contradicción al orden jurídico, la palabra “material” hace alusión tan solo al contenido; esto es, a la conducta humana, que es formalmente antijurídica. En consecuencia, en toda antijuridicidad *se encontraban unidos lo formal y lo material* (Beling, 2002: 45).

Como hemos dicho anteriormente, esta escuela estuvo fuertemente influenciada por el positivismo científico del siglo XIX, época en la que acontecieron los grandes cambios que revolucionaron a las ciencias naturales. Por lo tanto, no es de sorprender que los conceptos jurídicos aquí desarrollados tuvieran esta dirección, enfocándose en los hechos ocurridos en la realidad y que son perceptibles a través de los sentidos, dejando fuera toda clase de valoración subjetiva del hecho.

Finalmente, el aspecto valorativo del delito fue concentrado en la categoría de la *culpabilidad*, que era entendida como el nexo psicológico entre el hecho y su autor, y que podía adoptar la forma del dolo o la culpa. Según

⁴ El concepto de tipo hace referencia a las descripciones de los preceptos contenidos en la parte especial del derecho penal, tales como son el homicidio, las lesiones, el robo o el fraude, por citar algunos ejemplos. De esta manera, es necesario que la conducta del autor corresponda con la descripción del delito (tipo) contenida en el Código Penal, o, de lo contrario, ésta no podrá ser sancionada (Roxin, 2008: 11).

⁵ Esto significa que la conducta típica debe ser contraria, no solo a lo dispuesto por el derecho penal, sino a todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, pues de la realización de un tipo penal puede desprenderse una causa de justificación procedente de alguna otra rama del derecho (Roxin, 1997: 195).

Beling (2002), “el *dolus* significa reprochar al autor el hecho de no haberse detenido ante el pensamiento de estar obrando antijurídicamente; la *culpa*, reprochar al autor el hecho de desconocer la antijuridicidad de su conducta, debiendo no haberla desconocido” (p. 105). Lo que pasaba en la psique del sujeto no tenía relevancia en las dos categorías anteriores, por lo que, para poder evaluar el dolo y la culpa, había que avanzar hasta la culpabilidad, lo que imposibilitaba la valoración de ciertos delitos que incluyen el elemento del dolo en su descripción, tales como son el robo, el fraude, la violación o el abuso sexual.

Para definir a la culpabilidad, Von Liszt (2007) afirmaba que este concepto comprendía tan solo la relación subjetiva entre el hecho y su autor, la cual solo podía ser psicológica (p. 406). En el mismo sentido, Radbruch (2002) sostenía que la culpabilidad abarcaba solo el contenido de la voluntad, es decir, la relación psicológica del autor con el resultado (p. 15). Este denominado *concepto psicológico de la culpabilidad* se enfrentó con la contradicción que se generaba al tener que excluir la culpabilidad donde se daba la relación psicológica —como en el caso del estado de necesidad disculpante, en donde un náufrago mata voluntariamente a otro para salvar su vida—, y tener que afirmarla en donde no se daba relación psicológica alguna —como sucede en el caso de la culpa inconsciente, en la que el autor no se representa la posible realización del tipo—, lo que llevó finalmente al rechazo de esta teoría (Jaén, 1994: p. 26).

Lo anterior conduciría a que Reinhard Frank desarrollara el concepto de la culpabilidad normativa en 1907, en el cual, afirmaba que el nexo psicológico entre el autor y su hecho no era suficiente para determinar la culpabilidad, pues era necesario, además, que el resultado le fuera reprochable, con base en su capacidad de comprender el hecho —mejor conocido como la *imputabilidad*—, que en el sistema clásico figuraba como un presupuesto de la culpabilidad, y no como uno de sus elementos.

En resumen, la escuela clásica introdujo las categorías del delito concebidas por Von Liszt y Belling, en un sentido exclusivamente objetivo a nivel del injusto y enteramente subjetivo en la culpabilidad. Así, el injusto se mantuvo limitado al marco de los factores externos de la conducta, mientras que la culpabilidad contenía todos los elementos anímicos que vinculaban al autor con el hecho punible. Sin embargo, las deficiencias que presentaba este sistema condujeron a que posteriormente fuera rechazado, dando pie al surgimiento de una nueva corriente de la dogmática penal alemana.

III. LA ESCUELA NEOCLÁSICA

A principios del siglo XX, surge la llamada escuela neoclásica del delito, también conocida como escuela *neocausalista* o *neokantiana*, denominada así por su influencia en la filosofía de Kant.⁶ Las deficiencias del sistema clásico, protagonizado por Von Liszt y Beling, habían provocado su rechazo por parte de los estudiosos del derecho debido a su imposibilidad para explicar las acciones omisivas y la tentativa, ya que estas no podían ser valoradas. Además, el pensamiento neokantiano rechazaba someter a las ciencias del espíritu (culturales) a los principios de las ciencias naturales, que se basan en la observación y en la descripción objetiva de los hechos (Díaz, 2012: 122). Así, pues, era necesaria la creación de un método que permitiera comprender y valorar el sentido de los mismos. Por este motivo surge en Alemania la filosofía de los valores, que fue introducida al ámbito del derecho penal, dando como resultado la creación de una nueva corriente dogmática.

Según Mezger (1958) “*el hecho punible es conducta humana, pues sólo el hacer y omitir del hombre pueden ser punibles*”. Este autor destacó la necesidad de introducir un concepto de acción en sentido amplio, en el cual el hacer y el omitir debían ser sometidos a una valoración. La acción —entendida como hecho punible—, presentaba un aspecto externo (objetivo) y otro interno (subjetivo), toda vez que el hombre posee una doble naturaleza, material y psíquica. Por consiguiente, su conducta en la convivencia humana siempre presenta ambos aspectos: el externo, que es perceptible físicamente; y el interno, que constituye las funciones psicológicas (p. 78).

La diferencia entre el concepto neokantiano de acción y el sistema clásico radica en que ahora se hablaba de un *comportamiento humano sujeto a valores*, más allá que un simple *movimiento corporal causante de una modificación en el mundo exterior*. Sin embargo, conservaba rasgos del sistema causalista toda vez que consideraba a la acción como un acto proveniente de la voluntad, sin detenerse a explicar el sentido de la misma (Jaén, 1994: 31).

Si bien el concepto neokantiano de acción no sufrió mayores modificaciones en comparación con el sistema clásico, las demás categorías del delito sí tuvieron cambios significativos. La tipicidad dejó de ser estrictamente

⁶ Immanuel Kant (1724-1804) fue un filósofo prusiano de la Ilustración, considerado uno de los pensadores más influyentes de la Europa moderna y de la filosofía universal. Además, fue el primero y más importante representante del criticismo y precursor del idealismo alemán, famoso por su obra *La metafísica de las costumbres*.

objetiva, pues le fueron agregados los elementos *subjetivos y normativos*.⁷ Según Mezger (1958), los elementos subjetivos “se tratan de sucesos psíquicos que se realizan en el alma del autor”, mientras que los elementos normativos son aquellos según los cuales “no puede el juez atenerse a la simple descripción que hace la ley, sino que debe realizar un juicio ulterior relacionado con la situación de hecho” (p. 147). De esta manera, la tipicidad se vio enriquecida por elementos valorativos, pues ahora era relevante la voluntad del sujeto al encuadrar la conducta delictiva con los preceptos del Código Penal, y no únicamente los hechos externos acaecidos en la realidad, como había venido ocurriendo en el sistema clásico.

La antijuridicidad corrió con la misma suerte, pues además del elemento *formal* — consistente en la violación de la norma a través de la conducta — le fue añadido el elemento *material*, que consiste en la lesividad o puesta en peligro que una conducta delictiva representa para el bien jurídico tutelado por el derecho, o, en otras palabras, el daño que causa el hecho delictivo en la sociedad. Fue en este punto que Mezger englobó a la tipicidad y a la antijuridicidad en el término jurídico conocido como *injusto penal*. Esta creación del elemento material de la antijuridicidad dio pie al desarrollo de nuevas causas de justificación que no se encontraban previstas expresamente en la ley, así como a la distinción sistemática entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad disculpante (Jaén, 1994: 33).

Finalmente, la culpabilidad sufrió un cambio conceptual. Como hemos dicho anteriormente, en 1907 Frank desarrolló el denominado *concepto normativo de la culpabilidad*, en el cual afirmaba que la culpabilidad debía ser reprochabilidad. Así, la posibilidad de imputarle a un sujeto la culpabilidad por haber realizado un comportamiento prohibido, dependía de que pudiera formularse un reproche a causa de su conducta transgresora (Frank, 2002: 19). De esta manera, este autor puso de manifiesto que el nexo psicológico entre el hecho y su autor no era suficiente para determinar su responsabilidad, pues, además, ese hecho debía serle reprochable, es decir, el autor debía ser capaz de comprender el significado de su comportamiento.

A esta capacidad del sujeto de entender las consecuencias de sus acciones se le denomina *imputabilidad*. Fue de este modo que el *dolo* y la *culpa* — que antes eran formas de culpabilidad — pasaron a ser parte de sus elementos, junto con la *imputabilidad* y la *exigibilidad de una conducta distinta*, pues

⁷ En una concepción actual, los elementos subjetivos consisten en los ánimos y propósitos que deben tener determinadas conductas para poder configurarse como típicas, mientras que los elementos normativos son los que requieren de una valoración jurídica o cultural, que es previa a la antijuridicidad, para poder comprender su significado.

al comprender el significado del hecho ahora era posible valorar que el autor actuó de ese modo cuando pudo haberse comportado de una manera diferente, lo que hacía que el hecho delictivo le fuera reprochable.

La escuela neoclásica del delito impulsada por Mezger aportó cambios importantes a la teoría del delito, pues introdujo los elementos subjetivos en las categorías de la conducta, la tipicidad y la antijuridicidad, que en el sistema clásico eran meramente objetivas. Además, amplió a la categoría de la culpabilidad, que dejó de concebirse como un simple nexo psicológico, para dar paso al concepto normativo acuñado por Frank, que ahora contenía elementos que permitían una valoración más pormenorizada al intentar atribuir un hecho delictivo a su autor. No obstante, un cambio radical que modificaría la estructura de las categorías del delito estaba por ocurrir, con la llegada de lo que sería la tercera corriente de la dogmática penal alemana.

IV. EL FINALISMO

Esta doctrina surge en la década de 1930, con Hans Welzel como su precursor. Este autor rechazó el pensamiento causal-valorativo del neokantismo, bajo el argumento de que el legislador estaba vinculado no solo a las leyes de la naturaleza física, sino también a las estructuras lógico-objetivas de la materia de su regulación, y, por este motivo, el concepto de acción del derecho penal debía ser un concepto *ontológico*.⁸ Partiendo de esta base, afirmaba que el hombre era capaz de prever el resultado de su actividad y dirigirla hacia un resultado, al cual le llamó *finalidad*. Por tanto, para el derecho penal no era importante el resultado causal producido por la conducta, sino su finalidad, pues existen otros factores que también generan el proceso causal que lesiona al bien jurídico tutelado, y, sin embargo, estos no son relevantes para esta ciencia (Díaz, 2012: 129).

Bajo esta tesitura, Welzel (1956) considera que la acción no es un acontecer meramente causal, sino finalista, en función de que el hombre, a partir de su conocimiento causal, puede prever, hasta cierto límite, las consecuencias posibles de su conducta, proponerse diversos objetivos y dirigir su actividad conforme a un plan que conduce a la obtención de dichos objetivos. La acción humana, en consecuencia, “es el ejercicio de la actividad

⁸ En derecho, lo ontológico hace referencia a la ontología jurídica, que es una rama de la filosofía del derecho cuyo objeto de reflexión es la naturaleza o esencia misma del ser del derecho.

finalista” (p. 39). Dicho de otro modo, antes de llevar a cabo la conducta surge en la mente del sujeto un fin, para lo cual, atraviesa un proceso de planeación y selección de los medios que lo llevarán a la realización del mismo, y, posteriormente, ejecutarlo materialmente. En este sentido, el hombre que intenta asesinar a otro elige conscientemente los factores causales y dispone de ellos para alcanzar el fin que se ha representado: conseguir el arma, buscar la oportunidad, proceder al asecho, apuntar y tirar del gatillo. Todos estos actos han sido ordenados de acuerdo con un plan y dirigidos a realizar el objetivo.

Los sistemas anteriores habían ignorado a la voluntad, para centrarse en el estudio de la relación existente entre la acción y el resultado causal, lo que dejaba mucho que desear al momento de intentar valorar ciertas conductas, si no se tomaba en cuenta el sentido de las mismas. Un ejemplo de esto era la imposibilidad para explicar las injurias, pues para Von Liszt estas no eran más que la articulación de los músculos de la boca, que producía ondas sonoras las cuales provocaban una excitación en los oídos, ignorando por completo que la *intención* de las palabras es la esencia de la injuria. Esto no ocurre en el finalismo, ya que, para esta doctrina, la voluntad representa la espina dorsal de la conducta, pues es la que dirige a la misma.

Así pues, la teoría finalista de Welzel puso de manifiesto por primera vez la importancia de la voluntad en la acción al momento de valorar, lo que supuso un cambio radical para la dogmática penal alemana que se conocía hasta entonces. No obstante, el cambio más significativo tuvo lugar en la tipicidad: el tipo dejó de ser estrictamente objetivo, pues el *dolo* y la *culpa* — que hasta entonces eran elementos de la culpabilidad — fueron trasladados a la tipicidad, en concreto, a los elementos subjetivos genéricos. Lo anterior en razón de que, si para esta doctrina lo que importaba era la actividad final del hombre, y esta era dirigida por la voluntad, entonces el tipo debía contener elementos subjetivos para poder encuadrar dentro de él a la conducta, exitosamente.

De esta manera, la tipicidad quedó integrada por un *tipo objetivo* y un *tipo subjetivo*: el primero, consiste en la conducta típica llevada a cabo en el mundo exterior; mientras que el segundo, consiste en la conciencia de lo que se quiere y la decisión de querer realizarlo, mejor conocido como *elemento volitivo*. Ambos elementos juntos, como factores creadores de una conducta en el mundo real, constituyen el *dolo* (Welzel, 1956: 71-73). Esta inclusión del *dolo* en el tipo permitió un mejor análisis para los supuestos de tentativa,

pues al examinar una conducta en la que no se había producido una lesión a un bien jurídico tutelado, pero que la intención de lesionarlo por parte del autor, si había puesto en peligro a dicho bien, era posible acreditar el tipo doloso en grado de tentativa (Díaz, 2018: 19).

En cuanto a la antijuridicidad, Welzel (1956) la reconoce como un juicio simple de desvalor de la conducta típica, que expresa la divergencia entre la acción y el ordenamiento jurídico, pues la acción concretada por la voluntad no necesariamente es como lo espera el derecho, objetivamente (p. 147). Afirma que este concepto —que anteriormente había sido reconocido como un juicio objetivo (general) de desvalor— condujo a un malentendido en el cual se consideraba al injusto bajo un criterio puramente objetivo, y a la culpa como la relación psíquica subjetiva del autor con el hecho. Esto produjo un resquebrajamiento al ser descubiertos los elementos subjetivos del injusto, pues se reconoció que en muchos tipos era imposible comprender al injusto en forma puramente objetiva, y que su apreciación solo podía ser concretada por determinados elementos psíquicos subjetivos (Welzel, 1956: 67-68).

Esto trajo como consecuencia una distinción entre los conceptos de antijuridicidad e injusto. Respecto de este último, Welzel afirma que la lesión de un bien jurídico valorada en forma separada de la persona del autor no agota al injusto, pues la acción solo puede ser antijurídica como obra de un autor determinado, ya que, por el contenido de su voluntad, el autor ha impreso su sello al hecho: ¿Qué finalidad se ha fijado el autor al realizar el hecho objetivo? ¿Desde qué punto de vista ha actuado? ¿Qué deberes le correspondían?; todo esto determina decisivamente lo injusto del hecho, conjuntamente con la eventual lesión de bienes jurídicos. Así, la antijuridicidad se trata de la *desaprobación de un hecho* referido a su autor; mientras que el injusto es la *acción injusta personal* referida al mismo (Welzel, 1956: 70).

Finalmente, el contenido de la culpabilidad se vio modificado substancialmente. Como consecuencia del traslado del dolo y la culpa a la tipicidad, la *conciencia de la antijuridicidad* —que formaba parte de los elementos del dolo— fue extirpada de este y reubicada en la culpabilidad, que quedó conformada, además, por la *imputabilidad* y la *ausencia de excluyentes de la culpabilidad*. Según Welzel, la culpabilidad puede ser caracterizada de un modo más exacto como *reprochabilidad*, definiéndola como “aquella cualidad de la acción antijurídica que posibilita hacer un reproche personal al autor, porque no la ha omitido”. En este sentido, la culpabilidad contiene una doble

relacion: la acción de la voluntad del autor no es como lo exige el derecho, a pesar de que pudo haberse comportado conforme a la norma. Si la anti-juridicidad es el juicio simple de desvalor, en el sentido de que la acción dirigida por la voluntad no es como hubiera debido ser —o sea, de acuerdo a la norma—, la culpabilidad va más allá, y hace un reproche personal al autor de que no se ha comportado correctamente, a pesar de haber podido actuar conforme a derecho (Welzel, 1956: 147-148).

Así pues, el sistema finalista de Welzel aportó cambios importantes a la estructura de la teoría del delito que se había venido desarrollando desde finales del siglo XIX en Alemania. Sin embargo, también tuvo grandes deficiencias: una de ellas fue su imposibilidad para explicar los hechos culposos, pues en estos, la dirección final de la conducta va dirigida a un objetivo distinto al obtenido; por otra parte, en los delitos de omisión la finalidad no guía al proceso causal, y por ello, no se puede sostener de una manera convincente porqué dichos sucesos sí son relevantes para el derecho penal (Díaz, 2012: p. 133). Estos y otros motivos conducirían al rechazo de esta doctrina en las décadas posteriores, y a la adopción de las nuevas corrientes dogmáticas que continúan desarrollándose hasta la época actual.

V. LOS MODERNOS SISTEMAS FUNCIONALISTAS DE CLAUD ROXIN Y GÜNTHER JAKOBS

Surgen a partir de la década de 1970, como producto de los esfuerzos por superar las deficiencias del sistema anterior. Los defensores de esta orientación rechazan el punto de partida del sistema finalista y coinciden en que la construcción del sistema jurídico-penal no debe vincularse a realidades ontológicas previas, sino que debe guiarse exclusivamente por la *finalidad del derecho penal*⁹ (Roxin, 1997: 203). Entre los múltiples exponentes de este sistema, los más importantes son Claus Roxin y Günther Jakobs, quienes han desarrollado doctrinas muy similares, con la diferencia de que Roxin ha creado un funcionalismo con base en los fines político-criminales del derecho penal, y Jakobs ha construido su sistema basándose en la teoría de

⁹ “El Derecho penal tiene como finalidad procurar a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura, en la medida en que tales objetivos no puedan conseguirse mediante otras medidas socio-políticas menos intrusivas en la esfera de libertad de los ciudadanos” (Roxin, 2007: 446).

los sistemas sociales de Luhmann.¹⁰ Por este motivo, realizaremos un breve análisis explicando sus características, similitudes y diferencias.

A). EL SISTEMA FUNCIONALISTA RACIONAL-FINAL O TELEOLÓGICO DE ROXIN

Claus Roxin ha creado un sistema de la teoría del delito al que ha llamado racional-final o teleológico, basándose en la *función social del derecho penal* para construir al injusto y en los *fines preventivos de la pena* para estructurar a la culpabilidad, bajo los criterios político-criminales en los que ambos conceptos se encuentran inmersos. Para este autor, la dogmática no debe sustentarse exclusivamente en desarrollos lógicos y normativos, sino que tiene que atender a la realidad social y ofrecer soluciones conforme a los conocimientos ofrecidos por la política criminal¹¹ (Díaz, 2012: 133).

Partiendo de esta línea, Roxin (2008) divide a la estructura del delito en las categorías de *injusto* y *culpabilidad*, a la cual reubica en el concepto de *responsabilidad*. El injusto está estructurado con base en la función social del derecho penal, la cual —afirma este autor— consiste en la *protección subsidiaria de bienes jurídicos*.¹²

Esta última, establece que el derecho penal solo debe tutelar dichos bienes, cuando otros medios no resulten suficientes para lograr esta tarea, lo que encuentra su justificación en el hecho de que otras ramas, como el derecho civil, limitan en menor medida la libertad de las personas, y, por este motivo, se deben agotar estos medios antes de acudir al derecho penal (p. 19-20).

Dentro de la categoría del injusto, introduce la *teoría de la imputación objetiva*, que está integrada por una ponderación de intereses, consistentes en la *seguridad* y la *libertad* de los ciudadanos. Atendiendo a este concepto, “un sujeto es autor de un injusto penal cuando, sin estar amparado por una causa de justificación, ha creado un riesgo no permitido para un bien jurídico-penalmente protegido y este riesgo se ha realizado en un resultado prohibido”. Por ejemplo:

¹⁰Niklas Luhmann (1927-1998) fue un sociólogo alemán reconocido a nivel académico por su *teoría general de los sistemas*.

¹¹“Consiste en aquel sector de la política que guarda relación con la forma de tratar la delincuencia: se refiere al conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad” (Mir, 2006: 50).

¹²“Las circunstancias indispensables para una vida en común de los hombres, pacífica y libre, las denominamos bienes jurídicos, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la autodeterminación sexual, el patrimonio, la capacidad y también los llamados bienes jurídicos de la generalidad como la moneda, una administración de justicia intacta o la incorruptibilidad de los funcionarios estatales” (Roxin, 2010: 41).

Si un conductor supera claramente el límite de velocidad permitido por el ordenamiento jurídico y atropella a un peatón causándole la muerte debido a que por la velocidad no pudo frenar, entonces, por haber superado el límite de velocidad permitido, es que ha creado un riesgo no permitido para el bien jurídico vida, y este riesgo también se ha realizado en el resultado de muerte del peatón. El conductor es, entonces, responsable de un homicidio imprudente. Por el contrario, si a pesar de que su conducción es respetuosa del ordenamiento jurídico, se ve inmiscuido en un accidente en el que pierde la vida un ser humano, no le será aplicable ... toda vez que el resultado no se fundamenta en la creación de un riesgo no permitido (Roxin, 2008: p. 21).

Según Roxin, existen riesgos que deben ser permitidos atendiendo al interés superior de la sociedad, siempre y cuando estos riesgos no superen los límites que han sido establecidos para su realización. Por otro lado, existen riesgos que están prohibidos debido a la nocividad que representan para el bien jurídico tutelado, y, por tanto, no deben ser realizados. Es aquí donde entra la ponderación de intereses entre seguridad y libertad, pues al derecho penal le corresponde velar por la seguridad de los ciudadanos, sin llegar a ser restrictivo en su ámbito de libertad (Roxin, 2008: 20-22).

La función de la teoría de la imputación objetiva es determinar si un sujeto es autor de un injusto mediante una interpretación teleológica del tipo, que permita establecer si la conducta acaecida en la realidad coincide con la prohibición plasmada en la ley. A su vez, esta teoría se divide en cinco principios:

1. *Disminución del riesgo.* – Un sujeto no es objetivamente imputable cuando no ha creado un riesgo no permitido para el bien jurídico tutelado, sino que ha participado en disminuir un riesgo que había sido creado previamente (*ejemplo:* cuando alguien desvía la mano del agresor que empuña un cuchillo que va dirigido al pecho de la víctima, y termina impactando en el brazo).
2. *Falta de realización del riesgo.* – No hay imputación objetiva cuando falta la realización de un riesgo que sea imputable a una persona (*ejemplo:* los malos pensamientos por sí solos no son punibles).
3. *Riesgo permitido y no permitido.* – Tampoco es imputable el sujeto que ha creado un riesgo permitido, que no ha superado los límites establecidos para la realización de ese riesgo (*ejemplo:* conducir un vehículo dentro de los límites de velocidad establecidos).

4. *El fin de protección de la norma relativo a la prohibición de elevación del riesgo.* – No hay imputación objetiva al tipo cuando se produce un resultado prohibido, como producto de la creación de un riesgo no permitido, si este resultado no se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma (*ejemplo*: un conductor rebasa de forma prohibida a otro vehículo, y, debido a esto, el conductor del auto rebasado se asusta y sufre un infarto. Ese hecho no le puede ser imputado al conductor que lo rebasó, ya que el fin de protección de la norma infringida está encaminado a evitar accidentes automovilísticos, y no a evitar ataques cardíacos).
5. *La participación en una autolesión consciente de la víctima.* – No se le puede imputar objetivamente un resultado a quien participa en una autolesión consciente de la víctima, toda vez que esta ha actuado de manera voluntaria (*ejemplo*: alguien le vende droga a otra persona, y esta, consciente del riesgo, la consume y muere de una sobredosis. Ese resultado no le puede ser imputado al vendedor de la droga como homicidio imprudente) (Roxin, 2008: 24-27).

De esta manera, solo quien crea un riesgo no permitido para el bien jurídico tutelado y este riesgo produce un resultado prohibido, sin mediar una causa de justificación a su favor, es autor de un injusto. Sin embargo, esto aún no resuelve la cuestión relativa a la responsabilidad del sujeto.

Como hemos dicho anteriormente, Claus Roxin substituye a la culpabilidad por la teoría de la *responsabilidad*, y, para construir este concepto, se basa en los *fines preventivos de la pena*. Estos últimos, se diferencian de la función del derecho penal en la medida en que esta va dirigida a la sociedad para evitar que se cometan delitos, mientras que la pena se dirige de manera individual al autor.

La categoría de la responsabilidad se compone por la *culpabilidad* y la *necesidad preventiva de la pena*. Esta última, a su vez, debe tener fines preventivos generales y especiales: a) La *prevención general* tiene la función de influir sobre la sociedad a través de la pena, para que los ciudadanos reconozcan al derecho como válido y evitar así que lleven a cabo conductas delictivas, ya que, de lo contrario, se harán acreedores de una sanción; b) Por su parte, la *prevención especial* tiene la función de influir sobre el autor del delito mediante la ejecución de la pena, para evitar que repita su comportamiento y buscar de esta manera su reinserción social (Roxin, 2008: 29).

Según la doctrina mayoritaria, la pena tiene su límite en el grado de culpabilidad del autor: a ninguna persona le puede ser impuesta una pena si actuó sin culpabilidad; así como tampoco la pena puede superar el grado de culpabilidad del autor. Mediante la implementación de este principio, Roxin busca establecer un límite al poder punitivo del Estado y respetar el ámbito de libertad de los ciudadanos, bajo la premisa de que nadie puede hacerse acreedor de una pena, siempre que se maneje conforme a derecho; del mismo modo en que nadie debe ser castigado de manera excesiva por haberse comportado culpablemente. Bajo esta tesis, se excluye de la culpabilidad a las personas inimputables, o a quienes han actuado en condiciones de embriaguez letárgica, toda vez que estos sujetos no son capaces de ser motivados por la norma. Del mismo modo, se le debe exculpar al sujeto que actúa bajo un error de prohibición invencible, ya que, en este caso, este desconoce la antijuridicidad de su hecho al momento de actuar (Roxin, 2010: 46).

En la concepción de Roxin (2008), la responsabilidad está sujeta no solo a la *culpabilidad*, sino también a la *necesidad preventiva de la pena*. Esto abre la posibilidad de renunciar a la imposición de la pena en los casos que —desde el punto de vista preventivo—, esta no resulta necesaria, incluso cuando se ha demostrado la culpabilidad del autor. Ejemplos de esto son el *estado de necesidad*, en el que un sujeto asesina a otro para salvaguardar su propia vida, motivado por una circunstancia de necesidad extrema; o el *exceso en la legítima defensa*, en la que el autor lesiona de manera excesiva a su agresor, al intentar repelerlo. En ambos casos, el sujeto ha actuado de manera culpable, pero desde el punto de vista preventivo no existe necesidad de transmitir un mensaje a la sociedad o al autor del hecho, mediante la imposición de una pena, debido a las circunstancias especiales en las que este se encontraba al momento de realizarlo (p. 32-33). De este modo, la culpabilidad y la necesidad preventiva de la pena se limitan de manera recíproca y solo conjuntamente pueden acreditar la responsabilidad personal del sujeto, que trae consigo la imposición de penas (Roxin, 1997: 204).

A manera de síntesis, el funcionalismo racional-final o teleológico de corte político-criminal creado por Roxin introduce la teoría de la imputación objetiva con base en la función del derecho penal, la cual establece criterios de interpretación que permiten encuadrar la conducta en el tipo, realizando a la vez una ponderación de intereses entre la seguridad y la libertad de los ciudadanos. Del mismo modo, con fundamento en los fines de la pena, amplía a la culpabilidad en el concepto de responsabilidad,

que requiere de la conjunción de culpabilidad y necesidad preventiva de la pena, para poder acreditarse.

B). EL SISTEMA FUNCIONALISTA SISTÉMICO-NORMATIVO DE JAKOBS

El sistema de la teoría del delito, creado por Günther Jakobs, transita por un camino diferente al funcionalismo teleológico de Roxin. Jakobs (1996) —quien fuera discípulo de Welzel—, rechaza los postulados del sistema finalista para construir su propia concepción, basada en la teoría de los sistemas sociales de Luhmann.¹³ Partiendo de esta línea, define al funcionalismo jurídico-penal como “aquella teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad” (p. 15).

Para Jakobs, la sociedad se construye como un sistema de comunicación que se configura por medio de normas, las cuales sirven para garantizar su funcionamiento y desarrollo. Dentro de este sistema, todos los ciudadanos son portadores de un *rol*, y están obligados a cumplir con el mismo, pues su quebrantamiento a través de la conducta delictiva constituye una *defraudación*, lo que se traduce en una *comunicación defectuosa*. El delito es entendido como una afirmación que contradice la norma, mientras que la pena es la negación de esta afirmación, por tanto, la pena está encaminada a confirmar la vigencia de la norma. En este sentido, Jakobs afirma que la función del derecho penal *no es la de salvaguardar bienes jurídicos*, sino la *confirmación de la identidad normativa de la sociedad* (Jakobs, 1996: 18). Por ejemplo:

... lo social en un homicidio no es la lesión de la carne de la víctima, o la destrucción de su conciencia, sino la afirmación contenida de modo concluyente y objetivada en el hecho punible de no deber respetar el cuerpo y la conciencia de la víctima como elementos de una persona, sino de poder tratarlos como un entorno indiferente. Mediante esta afirmación se cuestiona la norma, es decir, la regulación entre personas: por lo tanto, el delito es la desautorización de la norma, o ...falta de fidelidad al ordenamiento jurídico ...el hecho es la negación de la estructura de la sociedad, la pena la marginación de esa negación (Jakobs, 2001: 57-61).

¹³ Luhmann entiende a la sociedad como un sistema y no como una suma de individuos. Este sistema se integra, a su vez, por una pluralidad de subsistemas (como la economía, la política, la religión, la educación y el derecho) con estructura y autonomía propias. El núcleo central de los sistemas es la *comunicación* —que incluye tanto al intercambio lingüístico como al de la acción—, la cual ayuda a reducir su complejidad (Montoro, 2007: 367-368).

Para que exista una defraudación (delito), debe ocurrir en primer lugar el *quebrantamiento de un rol*, que se produce mediante un contacto social. Este último, puede darse entre una víctima y un autor, así como también entre terceras personas, quienes participan en configurar dicho contacto.

Para explicar el curso lesivo, Jakobs introduce los fundamentos de la imputación objetiva, mediante los cuales es posible vincular la comisión de un hecho delictivo, ya sea por: a) el comportamiento incorrecto del autor; b) el comportamiento incorrecto de la víctima; c) el comportamiento incorrecto de un tercero; y d) en ocasiones, sin que exista imputación alguna, pues puede tratarse de una desgracia. Todos los anteriores supuestos pueden combinarse entre sí (Jakobs, 1996: 14-16).

Asimismo, divide a la imputación objetiva en cuatro instituciones dogmáticas o principios:

1. *Riesgo permitido*. – Existen determinados riesgos que deben ser permitidos, toda vez que, de lo contrario, la vida en sociedad no sería posible. Lo anterior se debe a que estos riesgos van encaminados a la realización de actividades cotidianas, como pueden ser el trabajo y el transporte, por citar algunos ejemplos. Además, la sociedad no está obligada a ofrecer la máxima protección a todos los bienes jurídicos, sino que está destinada a posibilitar las interacciones, y, por tanto, la prohibición de toda puesta en peligro, sea cual sea, haría imposible la realización de cualquier comportamiento social.
2. *Principio de confianza*. – Existe en la medida en que a cada ciudadano le corresponde cumplir con su rol, sin preocuparse de que los demás ciudadanos hayan cumplido con el suyo. A su vez, este principio se divide en dos modalidades: a) La primera, se da cuando alguien que actúa como un tercero genera una situación que por sí misma es inocua, siempre y cuando quien actúe a continuación cumpla con su rol (*ejemplo*: cuando alguien entrega un reloj valioso a otro, y esto, por sí solo, no causará ningún daño, siempre y cuando quien reciba el reloj lo tome con cuidado); b) La segunda tiene lugar cuando, quien actúa de manera consecutiva a otro, confía en que su antecesor ha cumplido previamente con su rol (*ejemplo*: el cirujano que confía en que el material quirúrgico haya sido debidamente esterilizado por el personal de enfermería, antes de realizar la operación).
3. *Prohibición de regreso*. – Se da cuando un comportamiento que se realiza de modo estereotipado por un tercero se desvía hacia la comisión de

un delito por parte del autor. En este caso, no se le puede imputar la responsabilidad al tercero, quien realiza diariamente su actividad de manera inocua y cumpliendo con su rol, por el hecho de que el autor se sirva de ese comportamiento para la ejecución de un curso lesivo (*ejemplo*: el taxista que desconoce que su tripulante se dispone a cometer un asesinato en el lugar al que lo lleva, no participa de las malas obras de su cliente).

4. *Competencia de la víctima*. – Un sujeto actúa bajo su propio riesgo, cuando ha incumplido su deber de autoprotección ante un curso lesivo que le era previsible, y se ha colocado en una situación de indefensión o ha otorgado su consentimiento para que esto ocurra. En este caso, no se le puede atribuir responsabilidad a quien, habiendo cumplido con su rol, ha causado un perjuicio a un tercero, si este deriva de una autopuesta en peligro consciente de la víctima (*ejemplo*: cuando alguien le pide a una persona ebria que conduzca un automóvil, se debe atener a las consecuencias negativas que de esto puedan resultar). A su vez, existen casos en los que el resultado no es previsible para ninguno de los intervinientes, lo que constituye un infortunio para la víctima, pues la consecuencia lesiva solo puede atribuirse a la desgracia (Jakobs, 1996: 28-37).

De esta manera, quien cumple debidamente con su rol mantiene la estructura de la sociedad, mientras que, quien quebranta su cumplimiento defrauda las expectativas sociales, y, por tanto, debe responder jurídico-penalmente.

Para explicar la culpabilidad, Jakobs afirma que este concepto es el que separa el *sentido* de la *naturaleza*. En este contexto, el concepto de injusto se ocupa solo de la presunción de que existe una *comunicación de sentido defectuosa* —es decir, delictiva— y, por tanto, culpable. En cambio, si no existe esta culpabilidad se trata solamente de comunicación, es decir, de una *conducta con sentido*, lo que en realidad se trata de simple naturaleza y está libre de sanción.

Lo anterior en virtud de que, toda ausencia de culpabilidad del injusto, ya sea por *falta de capacidad*, *incapacidad de comprensión del injusto* o *falta de exigibilidad*, transformaría el sentido comunicativamente relevante en algo meramente individual, y, por tanto, en algo perteneciente al mundo de lo natural y ajeno a la comunicación. En consecuencia, el derecho penal garantiza que se va a contradecir toda expresión que manifieste que la norma carece

de validez, pues una comunicación de sentido defectuoso es una expresión que trae consigo una responsabilidad (Jakobs, 1996: 59-65).

Como hemos dicho anteriormente, en el funcionalismo sistémico de Jakobs, el delito constituye la negación del derecho, mientras que la pena es la confirmación de la vigencia de la norma. Esta afirmación guarda una estrecha relación con la teoría de la *prevención general positiva*, de acuerdo con la cual “la pena tiene la misión preventiva de mantener la norma como esquema de orientación, en el sentido de que, quienes confían en una norma, deben ser confirmados en su confianza” (Jakobs, 1998: 32).

Sobre esta línea, Jakobs afirma que la pena debe estar orientada únicamente a los fines preventivos generales, a diferencia de Roxin, quien incluye en su teoría a los fines preventivos generales y especiales. Esto se debe a que la prevención general está encaminada a restablecer la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico que se ha visto vulnerado por la conducta delictiva, lo que resulta lógico si se habla de que, para esta teoría, la función del derecho penal no es la de proteger bienes jurídicos, sino la de confirmar la identidad normativa de la sociedad.

En consecuencia, la pena no actúa como una reacción ante la lesión de bienes jurídicos, sino como respuesta a la infracción de la norma, con el propósito de restituir la identidad social. De esta manera, y en palabras de Günther Jakobs (2001), “la teoría del derecho penal como protección de la vigencia de la norma demuestra su validez especialmente en la teoría de los fines de la pena: el hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación” (p. 64).

En resumen, el funcionalismo normativo de Jakobs construye la teoría del delito con base en la teoría de los sistemas sociales de Luhmann. Bajo esta tesitura, considera a la sociedad como un sistema de comunicación, dentro del cual todos los ciudadanos son portadores de un rol, y quien lo quebranta mediante la conducta delictiva produce una defraudación o comunicación defectuosa. Asimismo, presenta la teoría de la imputación objetiva, a través de la cual es posible atribuir el curso lesivo a su autor. Finalmente, afirma que el delito es la negación de la vigencia de la norma y la pena es su confirmación, y, por tanto, la función del derecho penal no es la protección de bienes jurídicos, sino la restitución de la identidad normativa de la sociedad.

VI. CONCLUSIONES

El desarrollo de la teoría general del delito es producto de una larga evolución de la dogmática jurídico-penal alemana, en sus múltiples etapas. Desde el concepto causal de acción acuñado por Von Liszt y Beling, a finales del siglo XIX, hasta las modernas teorías funcionalistas concebidas por Roxin y Jakobs, a fines del siglo pasado, las aportaciones de los diversos tratadistas aquí expuestos han hecho posible la creación de un sistema del derecho penal que nos permite resolver, mediante un orden lógico, los casos que la realidad nos presenta.

En la actualidad el funcionalismo continúa implementándose en el sistema jurídico alemán y cuenta con múltiples adeptos y detractores, pues hay quienes continúan siendo fieles al sistema finalista propuesto por Welzel. Una de las críticas formuladas al sistema normativo de Jakobs, es su incapacidad para distinguir entre el injusto y la culpabilidad, ya que, si el delito significa la desobediencia de la norma, esto presupone la existencia de un autor culpable.

Del mismo modo, la crítica realizada al sistema de Roxin afirma que la dogmática penal alemana no ha generado ninguna innovación importante desde la teoría finalista, y, por tanto, la teoría de la imputación objetiva debe ser rechazada. Sin perjuicio de lo anterior, es importante señalar que, a través de las innovaciones presentadas por estas concepciones teóricas, es posible resolver gran cantidad de casos que las doctrinas anteriores no lograron solucionar satisfactoriamente.

Las múltiples corrientes dogmáticas aquí esbozadas aportan diversas formas de alcanzar una valoración decisiva para la solución de los problemas penales prácticos, y han sido adoptadas por la mayoría de los países iberoamericanos, así como también por países de Asia Oriental como Taiwán, Corea del Sur y Japón. No obstante, cabe mencionar que la adopción de una corriente en particular está determinada por los rasgos políticos y culturales de cada región, pues lo cierto es que pocas legislaciones han logrado una evolución que permita implementar un sistema funcionalista, de manera efectiva.

En Estados Unidos e Inglaterra, por ejemplo, se desconoce por completo lo que nosotros conocemos como la *parte general del derecho penal*, ya que estos países han implementado al *common law* como base de su ordenamiento jurídico, el cual se integra por un sistema de casos desarrollados de manera continua, en los que el juez crea al derecho cuando no existe una ley o

jurisprudencia escrita a la que este pueda acudir, para tomar una decisión sobre un caso en concreto.

En el caso de México, en cambio, hemos adoptado un sistema predominantemente finalista, con ciertos rasgos de la corriente neoclásica. Esto se debe a que la situación política y cultural de nuestro país no permitiría la implementación de los sistemas más modernos, sin que resultara en una amenaza para su propia integridad, pues estas construcciones dogmáticas atienden a una realidad sociopolítica diferente. En este sentido, coincidimos con la opinión de Díaz Aranda, cuando afirma que sería peligroso para México adoptar un sistema funcionalista de corte normativista, ya que la base de nuestra democracia carece de solidez y el poder legislativo aún no cumple con su función de emitir las leyes única y exclusivamente para el beneficio del pueblo (Díaz/Roxin, 2017: 147).

Concluimos diciendo que, independientemente del enfoque que se tome para definir a la función del derecho penal —ya sea como protección de bienes jurídicos o como confirmación de la vigencia de la norma—, lo cierto es que, en la época actual, la dogmática jurídico-penal se ha transformado en una ciencia de carácter internacional que proporciona soluciones efectivas a los problemas penales prácticos, y se proyecta como pieza fundamental en la sistematización de la teoría general del delito, de cara al futuro.

VII. FUENTES DE CONSULTA

- Beling, E. (2002). *Esquema del Derecho Penal, la doctrina del delito-tipo, análisis de Carlos M. de Elia*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Rodamillans S.R.L.
- Díaz Aranda, E. (2018). *Cuerpo del delito ¿causalismo o finalismo?*: <https://www.pensamientopenal.com.ar/autores/enrique-diaz-aranda>
- Díaz Aranda, E. (2018). *Manual de derecho penal, teoría del delito funcionalista social*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Díaz Aranda, E./Roxin, C. (2017). *Teoría del delito funcionalista*. México: Editorial Flores Editor y Distribuidor S.A. de C.V.
- Díaz Aranda, E. (2012). *Derecho penal, parte general. Tercera edición*. México: Editorial Porrúa.
- Frank, R. (2002). *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Montevideo, Uruguay: Editorial B de F Ltda.
- Gimbernat Ordeig, E. (1976). “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, en *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Civitas.

- Jaén Vallejo, M. (1994). *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid: Editorial Cóllex.
- Jakobs, G. (2001). *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Jakobs, G. (1998). *Sobre la teoría de la pena*, traducción de Manuel Cancio Melia. Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.
- Jakobs, G. (1996). *La imputación objetiva en el derecho penal*. Argentina: Editorial.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid: Editorial Civitas.
- Liszt, F. (2007). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Valletta Ediciones S.R.L.
- Mezger, E. (1958). *Derecho penal, libro de estudio, parte general*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L.
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho penal parte general*. Octava Edición. Barcelona, España: Editorial Reppertor.
- Montoro Ballesteros, A. (2007). “El funcionalismo en el derecho: notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs”. *Anuario de Derechos Humanos*, ISSN 0212-0364, N° 8, p. 365-374.
- Real Academia Española (2023). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. <https://dle.rae.es/dogma>.
- Real Academia Española (2023). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. <https://dpej.rae.es/lema/causalidad>.
- Roxin, C. (2010). “A manera de prólogo: Reflexiones sobre la configuración del sistema penal” (traducción de Eugenio C. Sarrabayrouse), en: *Derecho penal colombiano. Parte general. Principios fundamentales y sistema*, Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz, Paula Andrea Ramírez Barbosa (Comp.). Bogotá, Colombia.
- Roxin, C. (2008). *Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania*. México: Editorial Ubijus.
- Roxin, C. (2007) “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?” en: *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal, parte general, tomo I*. Madrid: Editorial Civitas.
- Welzel, H. (1956). *Derecho penal parte general*, trad. de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma Editor.

