

EL FUNCIONALISMO JAKOBSIANO: UNA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA*

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Profesor de la Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín/Colombia

I. Introducción

Para responder de forma afirmativa a la amable y generosa invitación formulada por esta alta casa de estudios, se aprovecha la oportunidad para ocuparse de uno de los asuntos más polémicos y debatidos en la reciente discusión jurídico-penal, esto es, el atinente al debate originado por el llamado Racionalismo del Fin, para el caso en su variante más radical, aunque esta vez pensando en abordarlo desde la perspectiva de quien se encuentra situado en los países de la periferia.

Con tales miras se examinan, en primer lugar, las líneas centrales de la construcción teórica funcionalista liderada por el Profesor G. JAKOBS —que, como se sabe, se escuda en una concepción de la pena entendida como integración-prevención: prevención general positiva—; en segundo lugar, en apretada síntesis, se sistematizan las diversas críticas que estudiosos, de éste y del otro lado del Océano, le han hecho a esa elaboración intelectual. En tercer lugar, se hace una exposición sucinta sobre la situación política, social y económica de la región, con miras a ubicar el marco espacial en el cual algunos pretenden aplicar tal modelo de Derecho Penal, olvidando que el mismo está llamado a generar un papel altamen-

* Conferencia pronunciada el día 29 de octubre de 2004, entre las 5: 20 y las 6:20 p.m., en el Auditorio de la Universidad Externado de Colombia con Sede en Bogotá, como ponencia de clausura del «IV Seminario sobre Filosofía y Derecho contemporáneo. Problemas actuales del Funcionalismo», organizado por el Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de esa institución. La mesa principal estuvo presidida por el Profesor E. MONTEALEGRE LYNNET —Director del ente organizador—, quien estuvo acompañado de los Profesores G. JAKOBS, M. CANCIO MELIÁ y J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES.

te conservador de cara al mantenimiento del statu quo vigente en estas sociedades y de las condiciones de desigualdad que ello comporta.

Así mismo, en cuarto lugar, se presentan algunas conclusiones para la discusión, con las cuales se pretende mostrar que —sumándose a reflexiones precedentes¹— es altamente inconveniente pretender transplantar o emplear ese modelo teórico al ámbito latinoamericano debiéndose, en su lugar, buscar caminos teóricos propios que oxigenen el debate y se sitúen en esta realidad. También, se indican las fuentes bibliográficas consultadas.

II. El modelo penal sistémico

A. Introducción. Construcciones como ésta no han aparecido de manera fortuita en países como Alemania, donde luego de una evolución de más de cien años —durante los cuales la Ciencia del Derecho Penal deambuló por los horizontes filosóficos y políticos trazados por el pensamiento positivista, neokantiano, nacionalsocialista y el finalista—, hacia los años sesenta del siglo pasado, retomando directrices propias y foráneas, resurgen las elaboraciones propias de la Política Criminal, a partir de las cuales se intenta el replanteamiento total de los diversos problemas a los cuales el pensamiento penal no había podido dar respuestas satisfactorias, gracias a trabajos pioneros² como los de F. NOWAKOWSKI, P. NOLL, K. AMELUNG, H. J. OTTO, C. ROXIN y G. JAKOBS, entre otros, dando origen a un nuevo período en la evolución de la Ciencia Penal que se conoce como *el Funcionalismo*, dentro del cual es posible distinguir por lo menos dos tendencias diferentes³: la *teleológica o moderada* liderada por C. ROXIN, y la *sistémica, estratégica o radical*, abanderada por G. JAKOBS.

B. Principales características⁴. De manera sucinta, pueden asignarse a esta dirección del pensamiento jurídico penal las siguientes notas:

¹ Cfr. ZAFFARONI: «El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico penales», en *Estudios Penales*, págs. 747 y ss.; GARCÍA MÉNDEZ: *Autoritarismo y Control Social*, págs. 117 y ss.

² No obstante, debe decirse, también son pioneros del análisis sistémico en el ámbito del Derecho Penal autores tan importantes como CALLIESS y HASSEMER (véase, por ejemplo, los textos citados en la bibliografía final) quienes dirigieron sus estudios a temas concretos como el bien jurídico o las consecuencias jurídicas del delito. Desde luego, es mérito de JAKOBS el haber extendido el análisis sistémico a toda la Teoría del Delito y de la pena. Sobre ello, PÉREZ MANZANO: *Culpabilidad y prevención*, pág. 44.

³ La diferencia entre ambos —sin olvidar las magistrales exposiciones de SCHÜNE-MANN y SILVA SÁNCHEZ citadas en la bibliografía final, entre muchos otros— en VIVES ANTÓN: *Fundamentos del Sistema Penal*, pág. 433 y ss.; PEÑARANDA RAMOS: «Sobre la influencia» en *Doxa* N° 23, 2000, pág. 289.

⁴ Cfr. PÉREZ MANZANO: *Culpabilidad y prevención*, págs. 44 y ss.; PEÑARANDA RAMOS: «Sobre la influencia», págs. 294 y ss.; GARCÍA AMADO: «¿Dogmática penal sis-

1. Esta concepción, que no es uniforme⁵ ni propone un edificio teórico calificable de «nuevo» u «original»⁶, hunde sus raíces en las elaboraciones europeas de N. LUHMANN⁷ —obviamente, con precedentes en las construcciones sociológicas de E. DURKHEIM⁸, T. PARSONS y R. MERTON, en los años 30 del siglo pasado, en Francia y los Estados Unidos de Norteamérica—, para quien el Derecho es un instrumento de estabilización social, que sirve para orientar las acciones de los asociados e institucionalizar las expectativas; ello, sin olvidar el pensamiento de F. HEGEL¹⁰, las influencias de la Teoría del interaccionismo simbólico y, por supuesto, la concepción de H. WELZEL según la cual el Derecho penal tiene como misión la de proteger los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social¹¹.

Con esos puntos de partida, se asume el concepto de «confianza institucional» entendido como una forma de integración social que, en los llamados «sistemas complejos»¹², sustituye los mecanismos espontáneos de confianza recíproca entre los individuos existentes en una comunidad de organización primaria. Además, se considera que existe congruencia entre relaciones simples de confianza recíproca y el Derecho, lo que es característico de organizaciones sociales elementales y de formas jurídicas rudimentarias. Por eso, se alega que el ordenamiento jurí-

témica?», en *Doxa* N° 23, págs. 233 y ss.; BARATTA: «Integración-prevención», págs. 533 y ss.; ZAFFARONI: «El Funcionalismo sistémico», págs. 748 y ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR: *Derecho penal*, págs. 346 y ss.; CASTRO OSPINA: *Influencias del funcionalismo en el sistema penal*, págs. 3 y ss.

⁵ En contra de lo que muchos creen, al interior de la concepción jakobsiana se han producido mutaciones importantes, tal como lo demuestra PEÑARANDA RAMOS («Sobre la influencia» en *Doxa* N° 23, 2000, págs. 294 y ss.), bien para radicalizar la postura original bien para matizarla en algunos aspectos.

⁶ Cfr. BARATTA: «Integración-prevención», ob. cit., pág. 543; FERRAJOLI: *Derecho y razón*, pág. 275.

⁷ Cfr., por ejemplo, LUHMANN: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, págs. 45 y ss.; una buena exposición del pensamiento del filósofo alemán, en ALCACER GUIRAO: *Los fines del Derecho Penal*, pág. 83 y ss.; GARCÍA AMADO: «¿Dogmática penal sistémica?», en *Doxa* N° 23, págs. 237 y ss.

⁸ Cfr. FERRAJOLI: *Derecho y razón*, nota 175, págs. 316 y 317, quien transcribe al pie de la página a E. DURKHEIM (*División del trabajo social*, trad. de C. G. Posada, Madrid, Daniel Jorro, 1928, págs. 126-127).

⁹ El orden social, en lo que parece un juego de palabras, se concibe como un complejo entramado de expectativas y de expectativas de expectativas.

¹⁰ Véase, por ejemplo, *Filosofía del Derecho*, págs. 107 y ss., en especial §§ 90-104.

¹¹ Véase MÜLLER-TUCKFELD: *Integrationsprävention*, págs. 57 y 58; la posición de WELZEL en *Derecho Penal*, pág. 15.

¹² Por *sistema* en su acepción más general, se entiende el conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto. Desde la perspectiva penal (Cfr. PÉREZ MANZANO: *Culpabilidad y prevención*, pág. 45 nota 136), «se puede designar todo campo de elementos que se relacionan entre sí de forma distinta (a) con el ambiente y cuyas relaciones se conservan en un espacio determinable»

dico con sus normas abstractas y sus relaciones despersonalizadas, reemplaza la confianza personal por la colectiva, y la institucionalización de las expectativas de comportamiento producida por el Derecho tiene la función de garantizar el modo de confianza que es posible en órdenes sociales complejos. En otras palabras: el Derecho es un subsistema indispensable para la estabilización de esos organismos sociales; las normas son expectativas de conducta contrafácticamente garantizadas.

2. De esta manera, entonces, es posible trasladar el centro de subjetividad del sistema social, del individuo al sistema mismo, con lo cual —de cara a la estabilidad de éste último— se le atribuye mucho más valor a la producción de consenso y a sus equivalentes funcionales, que al principio crítico de la valoración ética y política tanto individual como colectiva.

3. Para esta construcción, pues, la violación de la norma es socialmente disfuncional, no porque se lesionen o afecten determinados bienes o intereses jurídicos¹³ sino por poner en discusión la norma misma como orientación de la acción y, por ende, la confianza institucional de los asociados¹⁴.

4. Al trasladar lo anterior al Derecho punitivo, se propugna por una renormativización de los conceptos jurídico-penales para orientarlos a la función que les corresponde¹⁵, acorde con la visión organicista u holista que se patrocina. De esta forma, el antinaturalismo y el normativismo pregonados posibilitan la desaparición de los referentes extrajurídicos en los conceptos tradicionales de la Dogmática Penal, que eran retomados como criterios para delimitar la extensión de la respuesta penal (esto es, el ámbito de tutela) y su intensidad (valga decir: límite inicial de incriminación, diferenciación entre delito tentado y consumado, entre acción y omisión, etc.). Nociones como sujeto, causalidad, capacidad de actuar, culpa, dolo, culpabilidad, etc. pierden su contenido prejurídico y actúan como conceptos que «expresan diversos niveles de competencia»¹⁶.

5. Esta postura —también denominada como teoría de la *prevención-integración*— fundamenta el sistema penal a partir de una noción de pena estatal, según la cual ella tiene como finalidad restablecer la confianza entre

¹³ Véase MÜLLER-TUCKFELD: *Integrationsprävention*, pág. 61.

¹⁴ Cfr. JAKOBS: *Strafrecht*, 1ª ed., 1983, págs. 28 y ss.; en el Prólogo de la segunda edición de esa obra (1993, pág. V), dice: «El universo de los conceptos jurídico penales tiene que ajustarse a la función social del Derecho Penal y no a fenómenos naturales o de otro modo ajenos a lo social»; ALCACER GUIRAO: *Los fines del Derecho Penal*, pág. 82.

¹⁵ Cfr. PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ: «Consideraciones sobre la Teoría de la imputación de Günther Jakobs» en JAKOBS: *Estudios de Derecho Penal*, pág. 17; PEÑARANDA RAMOS: «Sobre la influencia», en *Doxa* N° 23, págs. 294 y 295.

¹⁶ Cfr. JAKOBS: *Strafrecht*, 1ª ed., pág. VI; el mismo: «La idea de la normativización en la Dogmática jurídico-penal», en *Problemas capitales*, págs. 69 y ss.

los asociados y reparar los efectos negativos que la violación de la norma produce para la estabilidad del sistema y la integración social (el llamado modelo basado en la protección de la expectativa de la norma, o de la vigencia de la norma). Obviamente, esto la diferencia de otras concepciones preventivo generales positivas¹⁷ que —en sus dos variantes adicionales: la misión ético social del Derecho Penal y la integración social— hacen hincapié, bien en la internalización en la conciencia de los ciudadanos de los valores plasmados en las normas jurídico-penales y en el fortalecimiento de las mismas, o bien en la estabilización de la conciencia jurídica y de la paz social, restituyendo el clima emocional alterado por el delito¹⁸.

6. Así las cosas, *la pena* no se concibe como la retribución de un mal con un mal, ni como disuasión (prevención negativa); ella persigue la prevención general positiva¹⁹, la prevención integración, porque su función primaria es ejercitar el reconocimiento de la norma y la fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad²⁰. De otra forma expresado: mediante la contraposición simbólica de la pena se restablece la confianza en el Derecho²¹, pues ella —en última instancia— sólo sirve para autoconfirmar la identidad de la propia sociedad.

7. Consecuentemente, *el delito* es una amenaza para la integridad y la estabilidad sociales, pues es expresión simbólica de una falta de fidelidad al Derecho. Esta expresión alegórica hace estremecer la confianza institucional y la pena se constituye, a su vez, en un enunciado figurado opuesto al representado por el delito. Al ser un instrumento de preven-

¹⁷ Sobre ello, MÜLLER-TUCKFELD: *Integrationsprävention*, págs. 39 y ss. quien rechaza, por lo demás, que se trate de una teoría moderna (Cfr. Pág. 19 y ss.).

¹⁸ Cfr. ALCACER GUIRAO: *Los fines del Derecho Penal*, págs. 68 y ss., 81 y ss.

¹⁹ Según JAKOBS (*Estudios*, pág. 385), se habla de «prevención general, porque pretende dirigirse un efecto en todos los ciudadanos; positiva, porque este efecto no se pretende en que consista en miedo ante la pena, sino en una *tranquilización* en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena».

²⁰ Cfr. JAKOBS: *Strafrecht*, 1ª ed., págs. VI y ss. No obstante, debe destacarse, la función que el autor atribuye a la pena ha soportado cambios en su elaboración: en efecto, inicialmente le concedió mucha importancia al «ejercicio de la fidelidad al Derecho» al punto de que llegó a identificarlo con la prevención general positiva, aunque superponiéndose a la idea de «preservación o mantenimiento de la confianza en la norma» (Cfr. «Culpabilidad y prevención...» en *Estudios*, págs. 79, 98 y ss.); con posterioridad (al publicar su *Tratado*), sin embargo, dijo que la pena entendida como prevención general positiva se manifestaba en tres aspectos diferentes: a) sirve para confirmar la confianza en la vigencia de las normas, pese a su ocasional infracción; b) se orienta al ejercicio en la fidelidad hacia el Derecho; y c) mediante su imposición se aprende la conexión existente entre la conducta que infringe la norma y la obligación de soportar sus costes, sus consecuencias penales (Cfr. *Strafrecht*, 1ª ed, págs. VI y ss., nota 20). Sobre ello, PEÑARANDA RAMOS: «Sobre la influencia», en *Doxa* N° 23, págs. 295 y 296, 303.

²¹ Sobre ello, ALCACER GUIRAO: *Los fines del Derecho Penal*, pág. 82.

ción positiva, la sanción tiende a restablecer la confianza y a consolidar la fidelidad al ordenamiento jurídico, no sólo en relación con los terceros sino con el autor de la violación. Lo que interesa, pues, es el grado de intolerabilidad funcional hacia la expresión simbólica de infidelidad en relación con los valores consagrados en el plexo normativo, de tal manera que se termina moldeando la conciencia de los ciudadanos.

8. El comportamiento se le reprocha al agente porque él expresa una actitud contraria a esos valores y en ello se encuentra su significado simbólico; de esta manera, la conciencia social y el ordenamiento reaccionan *normativamente* contraponiendo la pena, entendida como un hecho alegórico contrario al significado del comportamiento delictivo. Se erige, pues, un *concepto funcional de culpabilidad*²² en virtud del cual esta categoría se reduce a un juicio de adscripción de responsabilidad conforme a criterios normativos establecidos por el Derecho.

Obviamente, esta concepción de la culpabilidad —de la mano de una pretextada afiliación a la tesis de la imputación que se atribuye a F. HEGEL— va unida a una elaboración totalista del delito, que niega cualquier importancia a la diferenciación analítica de los tradicionales elementos de la teoría jurídica del delito y, por ende, al distingo entre injusto y culpabilidad. Toda la construcción, pues, queda reducida a un tipo total de culpabilidad del que forman parte inescindiblemente, como elementos objetivos y subjetivos —aunque, a decir verdad, todos terminan siendo componentes normativos, en los que la valoración correspondiente depende de la función que están llamados a cumplir—, la totalidad de las características del delito, en una conexión «dialéctica» y «circular», con lo que la tradicional ordenación de las categorías del delito podría, a lo sumo, tener un mero valor técnico²³.

9. Así mismo, la exigencia funcionalista de restablecer la confianza en el derecho mediante la contraposición simbólica de la pena, es no sólo el verdadero y último criterio de comprobación de los tradicionalmente denominados ingredientes subjetivos del delito, sino el fundamento para determinar el grado de culpabilidad e individualizar la medida punitiva²⁴.

10. Como consecuencia de lo anterior, los dos pilares del derecho penal tradicional (*el principio de lesividad*: el delito es lesión de bienes jurídicos, y *el principio de culpabilidad*) se derrumban y son sustituidos por una teoría sistémica en la cual «el individuo deja de ser el centro y

²² Cfr. JAKOBS: *Strafrecht*, 1ª ed., págs. 396 y ss.

²³ Así H. H. LESCH. Cfr. PEÑARANDA RAMOS: «Sobre la influencia», en *Doxa* 23, págs. 298 y 299.

²⁴ BARATTA: «Integración-prevención», pág. 537.

el fin de la sociedad y del derecho, para convertirse en un «subsistema físico-síquico», al que el derecho valora en la medida en que desempeñe un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social»²⁵. Así las cosas, conceptos como el de bien jurídico —lo que se reprime es el desvalor del acto, entendido desde la perspectiva de un riesgo jurídicamente desaprobado; esto es, se mira el comportamiento humano como la manifestación de una actitud de infidelidad al Derecho— y el de subsidiariedad del Derecho Penal son sistemáticamente negados²⁶.

III. Las críticas²⁷

Con miras a sentar las bases para poder hacer la evaluación de esta elaboración, es necesario ahora señalar cuales han sido los cuestionamientos más severos que se le han formulado.

1. Desde la perspectiva de las censuras internas al sistema o intrasistemáticas —retomando el aporte fundamental de A. BARATTA, que data ya de 20 años atrás— se ha dicho que esta teoría da a la pena la misma importancia que al *Derecho*, olvidando que ella no tiene igual consistencia que éste: «dentro de una concepción sistémica son posibles teorías y técnicas basadas en la alternativa radical al sistema penal...pero la teoría de la prevención-integración no parece ni siquiera registrar esa posibilidad teórica contenida en la propia teoría sistémica»²⁸. Es más, se añade que con ese punto de partida se desvincula completamente la pena de la función protectora de bienes jurídicos²⁹, dado que el delito no es definido como lesión de éstos sino como deslealtad con el sistema³⁰, con lo cual se cae en un sutil y pernicioso «neorretribucionismo» que antepone la preservación del sistema a los valores, derechos y garantías del individuo³¹.

²⁵ Cfr. BARATTA: «Integración-prevención», ob. cit., pág. 537.

²⁶ Cfr. JAKOBS: *Strafrecht*, 1ª ed., págs. 7 y ss.; no obstante, se podría plantearse que como el citado Profesor no renuncia a la idea de legalidad, bien se podría construir una idea de subsidiariedad a partir de allí, como lo evidencia el hecho de que él no desconozca la idea de permisión de riesgos.

²⁷ Cfr. AMBOS: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, págs. 20 y ss., 533 y ss.; MÜLLER-TUCKFELD: *Integrationsprävention*, págs. 63 y ss.; BARATTA: «Integración-prevención», págs. 544 y ss.; PÉREZ MANZANO: *Culpabilidad y prevención*, págs. 50-54, 168 y ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR: *Derecho penal*, págs. 349-352; URBANO MARTÍNEZ: *La legitimidad*, págs. 100 y ss.

²⁸ Cfr. BARATTA: «Integración-prevención», pág. 545.

²⁹ Cfr. GARCÍA AMADO: «¿Dogmática penal sistémica» en *Doxa* N° 23, pág. 237.

³⁰ Cfr. GARCÍA PABLOS: *Derecho penal*, págs. 150 y 501.

³¹ Cfr. GARCÍA PABLOS: *Derecho penal*, pág. 150, siguiendo a F. MORALES PRATS (en GONZALO QUINTERO OLIVARES: *Manual de Derecho Penal*, pág. 131). La califica como una «retribución funcional»: LESCH: *Intervención delictiva e imputación objetiva*, págs. 39 y 40.

Al individuo, pues, no se le castiga por el acto cometido sino «por ser visto como el sistema lo ve, puesto que, en buena lógica sistémica, el sistema no puede verlo como realmente es»³².

2. Igualmente, a título de observación metodológica y desde una perspectiva también intrasistemática, se dice que esta elaboración incurre en una deficiencia en su aplicación en lo atinente a su propio alcance. En efecto, para esta Teoría los conflictos en sociedades complejas se manifiestan en lugares del sistema diversos de aquél en el cual se han producido³³; sin embargo, dice A. BARATTA, «la teoría expresiva parece reducir la respuesta penal, necesariamente, a una reacción sintomatológica a los conflictos, que se realiza exclusivamente en el lugar donde ellos se manifiestan y no en aquél donde se producen. Es decir, frente a conflictos de desviación reacciona dentro de los límites clásicos de la respuesta represiva».

Por ello, pues, en este caso la teoría sistémica permanece por debajo de la posibilidad de innovación teórica que sería posible dentro de su mismo marco. En principio, pues, «no resultaría imposible utilizar también ese marco teórico para una búsqueda de alternativas radicales al sistema penal, de intervenciones institucionales que actúen sobre los conflictos en el mismo lugar en que se producen y no en aquél donde se manifiestan»³⁴.

3. Así mismo, a título de crítica intrasistemática, se indica que esta elaboración sólo tiene en cuenta los eventuales efectos positivos que el ejercicio de la función penal reporta para la integración social y el restablecimiento de la confianza institucional, pero omite considerar las consecuencias del sistema penal que pueden compensar negativamente sus pretendidos resultados positivos. Por ello, apunta A. BARATTA, es un clásico ejemplo de *ignoratio elenchi* porque «desconoce todos los argumentos y observaciones que ponen en evidencia el hecho de que el sistema penal produce altos costos sociales y gravísimos efectos sobre la integración social y la confianza de las instituciones. Piénsese, solamente, en los efectos disgregantes que la pena privativa de la libertad produce en el ámbito familiar y social del detenido; en el *distanciamiento social* generado por la estigmatización penal, que interrumpe o de cualquier modo perjudica el contacto social del estigmatizado con el resto de la sociedad; en la profunda desconfianza producida por la percepción del funcionamiento selectivo y desigual del sistema penal y por las distorsiones que tienen lugar en el uso de sus diversos instrumentos institucionales (un ejemplo muy actual es el de la detención preventiva, que ha dejado de tener una función procesal y ha asumido un carácter punitivo)»³⁵.

³² GARCÍA AMADO: «¿Dogmática penal sistémica» en *Doxa* N° 23, pág. 255.

³³ Cfr. LUHMANN: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, págs. 45 y ss.

³⁴ Cfr. BARATTA: «Integración-prevención», pág. 545.

³⁵ Cfr. BARATTA: «Integración-prevención», pág. 546; ZUGALDÍA ESPINAR: *Fundamentos*, pág. 78.

4. De igual forma, a título de ataque extrasistemático o externo, se señala que ella ha sustituido el *principio de la resocialización* —que pese a sus fracasos puede ser reinterpretado, buscando que el «objeto de tratamiento» se transforme en «sujeto de derechos sociales»— por el de la prevención general positiva; por lo cual, «debe tomarse con recelo una teoría que parece dejar sin contenido el núcleo humanístico y emancipador que estaba en la base de la utopía de la «reinscripción»³⁶.

5. A la par, en la que constituye otra censura extrasistemática, se advierte que esta elaboración académica termina sosteniendo que la confianza institucional no se pone en peligro con las violaciones latentes de la norma sino con las graves y manifiestas; en otras palabras: «la respuesta penal, entendida como contradicción simbólica del significado expresivo del acto desviado, acepta como idónea esa línea de distinción entre **latencia** y **visibilidad de los conflictos**, e incluso hace de ella una de sus condiciones»³⁷. Por eso, entonces, no es de extrañar que sea la criminalidad manifiesta —y no la llamada cifra negra— la que provoque una respuesta penal basada en la teoría de la prevención-integración; ella, pues, «legitima el principio de selectividad del sistema y los procesos de inmunización de la respuesta penal, que dependen estrechamente del grado de visibilidad social de la criminalidad en una determinada sociedad»³⁸.

Así las cosas, se lleva a cabo una legitimación tecnocrática del funcionamiento desigual del sistema penal que es coherente con la concepción del individuo como responsable de la violación visible, y no como un sujeto autónomo, moralmente responsable de sus propios actos; el ser humano, pues, es un mero subsistema sicofísico —¡y conste que el expositor todavía conserva su dignidad de ser humano, por más que las iras funcionalistas amenacen con tornarlo en una «no persona»!—, un centro de adscripción de responsabilidad con base en su «capacidad» y por sus propias «competencias», o sea, casi una nada...³⁹.

³⁶ Cfr. BARATTA: «Integración-prevención», pág. 547; GARCÍA PABLOS: *Derecho penal*, pág. 150; ZUGALDÍA ESPINAR: *Fundamentos*, pág. 78. No obstante, pretende lo contrario PEÑARANDA RAMOS: «Sobre la influencia», pág. 310.

³⁷ Cfr. BARATTA: «Integración-prevención», pág. 548.

³⁸ Idem, págs. 548 y 549. Para ALCACER GUIRAO (*Los fines del Derecho penal*, pág. 96), «esta teoría conlleva una petición de principio, ya que establece el fin del Derecho penal pero no establece los medios con los que dicho fin debe realizarse»; además, pueden verse diversas críticas en el pie de página 223.

³⁹ Para JAKOBS: (*Strafrecht*, 1ª ed., págs. 394 y ss.), el sujeto sólo es portador de una respuesta simbólica, de una función preventiva e integradora que se realiza a su costa, excluyéndose su condición de destinatario y fin de una política de auténtica reintegración social, como diría BARATTA, ob. cit., pág. 549.

6. Así mismo, también como crítica extrasistemática, se ha dicho que esta elaboración es altamente conservadora⁴⁰, autoritaria⁴¹, tecnocrática⁴² y, como ya se expresó, legitimante del *statu quo*⁴³, tendente al inmovilismo, negadora del cambio y de los conflictos sociales, por lo cual avalla —esto es, es perfectamente coherente o «funcional»⁴⁴—, sin discusión alguna, la tendencia expansionista del Derecho penal actual y la intensificación de la respuesta penal para enfrentar los problemas sociales, porque hace parte de un modelo tecnocrático del saber social sólo preocupado por reproducir ideológica y materialmente las relaciones sociales existentes⁴⁵. Ello se torna todavía más certero, cuando se piensa en el derecho punitivo que se viene empleando para combatir las manifestaciones terroristas que han sacudido al planeta entero a lo largo de los últimos años: piénsese en el catastrófico once de septiembre estadounidense y en el Once de marzo español, entre muchas otras.

No obstante, los defensores de esta corriente ven en ella una elaboración tributaria de los postulados propios de un Derecho Penal liberal y, aunque suene paradójico, para ellos el Profesor G. JAKOBS termina siendo el más liberal de los pensadores contemporáneos⁴⁶.

7. También, se dice que estas elaboraciones incurren en una evidente confusión entre Derecho y Moral, con lo cual —advierte L. FERRAJOLI— se inscriben en «el inagotable filón del legalismo y del estatalis-

⁴⁰ GARCÍA AMADO: «¿Dogmática penal sistémica» en *Doxa* N° 23, pág. 246; PÉREZ MANZANO: *Culpabilidad y prevención*, pág. 169.

⁴¹ Es más, según ZAFFARONI («El Funcionalismo sistémico y sus perspectivas», págs. 747 y ss.), la dirección alemana del funcionalismo sistémico «es una nueva versión del organicismo o un neo-organicismo» que «se acerca peligrosamente a un equivalente central de la llamada «doctrina de la seguridad nacional» de uso periférico» (pág. 747). Esta última crítica es tomada de GARCÍA MÉNDEZ: *Autoritarismo y Control Social*, págs. 117 y ss.

⁴² Cfr. BARATTA: «Integración-prevención», págs. 544-545; el mismo: «Jenseits der Strafe», pág. 413. De otra opinión, sin embargo, ALCACER GUIRAO: *Los fines del Derecho penal*, pág. 94.

⁴³Cfr. GARCÍA PABLOS: *Derecho penal*, págs. 150 y 502; ZUGALDÍA ESPINAR: *Fundamentos*, pág. 76.

⁴⁴ Cfr. BARATTA: «Integración-prevención», pág. 544; FERRAJOLI: *Derecho y razón*, pág. 275; URBANO MARTÍNEZ: *Legitimidad del Derecho penal*, pág. 114.

⁴⁵ Véase SCHÜNEMANN: *Consideraciones*, págs. 14 y 43; GARCÍA AMADO: «¿Dogmática penal sistémica» en *Doxa* N° 23, pág. 236; MUÑOZ CONDE: «El nuevo Derecho penal autoritario», en *El Derecho ante la globalización*, pág. 174.

⁴⁶ Según ALCACER GUIRAO (*Los fines del Derecho penal*, pág. 92) la protección de la vigencia de la norma es uno de los ideales iluministas. Algunos, incluso, lo pretenden heredero del pensamiento de FRANCESCO CARRARA: PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ: «Consideraciones sobre la Teoría de la imputación de Günther Jakobs» en JAKOBS: *Estudios de Derecho Penal*, págs. 25 y 26; GROSSO GARCÍA: *Dos estudios*, pág. 71.

mo éticos»⁴⁷. En otras palabras: se posibilita la ingerencia del Derecho Penal en la conciencia moral de los ciudadanos, lo que es intolerable desde la perspectiva de un Estado de Derecho Social y Democrático⁴⁸, máxime que dentro del concepto de prevención general positiva acuñado, se acude a la idea del «*ejercicio en la fidelidad al derecho*» que es tomada de las construcciones del Derecho Penal de la época del Nacionalsocialismo. Esta última idea es la base del concepto de *culpabilidad* que se postula al cual se le tilda de social, pues no se es «culpable» cuando el sistema lo trata a uno como tal y lo hace así cuando no tiene alternativa.

Desde luego, este concepto de culpabilidad —pese a las críticas que hace a las posturas psicologistas y ontológicas— no logra situarse en el plano estrictamente normativo y termina, paradójicamente, cayendo en lo que tanto cuestiona: en el psicologismo, como ha dicho un iusfilósofo contemporáneo⁴⁹.

8. De la mano de lo anterior, se ha señalado que la intervención penal para la «garantización de las expectativas», «es un concepto que se maneja olvidando la *especificidad* propia del *Derecho Penal* en cuanto instancia de control formal que está condicionado por múltiples límites y garantías» y que, con ello, «tienden a eliminarse las barreras formales entre el Derecho Penal y otros medios de control social menos traumáticos y estigmatizadores», por lo cual el Derecho Penal «queda vacío de contenido y de funciones intrínsecas y específicas»⁵⁰. Por eso, se ha afirmado, esta construcción termina abogando por un *ius puniendi* ilimitado no sujeto a ningún control formal o material, lo cual es coherente con una política criminal no legitimada democráticamente⁵¹.

⁴⁷ Cfr. FERRAJOLI: *Derecho y razón*, pág. 274.

⁴⁸ Cfr. MIR PUIG: *Derecho Penal*, pág. 51. Ello sucede pese a que se dice partir de las elaboraciones de N. LUHMANN para quien se debe distinguir con claridad el Derecho de la Moral: «La separación entre Derecho y moral se convierte en una condición de la libertad» (sobre ello, ALCACER GUIRAO: *Los fines del Derecho Penal*, pág. 83, citando a aquél autor: *Rechtssoziologie*, 2ª. ed., Reinbeck, 1983, pág. 223); en el mismo sentido HABERMAS: *Facticidad y Validez*, págs. 571 y ss. No obstante, el propio JAKOBS (*Strafrecht*, 2ª. ed., pág. 14), parece negar tal confusión.

⁴⁹ Así, GARCÍA AMADO: «¿Dogmática penal sistémica» en *Doxa* N° 23, pág. 260-261. Para una crítica sobre el punto es imprescindible SCHÜNEMANN: *El sistema moderno del Derecho Penal*, págs. 158 y ss.; 166 y ss., quien concluye: «...el intento de Jakobs de aunar culpabilidad y prevención general no sólo es susceptible de ser atacado desde perspectivas materiales, sino que también debe ser rechazado desde la óptica metodológica» (pág. 172).

⁵⁰ Cfr. MORALES PRATS, en *Manual*, pág. 131.

⁵¹ Cfr. MORALES PRATS, en *Manual*, pág. 131; GARCÍA PABLOS: *Derecho*, pág. 150. También, ZAFFARONI («El Funcionalismo sistémico», pág. 747): «...sus consecuencias jurídico-penales llevan al ocaso del llamado «derecho penal liberal» (o de garantías o realizador de Derechos Humanos».

9. Del mismo modo, se asevera, esta teoría conduce en última instancia a una serie de argumentaciones circulares que encubren un decisionismo muy marcado⁵², cuando no constituye «un callejón sin salida en la dogmática jurídico-penal»⁵³ que, a ratos, da la impresión de situarla en un punto de no retorno, al ahogarla en un insondable mar de conceptos «renormativizados» que terminan dejando el discurso en el vacío; el tornado normativista, pues, si no se le pone coto, amenaza con llevarse todo el centenario edificio dogmático y arrojárselo en su propio torbellino de tormentas.

10. Por lo demás, se advierte, una Dogmática que propenda por la estabilización del sistema olvida los que pueden ser considerados elementos centrales para una Política criminal democrática⁵⁴, como serían la prevención especial, los principios de intervención mínima, de proporcionalidad y, por supuesto, el axioma de dignidad de la persona humana, para terminar legitimando cualquier sistema político⁵⁵. Es más, para críticos tan radicales como F. MUÑOZ CONDE, cuya postura no se tiene que suscribir necesariamente: «La única diferencia entre la fundamentación funcionalista actual del Derecho penal y la que ofrecía el nacionalsocialismo es que el funcionalismo está dispuesto a asumir también que Derecho es lo que es funcional (útil) al sistema democrático, aunque muchos de sus preceptos no tengan nada de democrático. En definitiva, la «razón de Estado», que es el que monopoliza el poder punitivo, o la funcionalidad de su sistema, independientemente de que sea democrático o autoritario, se convierte en el único fundamento del Derecho (penal)»⁵⁶.

11. Del mismo modo, se le ha censurado el hecho de que interrumpe el diálogo volviéndose un discurso *autopoiético*: «pretende que quien acepta que debe haber poder estatal y éste debe tener eficacia, no puede discutir su legitimidad, o sea, que el poder punitivo existe o no existe, y cuando existe es preciso admitir y legitimar sin más sus caracteres negativos. Es la máxima de quienes pretenden que el programa moderno está acabadamente realizado: *lo que es, es como debe ser* o, dicho de otra manera, *debe ser porque es*. Consiste en una singular interpretación

⁵² Véase SCHÜNEMANN: *Consideraciones*, págs. 46-47; el mismo: «Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva», en *Política Criminal y Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, pág. 92.

⁵³ Cfr. SCHÜNEMANN: «La relación entre ontologismo y normativismo» en *Moder-nas tendencias*, pág. 652.

⁵⁴ Sobre ello, MUÑOZ CONDE: *Edmund Mezger*, pág. 117.

⁵⁵ MUÑOZ CONDE: *Edmund Mezger*, págs. 117-119; el mismo: *Derecho Penal y Control Social*, Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pág. 42.

⁵⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE: «El nuevo Derecho penal autoritario» en *El Derecho ante la globalización*, pág. 173.

del principio hegeliano fundada en leyes extraídas de la biología»⁵⁷. La doctrina se vuelve, pues, según estos cuestionamientos, circular y se retroalimenta a sí misma, algo parecido a lo que sucede con la norma fundamental en la concepción kelseniana⁵⁸, mientras —se acota— acorde con esta visión tecnocrática, funcionalista o descriptiva de un sistema jurídico, el jurista termina convertido «en simple notario que constata la realidad, pero que ni la aprueba, ni la desaprueba»⁵⁹.

12. Adicionalmente, se asegura que esta elaboración teórica es antiética porque para ella el supremo valor es el sistema mientras los restantes valores son meros instrumentos. Por ello, advierten E. R. ZAFFARONI y sus discípulos, «presupone la *ficción de absoluta racionalidad del estado real*, pues de lo contrario sería aberrante, dado que cualquier atrocidad sería legítima si fuese funcional al sistema: por *reductio ad absurdum*, en una sociedad fundamentalista serían funcionales quienes violasen mujeres que no usan velo, porque reducirían las expectativas de media población y contribuirían a la función autopoiética de mantenimiento del equilibrio del sistema. Se elude esta consecuencia disparatada reconociendo que el planteo sistémico en la dogmática es altamente abstracto y, por ende, describe algo así como un aparato que siempre funciona igual, pero que sólo se legitima si se lo hace operar para el bien. Se argumenta que de este modo *el funcionalismo no niega los problemas de legitimación sino que los considera previos*, pero en realidad da por realizado el estado racional hegeliano».

Adicionalmente, señalan los críticos que «con ello se erige en una teoría radicalmente juspositivista, que pretende aceptar el valor de la crítica pero que teoriza el derecho penal de modo absolutamente acrítico, o sea, un nuevo recurso para preservar el derecho penal de toda *contaminación* crítica, dejada en un nebuloso campo previo (político): expresamente Luhmann niega toda posibilidad crítica»⁶⁰.

13. De igual forma, a manera de consecuencia de lo ya expresado, se afirma que estas construcciones son antimodernas. En efecto: «se trata de un discurso que lleva la ficción de modernidad realizada hasta el límite de lo antimoderno, llegando a ser *antiilustrado*: el humano no es un ente que decide y que requiere la garantía de un mayor espacio social de decisión y realización, sino todo lo contrario, es decir, es necesario limitarle ese espacio, institucionalizando contrafácticamente sus deci-

⁵⁷ Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR: *Derecho Penal*, 2ª ed., pág. 349.

⁵⁸ Así, VIVES ANTÓN: *Fundamentos*, pág. 444.

⁵⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE: «El nuevo Derecho penal autoritario» en *El Derecho ante la globalización*, pág. 173.

⁶⁰ Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR: *Derecho Penal*, 2ª ed., págs. 349 y 350.

siones que amenazan el sistema, con el pretexto de sobrecarga. La pretensión glorificada de la reducción de expectativas mediante un actuar sin pensar es expresión de una antropología reaccionaria antimoderna, cercana al pensamiento de la restauración: el hombre libre provoca el caos; sólo la reducción de sus espacios provoca el orden. Todo ello sea dicho sin perjuicio de que el propio fundamento biológico de la teoría (solo el orden por reducción de elecciones evita el caos) es hoy discutido por las conclusiones del estudio de los fenómenos de no equilibrio y de los sistemas dinámicos inestables, como por la introducción de la estadística y de la probabilidad en las ciencias sociales»⁶¹.

14. Al mismo tiempo, se indica, esta construcción no sólo no es susceptible de ser verificada empíricamente porque existe un notable vacío sobre la forma como actúa socialmente la pena⁶², sino que carece de base racional porque «bajo una ornamentación estético-racional, la teoría legitima impulsos irracionales y emocionales primarios ante el hecho criminal, así *la pena se entiende como medio de reequilibrio psíquico de la sociedad*»⁶³. Se trata, pues, de una concepción altamente simbólica para la cual se olvida que ella es un mal infligido a quien transgrede la norma⁶⁴.

15. Es más, para culminar, algunos críticos le cuestionan a estas posturas haber hecho una lectura equivocada de la obra de N. LUHMANN, al tomar sólo fragmentos de esta construcción, olvidando la concepción del filósofo alemán desaparecido «sobre la *función* de la teoría y la dogmática», con lo cual mezclan en sus escritos niveles u órdenes discursivos diversos y emplean un lenguaje equívoco. Ello porque, como dice J. A. GARCÍA AMADO, «cuando se hace teoría o dogmática del derecho penal no cabe alejarse de los otros datos o elementos del sistema (sus normas, su código, su modo de operar, etc.) si no es a riesgo de que la doctrina en cuestión resulte totalmente incomprendida y rechazada, totalmente irrelevante, o de que, si se impone, contribuya a cambiar los perfiles mismos del sistema (o disolverlo)»⁶⁵. En fin, por ello se expresa que esta concepción apenas si tiene un escaqueo con las posturas del citado filósofo⁶⁶, al cual se suma el guiño que hace a F. HEGEL sin olvidar a VON LISZT⁶⁷, aunque no se debe dejar de lado que —con indepen-

⁶¹ Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR: *Derecho Penal*, 2ª ed., pág. 350.

⁶² Véase ALCACER GUIRAO: *Los fines del Derecho Penal*, pág. 44.

⁶³ Cfr. MORALES PRATS, en *Manual*, pág. 131.

⁶⁴ Así PEÑARANDA RAMOS: «Sobre la influencia», en *Doxa* 23, pág. 313.

⁶⁵ GARCÍA AMADO: «¿Dogmática penal sistémica» en *Doxa* N° 23, págs. 261 y 262. Muy crítico PRIETO NAVARRO: «Teoría de sistemas, funciones del Derecho y control social» en *Doxa* N° 23, págs. 233 y ss.

⁶⁶ Cfr. PRIETO NAVARRO: «Teoría de sistemas», en *Doxa* N° 23, págs. 266-268.

⁶⁷ Cfr. GARCÍA AMADO: «¿Dogmática penal sistémica?», en *Doxa* N° 23, págs. 233, 263. Se trata, pues, como el mismo expositor lo señala, de unas dosis de funcionalismo aderezado con sistemismo.

dencia de la cercanía o no en un primer momento a planteamientos como los de N. LUHMANN— G. JAKOBS y sus discípulos han manifestado a lo largo de los últimos años que sus planteamientos se acercan más a los de F. HEGEL que a los de aquél.

En fin, para culminar este acápite, puede decirse que fuera de estos cuestionamientos se han formulado otros de similar jaez enfrente a los cuales, como es apenas natural, los partidarios de la concepción jakobiana han hecho oportunas y en veces importantes réplicas que —por razones de espacio— no es del caso entrar a examinar.

IV. El marco político, económico y social

Obviamente, interesa ahora precisar cual es —a grandes rasgos— el entorno en el cual algunos estudiosos de este margen pregonan la aplicabilidad de estas concepciones.

A. Tópicos políticos. Cuando se mira el panorama del continente latinoamericano en este ámbito se puede constatar que existe un denominador común: la ruina de la política, la ausencia de clases dirigentes que jalonan los pueblos, la corrupción generalizada, etc. Por doquier, en el marco de la democracia representativa, se fabrican nuevos «salvadores» o líderes «carismáticos» mediante campañas electorales maquinadas por medio de la publicidad masiva, que logran aletargar a cientos de millones de incautos ciudadanos durante cada nuevo período presidencial, hasta que llega la desilusión y el nuevo «líder» se desinfla como cualquier globo infantil y surge un nuevo candidato más refinado y maquillado que el anterior.

Por ello, se improvisan demagogos populistas que, con la bandera de los desposeídos, terminan montando escenarios macondianos como los que describe G. GARCÍA MÁRQUEZ en sus novelas, o se soportan dictaduras que, sistemáticamente también pisotean los derechos humanos. O, en fin, se acude al recurso de la extrema derecha a través de figuras mesiánicas, en apariencia «fuertes», que lideran proyectos políticos autoritarios para los cuales la consigna es «limpiar» sus respectivos países y el continente entero de «terroristas» y «enemigos» de los nuevos regímenes.

Los partidos políticos, por supuesto, han desaparecido del escenario; la disputa política no es por ideas o principios sino por puestos, dinero, poder y corrupción. De lo que se trata es de repartirse la gran torta de los erarios de unos países arruinados por el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y las cuatro o cinco transnacionales que controlan el poder mundial en el concierto de la apertura económica hacia un mundo globalizado, que también generaliza la pobreza.

B. Tópicos económicos. En este plano también se constata un común denominador: la ruina de las economías, la pauperización generalizada, el hambre y el dolor, como lo muestran las estadísticas frías: para el año 2001, hubo en los países de la región una desaceleración del ritmo de crecimiento económico, lo cual se tradujo en un aumento de la incidencia de la pobreza⁶⁸. El año 2002⁶⁹ ha sido uno de los más críticos de la historia latinoamericana reciente: La caída de la producción regional, estimada en 0.6%, se inserta en una coyuntura económica adversa que completó un lustro; esta «media década perdida», implica que la producción por habitante fue inferior en 1.5 por ciento al nivel de 1997; la mitad de los países de la región han tenido una contracción del PIB *per capita* en los últimos cinco años y los procesos de rápido crecimiento que se podían observar en algunas economías individuales se han detenido. Adicionalmente, en 2003 América Latina y el Caribe apenas crecieron un 1,5%, mientras el PIB *per capita* regional se mantuvo estancado, un 1,5% por debajo del nivel de 1997. Contrastando con ello, lo que supone apenas una muy leve mejoría del enfermo, se prevé que en 2004 la región crecerá un 4,5%⁷⁰.

C. Tópicos sociales. Desde esta perspectiva, el panorama no puede ser más estremecedor, si se tienen en cuenta indicadores como los siguientes:

En primer lugar, según datos del Banco Mundial proyectados para el año 1999⁷¹, existían en el mundo 2800 millones de personas que convivían con menos de dos dólares al día —casi la mitad de la población mundial—, de los cuales 1600 lo hacían con menos de un dólar por día. En Latinoamérica, según cifras del año 2001, habitan 214.3 millones de pobres, esto es, el 43% de su población total (21 países, sumados los del Caribe⁷²), de los cuales 92.8 millones viven en una situación de pobreza extrema⁷³, observándose durante los últimos años un estancamiento

⁶⁸ Cfr. Panorama social de América Latina, Naciones Unidas-CEPAL, 2002, en <http://www.eclac.cl/>

⁶⁹ Cfr. Proyecciones de América Latina, 2003, en *Estudios estadísticos y prospectivos* N° 19, en <http://www.eclac.cl/>

⁷⁰ Inicialmente, se estimó en un 3.5%: Cfr. CEPAL: *Balance preliminar de las economías de América Latina y el Caribe*, 2003, en <http://www.eclac.cl/>; con posterioridad (Cfr. «Se conforma auge económico en América Latina y el Caribe para este año», en la misma dirección electrónica, cinco de agosto de 2004) se ha citado el 4.5%. Para Colombia se espera un 3.7%.

⁷¹ Cfr. AZPIROZ/FOSSALI/MENDOZA: «América Latina: Hogares y población» en http://www.ental.org/hogares_y_poblacion0.htm

⁷² Son: Argentina, Chile, Uruguay, Brasil, Trinidad y Tobago, México, Venezuela, Panamá, Costa Rica, Colombia, Perú, Paraguay, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, El Salvador, Jamaica, Bolivia, Honduras, Nicaragua, y Haití. Sin incluir, obviamente, a Cuba y a otros países.

⁷³ Cfr. Panorama social, ob. cit., en <http://www.eclac.cl/>

en la lucha contra la pobreza, la cual se ha incrementado de forma preocupante en países como Argentina, Paraguay y Uruguay; estas cifras, para el 2002, muestran un porcentaje de pobres del 44% mientras que el de indigentes es del 20% —los cuales, en un 68.7%, están concentrados en Brasil, México, Colombia y Venezuela—, con lo cual se evidencia el marcado y sensible deterioro del panorama social que vive la región. Para el 2003 la situación fue peor, pues en este año hubo 20 millones de latinoamericanos pobres más que en 1997 y la tasa de desempleo creció dos puntos en este período, ascendiendo a 10,7%⁷⁴ mientras que para 2004 se espera un 10.3%⁷⁵; no obstante en países como Colombia, que muestran una situación en extremo dramática, es del 16.7%⁷⁶.

En segundo lugar, otro índice del panorama social latinoamericano es el atinente a la deserción escolar. En efecto, se estima que hacia el año 2000 en 18 países de la América Latina cerca de 15 millones de jóvenes entre los 15 y los 19 años de edad, de un total de 49.4 millones, abandonaron la escuela antes de completar los doce años de estudio, y un 70% de esa cifra lo hizo antes de completar la formación primaria o una vez terminada la misma. Obviamente, una de las causas explicativas de la deserción es la condición socioeconómica y el bajo ingreso de los hogares, todo ello aunado a la baja educación de la madre con una consiguiente desconfianza hacia la educación formal, a la ausencia de uno de los padres del hogar y a la necesidad de ingresar tempranamente al mercado laboral⁷⁷.

D. Otros tópicos. Igualmente, téngase en cuenta, según cifras recientes contenidas en un estudio del Programa Mundial de Evaluación de Recursos Hídricos efectuado en 180 países (marzo de 2003)⁷⁸, 1100 millones de personas en el mundo no tienen agua potable tornándose en vulnerables a enfermedades transmitidas por ese medio, mientras que 2400 millones no tienen redes de agua potable. Naturalmente, aunque es cierto que los países latinoamericanos están bien ubicados en el escalafón mundial en lo atinente a la cantidad de agua pura que poseen, también es evidente que la calidad de la misma no es la mejor: Argentina tiene el número 13 entre 122 países, Cuba el 27, Uruguay el 32, Colombia el 35, Costa Rica el 38, Chile el 39, Panamá el 43, El Salvador el 49, Venezuela el 53, Ecuador el 56, Perú el 59, Bolivia el 67, República Dominicana el 76, Honduras el 89 y México el 106. Adicionalmente, el 50%

⁷⁴ Cfr. *Balance preliminar de las economías de América Latina y el Caribe*, 2003, ob. cit., en <http://www.eclac.cl/>

⁷⁵ Cfr. *Estudio Económico de América Latina y el Caribe*, 2003-2004, en <http://www.eclac.cl/>

⁷⁶ Cfr. *Estudio económico de América Latina y el Caribe* 2003-2004, citado.

⁷⁷ *Panorama Social*, Ob. cit.

⁷⁸ Cfr. *El Tiempo*, edición del cuatro de marzo de 2002.

de la población de los países en desarrollo está expuesta al peligro de fuentes contaminadas de agua.

Otro indicador que no puede ser olvidado es el siguiente: alrededor de 2000 millones de personas en el mundo no cuentan con energía eléctrica y recurren a combustibles tradicionales para cocinar, entre otros leña, querosén y biomasa. Obviamente, un elevado porcentaje de esas cifras de personas residen en Latinoamérica.

V. Conclusiones

Después de examinar las materias anteriores, se pueden consignar las siguientes reflexiones para la discusión.

Primera: Cuando se parte del marco político, económico y social descrito y se tiene claro que el Derecho penal vigente en estos países es simbólico, promocional, con rasgos marcados de eficientismo y expansionismo, concebido para fabricar impunidad e incumplir la ley, etc., todo ello de la mano de unas constituciones políticas que, paradójicamente, abanderan el garantismo, debe afirmarse que es necesario rescatar el imperio de un Derecho penal mínimo⁷⁹, de garantías, un derecho penal del ciudadano⁸⁰, para que el Derecho resurja entre las ruinas de la violencia y el caos y el proceso de integración supranacional vivido hoy por el planeta, también posibilite la globalización de la dignidad humana de tal manera que no se generalicen la guerra y la violencia.

Segunda. Así mismo, acorde con lo expresado, parece evidente que el Funcionalismo sistémico al pregonar un eficientismo muy acentuado, nada tiene que hacer en los países de este margen planetario a no ser que pretenda legitimar una nueva forma del *derecho penal de emergencia*, verdadera enfermedad crónica que siempre ha acompañado la vida del derecho penal moderno como ha sido dicho⁸¹.

Tercera. Desde luego, no se puede desconocer la innegable riqueza dogmática de la propuesta de G. JAKOBS quien, de forma meritoria y rompiendo con todos los esquemas, logró desarrollar un sistema cohe-

⁷⁹ Cfr. FERRAJOLI: *Derecho y razón*, págs. 33 y ss., 851 y ss.

⁸⁰ Sobre ello, BARATTA: «Requisitos mínimos del respeto de los Derechos Humanos en la Ley Penal» en *NFP* N° 34, págs. 421 y ss.; el mismo: «Jenseits der Strafe-Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft. Zur Neubewertung der Funktionen des Strafrechts» en *Festschrift für Arthur Kaufmann*, págs. 413 y 414; APONTE CARDONA: «Institucionalización de la función penal y garantismo», en *NFP* N° 64, pág. 34.

⁸¹ BARATTA: «Política criminal», pág. 63.

rente oponible al de su maestro H. WELZEL, con lo cual logró colocar el punto de mira ya no en las cuestiones ontológicas sino en las normativas, dándole así una nueva y muy profunda dinámica a la discusión contemporánea; basta estudiar, auxiliados de los principios que inspiran la moderna Dogmática Jurídico penal y de la metodología que le es inherente a la misma, su monumental «Tratado» —desde luego sin olvidar sus decenas de trabajos monográficos y artículos—, para darse cuenta de que se está ante uno de los más excelsos cultores de esta disciplina a lo largo de toda la historia.

Cuarta. No obstante, la concepción sistémica —que tantos adeptos parece encontrar entre jóvenes penalistas de habla hispana, aquí y allende el océano, las más de las veces atraídos por la novedad, pues muchos de ellos difícilmente captan los contenidos de este doble discurso sociológico-dogmático— debe ser rechazada por los graves peligros políticos que potencia en un continente plagado de arbitrariedades, atropellos y consuetudinarias violaciones de los Derechos Humanos, las cuales pueden llegar a ser legitimadas por planteamientos como esos tornando más represivo el discurso jurídico-penal y acelerando su deslegitimación en este contexto planetario⁸².

Quinta: Obviamente, también se debe rechazar abierta y decididamente la construcción de un «Derecho penal de enemigo» al lado de la de un «Derecho penal del ciudadano»⁸³, pues con tal elaboración facilita la discriminación, el autoritarismo y la irracionalidad, los mismos que —de la mano de las elaboraciones de C. SCHMITT⁸⁴— (¡ojalá esta sea sólo una falsa intuición y nada más!), dejaron a Europa regada de cadáveres a nombre de un derecho penal de la voluntad, para el cual los otros —los no arios— no eran «personas». Eso, desde luego, sería inaceptable si es que en este rincón planetario se quiere abogar por modelos de estado de Derecho verdaderamente democráticos y participativos, que no conciban al delincuente como a un ser extra-

⁸² Cfr. «El Funcionalismo sistémico», pág. 747.

⁸³ JAKOBS: «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en *Estudios*, págs. 322 y 323; el mismo: *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, págs. 33 y 34; el mismo: «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft» en Eser/Hassemer/Burkhardt: *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*, págs. 53 y 54; JAKOBS/CANCIO MELIÁ: *Derecho penal del enemigo*, págs. 21 y ss. Críticamente, ESER: «Schlußbetrachtungen» en la misma obra, págs. 445 y ss.; APONTE CARDONA: *Guerra y derecho penal de enemigo*, págs. 32 y ss.; BARATTA: «Prefazione», págs. 16 y ss. Con razón, pues, ha dicho FERRAJOLI: *Derecho y razón*, pág. 830: «La razón jurídica del estado de derecho, en efecto, no conoce enemigos y amigos, sino sólo culpables e inocentes. No admite excepción a las reglas más que como hecho extra o antijurídico, dado que las reglas —si se las toma en serio como reglas y no como simples técnicas— no pueden ser doblegadas cada vez que conviene».

⁸⁴ La influencia de este pensador es destacada por ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR: *Derecho Penal*, 2ª ed., pág. 350.

ño que debe eliminarse por quebrantar las normas, sino —acorde con la tradición ilustrada— como parte nuclear del pacto social⁸⁵.

Sexta: A tal efecto, se debe erigir una Teoría penal que se compadezca con las sentidas necesidades del continente latinoamericano; es hora, pues, de decir no a tantos y acostumbrados desembarcos, aterrizajes o descensos por medio de autopistas informáticas, de códigos, construcciones e ideologías penales foráneas. En fin, llegó el momento en el cual los penalistas de este márgen planetario deben quitar el rubor de sus caras y afinar los cerebros, para empezar a reflexionar sobre esta realidad con base en categorías autóctonas a partir de elaboraciones político-criminales propias, con miras a contribuir a proyectar estas maltrechas sociedades hacia un mejor porvenir.

VI. Bibliografía

- AA. VV.: *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, C. H. Beck, 2000, compilado por ESER, ALBIN/HASSEMER, WINFRIED, BURKHARDT BJÖRN.
- AA. VV.: *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, Ed. Comares, 2000.
- ALCACER GUIRAO, RAFAEL: *Los fines del Derecho Penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001.
- AMBOS, KAI: «*Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*». *Ansätze zu einer Dogmatisierung*. Berlin, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2002. 1058 S.
- APONTE CARDONA, ALEJANDRO DAVID: *Guerra y derecho penal de enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Cijus, Universidad de los Andes, 1999.
- _____: «Institucionalización de la función penal y garantismo: dilemas hacia el futuro de la justicia penal en Colombia», en *NFP* N° 64, Medellín, Universidad EAFIT, 2003, págs. 17 y ss.
- _____: «El eficientismo penal: Hacia una fundamentación teórica para su comprensión en el caso colombiano», en *Memorias foro de política criminal*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, págs. 153 y ss.
- AZPIROZ, JOSÉ RAMÓN, FELIPE FOSSALI Y YAMILA MENDOZA: «América Latina: Hogares y población bajo las líneas de pobreza y de indigencia» en [http://www.utal.org/hogares y poblacion0.htm](http://www.utal.org/hogares_y_poblacion0.htm)
- BARATTA, ALESSANDRO: *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*, trad. de Alvaro Bunster, México, Siglo XXI, 1986.

⁸⁵ Así HASSEMER: «El destino de los derechos del ciudadano en el Derecho Penal “eficiente”», en *Crítica al Derecho Penal de hoy*, pág. 48, criticando expresamente a JAKOBS.

- _____: «Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal» en NFP N° 34, Bogotá, Temis, 1986, págs. 421 y ss.
- _____: «Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho Penal», trad. de Xavier Nogués i Tomàs, en *Poder y Control* N° 0, Barcelona, PPU, 1986, págs. 76 y ss.
- _____: «Jenseits der Strafe – Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft. Zur Neubewertung der Funktionen des Strafrechts» en *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*. Heidelberg, C. F. Müller, 1993, págs. 393 y ss. En Español: «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal. Lineamientos para una teoría del Bien Jurídico» en *Justicia Penal y Sociedad* N° 5, Guatemala, 1994, págs. 75 y ss., trad. de Mauricio Martínez s.
- _____: «Política Criminal. Entre la Política de seguridad y la Política social en países con grandes conflictos sociales y políticos», en *Memorias foro de política criminal*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, págs. 25 y ss.
- _____: «Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», trad. de Emilio García Méndez y Emiro Sandoval Huertas, en *CPC* N° 25, Madrid, Edersa, 1984, págs. 533 y ss. También en *Doctrina Penal* Año 8, enero-marzo de 1985, N° 29, Buenos Aires, 1985, págs. 3 y ss.
- _____: «Prefazione» al libro de SERGIO MOCCIA: *La prenenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, edizioni Scientifiche Italiane, 1995, págs. XI y ss.
- BINDER, ALBERTO M.: «Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual», en *NFP* N° 64, Medellín, Universidad EAFIT, 2003, págs. 36 y ss.
- CASTRO OSPINA, SANDRA JANNETTE: *Influencias del funcionalismo en el sistema penal*, Bogotá, Librería del Profesional, 1996.
- CALLIESS, ROLF-PETER: *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Frankfurt am Main, Fischer, 1.974.
- CEPAL: *Panorama social de América Latina*, Naciones Unidas-CEPAL, 2002, en <http://www.eclac.cl/>, 2002.
- _____: *Panorama social de América Latina 2002-2003*, Naciones Unidas-CEPAL, 2003, en <http://www.eclac.cl/>, 2003.
- _____: *Proyecciones de América Latina*, 2003, en *Estudios estadísticos y prospectivos* N° 19, en <http://www.eclac.cl/>, 2003.
- _____: *Balance preliminar de las economías de América Latina y el Caribe*, 2003, en <http://www.eclac.cl/>, 2003.
- _____: *Estudio Económico de América Latina y el Caribe, 2003-2004*, en <http://www.eclac.cl/>

- DURKHEIM, EMILE: *División del trabajo social*, trad. de C. G. Posada, Madrid, Daniel Jorro, 1928.
- ESER, ALBIN/HASSEMER, WINFRIED/BURKHARDT, BJÖRN: *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, Verlag C. H. Beck, 2000.
- FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y razón*, traducción de Perfecto Andrés Ibañez y colaboradores, Madrid, Trotta, 1995.
- _____: «El derecho penal mínimo», trad. de Roberto Bergalli, en *Poder y Control* N° 0, Barcelona, PPU, 1986, págs.25 y ss.
- GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO: «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal», en *Doxa* N° 23, 2000, págs. 233 y ss. Cfr. <http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA>.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: *Autoritarismo y control social. Argentina-Uruguay-Chile*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1987.
- GARCÍA PABLOS, ANTONIO: *Derecho penal. Introducción*, Madrid, Universidad Complutense, 2ª ed., 2000.
- GROSSO GARCÍA, MANUEL SALVADOR: *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001.
- HABERMAS, JÜRGEN: *Facticidad y Validez*, introducción y traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid Trotta, 1998.
- HASSEMER, WINFRIED: «El destino de los derechos del ciudadano en el Derecho Penal «eficiente»», en *Crítica al Derecho Penal de hoy*, trad. de Patricia Ziffer, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, págs. 45 y ss.
- HEGEL, GUILLERMO FEDERICO: *Filosofía del Derecho*, Trad. de Angélica Mendoza de Montero, Buenos Aires, Editorial Claridad, 2ª ed., 1939.
- HERZOG, FELIX: *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsreich*, Heidelberg, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, 1991.
- _____: «Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales», trad. de Elena Larrauri y Fernando Pérez Alvarez, en *NFP* N° 53, Bogotá, Temis, 1991, págs. 303 y ss.
- JAKOBS, GÜNTHER: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 2ª ed., 1993 (1a. ed. de 1983).
- _____: *Estudios de Derecho penal*, traducción y estudio preliminar de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez G., y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1997.
- _____: *La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, traducción de Teresa Manso Porto, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- _____: «La idea de la normativización en la Dogmática jurídico-penal», en *Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del Siglo XXI*, México, CEPOLCRIM, 2003, págs. 69 y ss.

- JAKOBS, GÜNTHER/CANCIO MELÍA, MANUEL: *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003.
- LEHSCH, HEIKO H.: *Intervención delictiva e imputación objetiva*, trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.
- LUHMANN, NIKLAS: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. de Ignacio de Otto Pardo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Barcelona, Reppertor, S. L. 1998.
- MÜLLER-TUCKFELD, JENS CHRISTIAN: *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, Peter Lang, 1998.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 3ª. ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- _____: *Derecho Penal y Control social*, Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, 1985.
- _____: «El nuevo Derecho penal autoritario», en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Barcelona, Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, Tirant lo blanch, 2004, págs. 161 y ss.
- PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE: «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito», en *Doxa* N° 23, 2000, págs. 289 y ss. Cfr. <http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA>.
- PÉREZ MANZANO, MERCEDES: *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1990.
- PRIETO NAVARRO, EVARISTO: «Teoría de sistemas, funciones del Derecho y control social. Perspectivas e imposibilidades para la Dogmática penal», en *Doxa* N° 23, 2000, págs. 265 y ss. Cfr. <http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA>.
- RESTA, ELIGIO: *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*, traducción de Marco Aurelio Galmarini, Piados, Barcelona-Buenos Aires-México, 1995.
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO: «Legislación y Seguridad nacional en América Latina», en *Poder y Control* N° 0, Barcelona, PPU, 1986, págs.251 y ss.
- ROXIN, CLAU: *Derecho penal. Parte General*, t. I, traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, Ed. Civitas, 1997.
- _____: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo I, München, C. H. Beck, 3ª ed., 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, Civitas, Segunda edición, 2001.

- SCHÜNEMANN, BERND: *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- _____: *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez, Madrid, Tecnos, 1991.
- _____: «Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva», traducción de Pablo Sánchez-Ostiz, en *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997, en págs. 89 y ss.
- _____: «La relación entre ontologismo y normativismo en la Dogmática jurídico-penal», en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, págs. 643 y ss.
- STRUENSEE, EBERHARD: «El ontologismo en los normativistas» en *Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del Siglo XXI*, México, CEPOL-CRIM, 2003, págs. 227 y ss.
- VALLESPÍN, FERNANDO: *El futuro de la política*, Madrid, Taurus, 2000.
- VIVES ANTÓN, TOMAS S.: *Fundamentos del Sistema Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- WELZEL, HANS: *Derecho penal alemán*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1.970.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: «El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales» en *Estudios Penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 1989, págs. 747 y ss. También en *Hacia un realismo jurídico-penal marginal*, Caracas, Monte Avila Editores, 1992, págs. 59 y ss.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL/ALEJANDRO ALAGIA/ALEJANDRO SLOKAR: *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2ª ed., 2002.
- ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: *Fundamentos de Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 3ª ed., 1993.