

4 EL SISTEMA FUNCIONALISTA.

4.1. SISTEMÁTICA FUNCIONALISTA.

En la década de los años ochenta (1980), el jurista Alemán Claus Roxin realiza una nueva teoría mediante el uso de la llamada Política Criminal o Criminológica en la expone que **la misión última del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos** en todo ámbito dentro de la vida del hombre, y le otorga el nombre de “teoría de funcionalista” en virtud de que ve a la pena o castigo en función de una prevención general del delito así como prevención especial que va dirigida al autor del delito para que no reincida y a la sociedad en general para que sirva de ejemplo la imposición de un castigo.

Para esta teoría, el momento de imponerse la pena es la parte más importante del proceso penal, ya que de ello depende el detener tanto al delito y al delincuente.

La ideología de esta escuela descansa en los modernos principios de política criminal, y entre sus principales desarrolladores se encuentra Ghünter Jakobs quien ha dado impulso al llamado “Funcionalismo Radical” ya que su teoría parte de principios filosóficos. Así, los doctrinarios del Derecho Penal y de la Teoría del Delito han dividido a la escuela funcionalista en dos:

- “El Funcionalismo Moderado” de Claus Roxin;
- Y el “Funcionalismo Radical” de Ghünter Jakobs.

Esta escuela ha tenido diversos seguidores en el mundo, entre sus seguidores en México podemos mencionar a Enrique Díaz Aranda, Rafael Márquez Piñeiro y Carlos Daza Gómez.

También en México un jurista, discípulo de Claus Roxin, Enrique Díaz Aranda en la década de los años noventa comenzó a desarrollar y dar auge a esta teoría funcionalista, naciendo el llamado “Funcionalismo Teleológico” toda vez que ésta corriente destaca y pone de relieve los fines de la sanción penal, constituyendo un nuevo sistema racional penal que consiste en un dinámico sistema del derecho penal eficazmente estructurado con un nuevo proceso y procedimiento rápido y efectivo que descansa sobre bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena.

4.2 LA PENA COMO FUNCIÓN PRINCIPAL. TEORÍAS

Las Teorías Absolutas

Para la concepción moral utilitarista, la pena no se justifica moralmente por el hecho de que quien la recibe haya hecho algo malo en el pasado, sino para promover la felicidad general, pretendiendo con la aplicación de la misma, desanimar a otros y al propio penado a volver a delinquir, incapacitar físicamente a éste para hacerlo, reeducarlo, etc., para que en el futuro se cometa menos delitos, lo que constituye un beneficio social que puede compensar el sufrimiento implícito en la pena. De manera opuesta Kant no ve en la pena la justificación como medio para minimizar los males sociales futuros, sino como respuesta a un mal pasado. Afirma que:

“La pena jurídica... no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable por la sola razón de que ha delinquido; por que jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otros ni ser contado en el número de las cosas como objeto de Derecho real...”

Recordemos que para Kant “el hombre no es una cosa, y por tanto no es algo que pueda ser usado como mero instrumento, sino que tiene que ser tenido en todas sus acciones siempre como fin en sí mismo”.

En este orden de ideas, para Kant la pena no podía servir a la protección de la sociedad ni, por tanto, a la prevención de delitos, por que ello supondría que se castiga al delincuente en beneficio de la sociedad, lo que encerraría una instrumentalización del individuo. Esta concepción Kantiana es tildada de “absolutista” en cuanto exigencia absoluta de la justicia.

Lesch la situaría dentro de las teorías absolutas en la llamada teoría de la retribución, las cuales asignan a la pena su sentido fuera del campo de la realidad social. La pena, no es otra cosa que el restablecimiento del orden, un orden extraestatal, metafísico, el resultado racionalmente necesario a la transgresión de la ley. **Se descarta una función preventiva dado que la acción ya ha tenido lugar.** Contiene pues una función atendiendo al estado jurídico ideal, en tanto el injusto daña este estado en su exactitud ideal y con ello marca en definitiva la perturbación que ha de ser eliminada mediante la pena.

En Hegel se define la pena como réplica, como reacción ante lo sucedido. El Derecho efectivo es la superación de esa lesión. Conforme a esto Hegel justifica la imposición de la pena

en el consentimiento que el autor del delito ha expresado al declarar con su acción la imposición de su ley particular.

Cuando el delincuente por ejemplo mata, “declara como general, que está permitido matar”.

Las Teorías Relativas.

Las teorías relativas, cualquiera de ellas tienen como rasgo común considerar la pena como una reacción, una respuesta a algo que ya ha sucedido; por ello, el fundamento real de la pena (la culpabilidad) reposa en el pasado, aunque su fundamento final (aquello, que con ella se intenta alcanzar y se logra) se encuentre referido al futuro.

En este orden de ideas los fines de la pena son el efecto intimidatorio (prevención general negativa), la corrección (prevención especial positiva) así como hacer al autor inofensivo (prevención especial negativa).

El nuevo Estado social ha de intervenir de forma activa en la vida social para la defensa ante peligros y se atribuyó a la pena una forma de lucha contra el delito como fenómeno.

El programa de las teorías relativas se encuentra anunciado desde Platón en Protágoras:

“Nadie impone una pena y se dirige contra quienes han cometido un delito porque hayan cometido un delito, a no ser que se quiera vengar de forma poco razonable como un animal. Quien, en cambio, pretenda penar a otro de forma razonable, no le impondrá la pena por el injusto cometido, puesto que él no puede deshacer lo ya hecho, sino en razón del futuro, para que no vuelva a cometer ni el mismo injusto ni otro parecido”.

Feuerbach, bajo influencia hobbesiana, considera al hombre no solo como un ser racional sino además que se mueve por instintos. Movidamente por la codicia, el instinto lo lleva a delinquir. De ello Feuerbach deriva que:

“...El estado tiene que servirse del medio a través del cual al ciudadano le resulte psicológicamente imposible dañar; mediante el cual le determine a no lesionar el Derecho, a no decidirse a ello... El único medio que le queda al estado a disposición es mediante el sentido

influir en el sentido, y superar la inclinación mediante la inclinación contraria, el móvil hacia el hecho con otro móvil de sentido contrario...”

Feurbach ve en la pena un motivo *psicológico* para no cometer delito considerando que le sigue un mal mayor a una infracción. Feuerbach une la finalidad del efecto disuasorio en primer lugar no con la pena, sino con la *amenaza* de la pena. Justifica entonces, la imposición de la pena no por el hecho de causar un mal en otros, sino solo por seguridad. El mal se causa para que se haga efectiva la *amenaza* penal, para disuadir a los demás de delinquir.

En Italia, la Escuela Positiva puso su atención en el delincuente. Sus principales representantes Lombroso, Ferri y Garofalo contemplaron el delito como un hecho natural y social concluyendo que el delincuente es como un enfermo o inadaptado social, que no tiene libre arbitrio.

Las Teorías De La Unión.

Esta Teoría se presenta con la finalidad de conjuntar los aspectos acertados de las diferentes teorías de la pena, en una concepción que las superara. Los fines de la pena son pues los diferentes aspectos de la prevención general y especial. Sin embargo de ello mismo deviene su inconsistencia.

Para autores como Roxin, las “Teorías de la Unión” solo remiendan las anteriores mediante el principio de culpabilidad como factor limitador, propio de las teorías de la retribución, pero no se resuelven las contradicciones entre los fines de la pena preventivos y el principio de culpabilidad.

La segunda dirección de las teorías mixtas es la utilidad pero a diferencia de las teorías preventivas, se busca soluciones con razones utilitaristas pero que no sean injustas. Porque la utilidad es el fundamento de la pena solo es legítima la pena que opere preventivamente.

El autor alemán Roxin ha propuesto una concepción “dialéctica” (teoría dialéctica de la unión) en la medida en que acentúa la oposición de los diferentes puntos de vista y trata de alcanzar una síntesis.

En el momento de la amenaza el fin de la pena es la protección de los bienes jurídicos.

En la aplicación (individualización judicial) la pena no sirve para prevención general, sino para confirmar la seriedad de la amenaza legal, pero sin sobrepasar la culpabilidad del autor.

En el momento de la ejecución, la pena sirve para la resocialización del delincuente como forma de prevención especial.

Esta concepción de Claus Roxin nos acerca a la pena como un mecanismo complejo que pareciera inevitable toparse con fundamentos a veces contradictorios en las funciones de la pena.

4.3 TESIS DE JACOBS. LAS TEORIAS FUNCIONALES.

Jakobs autocalifica su concepción de funcionalista ya que en ella la prestación del Derecho **consiste en garantizar la identidad normativa**, la constitución misma de la sociedad.

El profesor Enrique Peñaranda, nos dice que en Jakobs el elemento central de la concepción funcionalista es la función que se atribuye a la pena.

Jakobs sostiene que el Derecho penal encuentra su fundamento en su necesidad para garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente y ponen a ésta, por tanto, en cuestión como modelo general de orientación en el contrato social.

Podríamos suscribir la concepción de Jakobs en la prevención general que este autor caracteriza como “prevención general a través del ejercicio en el reconocimiento de la norma”.

Ya que no se trata de una concepción basada en la intimidación la calificamos de prevención general positiva. De esta manera la pena sirve para:

- confirmar la confianza en la vigencia de las normas pese a su ocasional infracción (ejercicio de confianza en la norma)
- la pena se orienta al (ejercicio de la fidelidad del Derecho), que es el aprendizaje de no aceptar los comportamientos contrarios a la norma dadas sus consecuencias desfavorables.
- Mediante la imposición de la pena se aprende la conexión existente entre la conducta que infringe la norma y la obligación de soportar sus costes, sus consecuencias penales (ejercicio en la aceptación de las consecuencias)

Este planteamiento de Jakobs mantiene una primacía de la primera característica sobre las otras dos. Esto se explica por que rechaza una concepción de la pena fundada en un modelo de orientación de la conducta, antes, sostiene un modelo institucional de establecimiento y estabilización en una sociedad vista como redes con capacidades comunicativas. "...la pena no se dirige principalmente a influir sobre los potenciales autores de futuras infracciones, sino que tiene más bien por destinatarios a todos los ciudadanos para confirmar en ellos la vigencia de la norma infringida..." Sin embargo, acepta que la pena conlleva además otros efectos : "...ciertamente puede que se vinculen a la pena ciertas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características como, por ejemplo, la esperanza de que se mantenga o fortalezca la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero la pena significa ya algo con independencia de estas consecuencias: significa una autoconformación de la sociedad..."

Para Jakobs el fundamento de la pena reside en la necesidad social de impedir que el hecho contrario a la norma pueda ser entendido como máxima alternativa de conducta hacia el futuro. En particular, bajo esta concepción la pena no previene la comisión de delitos. Lo que prevendría es que estos se dejen de concebir como tales en el futuro. Más aún: la sanción no tiene un fin, sino que es en sí misma la obtención de un fin, la constatación de la realidad inmodificada de la sociedad.

El pensamiento de Jakobs se salvaría de la trágica imputación que se hace a la prevención positiva que infringe la neutralidad moral por parte del Derecho y que no respeta la autonomía personal. Para él esta no sería la función a cumplir por parte de la norma.

La concepción de Jakobs guarda parentesco con la exposición de Francesco Carrara, de la escuela clásica italiana, según el propio autor lo expresa, nos dice Carrara sobre el delito que: "...más allá del daño material que pueda ocasionar a un individuo particular, provoca un daño de otra naturaleza, -un daño mediato o reflejo-sobre el orden externo de la sociedad, que explica el carácter político, esto es, público, de todos los delitos, y legitima con ello la intervención del Derecho penal. Ese daño intelectual consiste en que por una ofensa causada a la seguridad de uno solo, todos los demás sufran por la disminución de la confianza en la propia seguridad. La función de la pena sería, pues, reparar no aquel daño material, sino éste intelectual, restaurando el orden conmovido por el delito (la vigencia de la norma, se dice ahora). La pena por tanto se dirige a actuar más sobre los otros que sobre el culpable del delito..."

4.4. SISTEMA FUNCIONALISTA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

México no tiene definida una ideología, escuela, corriente o criterio procesal, sino que su legislación intenta aglutinar varias tendencias, todas extranjeras y de difícil comprensión para el jurista mexicano, que tienen como resultado la aplicación de criterios anárquicos producto de ideologías importadas que solo reflejan la ausencia de una dogmática jurídica mexicana auténtica y propia, lo que acarrea serios problemas en la interpretación de la ley y la consecuente aplicación del Derecho Penal, originando una confusión y un desconocimiento total por parte de la mayoría de los juristas mexicanos en Derecho Penal, los cuales erróneamente pretenden encuadrar nuestro sistema en un causalismo, finalismo o funcionalismo.

En un primer término y en sentido amplio habría que considerar a la pena como un mal. Este sufrimiento inflingido ha llevado a juristas y filósofos a encontrar una justificación moral. La presentación que aquí hacemos adentra al tema a partir de las discusiones sobre su justificación moral y las consideraciones propiciadas por los grandes filósofos como Kant y Hegel.