

HENRIQUE GOMES DOS SANTOS

Investigador independiente (Brasil)

gomes hens@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0001-8756-6191>

LARISSA PIZZOTTI FAIÇAL

Universidad Presbiteriana Mackenzie (Brasil)

lpfaical@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0007-7449-6343>

Recibido: 07/10/2024 - Aceptado: 21/11/2024

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:**

Gomes dos Santos, H. y Pizzotti Faiçal, L. (2024). Tendencias contemporáneas de la culpabilidad: ¿apertura a la realidad social o (re)funcionalización de la dogmática penal?. *Revista de Derecho*, 23(46), Artículo e466. <https://doi.org/10.47274/DERUM/46.6>

## Tendencias contemporáneas de la culpabilidad: ¿apertura a la realidad social o (re)funcionalización de la dogmática penal?

**Resumen:** El objetivo de esta investigación es cuestionar si la presunta apertura dogmática a la realidad social en el funcionalismo penal constituye una función racionalizadora del sistema y garante de los Derechos Humanos, o simplemente una (re)funcionalización y (re)legitimación tecnocrática de la teoría del delito. Se pretende presentar las funciones latentes del funcionalismo dogmático, demostrando que su funcionalización, al menos en nuestra realidad marginal, es problemática, no permitiendo la construcción de una dogmática penal liberadora para contener el poder punitivo; por el contrario, (re)legitima su uso y encubre las funciones reales de la pena. La importancia de la investigación radica en el compromiso con el dilema ético y el uso de la técnica jurídica abstracta a partir de su apertura a los datos de la realidad. Para cumplir con estos objetivos, se lleva a cabo un análisis interpretativo del Funcionalismo Dogmático, desde la categoría de Culpabilidad, que se muestra funcionalmente ambigua al confrontar el discurso oficial y el discurso latente. El hilo conductor del análisis es, por lo tanto, esta misma contradicción, que proporciona el movimiento real del objeto en su lógica operativa. Se adopta el método inductivo, que permite pasar de lo desconocido a lo conocido al avanzar de lo visible (funcionalismo dogmático) a lo invisible (potencial funcional latente).

**Palabras clave:** funcionalismo; culpabilidad; (re)funcionalización; dogmática penal

## Contemporary trends regarding culpability: openness to social reality or (re)functionalization of criminal dogmatics?

**Abstract:** The objective of this research is to question whether the alleged dogmatic openness to social reality in crime functionalism constitutes a rationalization of the system and a guarantor of Human Rights, or merely a (re)functionalization and technocratic (re)legitimation of the theory of crime. We seek to present the latent functions of functionalist dogmatics, demonstrating that its functionalization, at least in our marginal reality, is problematic, as it does not enable the construction of a liberating criminal dogmatics to contain punitive power; but rather (re)legitimises its use and conceals the real functions of punishment. The importance of the research lies in the commitment to the ethical dilemma and the use of the abstract legal technique from its openness to the data of reality. To fulfil these objectives, we carried out an interpretative analysis of Functionalism Dogmatics, based on the category of Culpability, which appears to be functionally ambiguous when faced with the official discourse and the latent discourse. The guiding principle of this analysis, therefore, is this contradiction itself, which offers the real movement of the object in its operational logic. We adopted the inductive method, which allows us to move from the unknown to what is known by advancing from what is visible (functionalist dogma) to what is invisible (latent functional potential).

**Keywords:** functionalism, culpability, (re)functionalization, criminal dogmatics.

## Tendências contemporâneas da culpabilidade: abertura para a realidade social ou (re)funcionalização da dogmática penal?

**Resumo:** O objetivo desta pesquisa é questionar se a suposta abertura dogmática à realidade social no funcionalismo penal constitui uma função racionalizadora do sistema e garante dos Direitos Humanos, ou se é simplesmente uma (re)funcionalização e (re)legitimação tecnocrática da teoria do delito. Pretende-se apresentar as funções latentes do funcionalismo dogmático, demonstrando que sua funcionalização, pelo menos em nossa realidade marginal, é problemática, não permitindo a construção de uma dogmática penal libertadora para conter o poder punitivo; pelo contrário, (re)legitima seu uso e encobre as funções reais da pena. A importância da pesquisa reside no compromisso com o dilema ético e no uso da técnica jurídica abstrata a partir de sua abertura aos dados da realidade. Para cumprir esses objetivos, realiza-se uma análise interpretativa do Funcionalismo Dogmático, a partir da categoria de Culpabilidade, que se mostra funcionalmente ambígua ao confrontar o discurso oficial e o discurso latente. O fio condutor da análise é, portanto, essa mesma contradição, que proporciona o movimento real do objeto em sua lógica operativa. Adota-se o método indutivo, que permite passar do desconhecido ao conhecido ao avançar do visível (funcionalismo dogmático) ao invisível (potencial funcional latente).

**Palavras-chave:** funcionalismo; culpabilidade; (re)funcionalização; dogmática penal

## Introducción y planteamiento del problema

La presente investigación se basa en el enfoque del iuspositivismo funcional de sus dos mayores exponentes: Claus Roxin y Günther Jakobs, en relación con la construcción teórico-dogmática de la categoría de *culpabilidad*.

Desde el histórico juicio del caso Mensalão (AP 470/STF) y la vulgarización de la teoría del dominio del hecho (*Tatherrschaft*), creemos que, en *terrae brasilis*, la teoría y la práctica no parecen estar separadas, como sostiene Streck (2012), sino funcionalizadas.

Siguiendo las enseñanzas de la Escuela de Frankfurt<sup>1</sup>, podemos analizar que la *racionalidad técnica* opera en una constante identificación del objeto con el sujeto, un proceso de reificación, de donde los datos de la realidad son extraídos *prima facie*, tal como se presentan, de forma a repetirlos sin profundizar en ellos y, por lo tanto, comprenderlos en su *totalidad*.

Los instrumentos dogmáticos en nuestra realidad marginal<sup>2</sup> han sido instrumentalizados para la *razón de dominación*. La razón crítica debe ser capaz de señalar el carácter de explotación, dominación e injusticias que se perpetran, no solo cuando se contraponen al Derecho, sino por el propio Derecho.

Partimos del supuesto de que el Derecho Penal representa una *actitud de defensa* indispensable contra los abusos del poder punitivo, con constantes ataques a las garantías constitucionales y con efectos de marginación y división social. Por lo tanto, sería indispensable trabajar con una *dogmática penal liberadora*, en la cual se comprenda la represión penal como un instrumento autoritario, y que, siguiendo los preceptos del Estado Democrático, contenga el poder punitivo del Estado.

Cuando Muñoz Conde (1975, p. 267) percibe, como una tendencia contemporánea -post-finalista-, una especie de apertura a la realidad social dentro de la producción académica alemana, y que, por lo tanto, esta tradición aparentaría un abandono de los excesos sistemáticos del finalismo con énfasis en las cuestiones valorativas y problemáticas, surge la pregunta.

Interrogamos, entonces, si la presunta apertura dogmática a la realidad social en el funcionalismo constituye una función racionalizadora<sup>3</sup> del sistema y garantizadora de los Derechos Humanos, o simplemente opera como una (re)funcionalización y (re)legitimación tecnocrática de la teoría del delito.

1 “Na redução do pensamento a uma *aparelhagem matemática* está implícita a ratificação do mundo como sua própria medida. O que aparece como triunfo da *racionalidade objetiva*, a submissão de todo ente ao *formalismo lógico*, tem por preço a *subordinação obediente da razão ao imediato dado*. Compreender o dado enquanto tal, descobrir nos dados não apenas suas relações espaço-temporais abstratas, com as quais se possa então agarrá-las, mas ao contrário pensa-las como a superfície, como aspectos mediatizados do conceito, que só se realizam no desdobramento de seu sentido social, histórico, humano – toda pretensão do conhecimento é abandonada. Ela não consiste no mero perceber, classificar e calcular, mas precisamente na negação determinante de cada dado imediato. Ora, ao invés disso, o *formalismo matemático*, cujo instrumento é o número, a figura mais abstrata do imediato, mantém o pensamento firmemente preso à mera identidade. O factual tem a última palavra, o *conhecimento restringe-se à sua repetição*, o pensamento *transforma-se na mera tautologia*. Quanto mais a maquinaria do pensamento subjugava o que existe, tanto mais cegamente ela se contenta com essa reprodução”, en Adorno; Horkheimer, 1985, p. 34)

2 “Como es lógico, el control social en las sociedades coloniales sufrió una notable transformación: los sistemas de control social originarios fueron reemplazados por otros que respondían a la estructura del poder de la sociedad colonial, la que, a su vez, pasaba a insertarse en la estructura de poder mundial. Pasamos a ocupar una posición marginal en una estructura de poder mundial, de la cual aún no hemos salido. Las minorías colonizadoras fueron las clases privilegiadas, y el poder, en general, se orientaba a reprimir todo lo que afectase la actividad extractiva de metales o productora de materia prima o pusiera en peligro a la autoridad colonial.” (Zaffaroni, 1988, p. 62)

3 Esta razón se presta para la crítica y deslegitimación del Derecho Penal tal como se ha concebido hasta ahora.

Concluimos que la culpabilidad es el vínculo categorial entre el delito y la pena debido a que su fundamento material, el libre albedrío, fundamenta el proceso de imputación<sup>4</sup>, creemos que el concepto analítico que proporciona una mejor comprensión de la instrumentalidad dogmática para (re)legitimar el uso de la violencia estatal es la pena.

De esta manera, la presente investigación tiene como objetivo presentar las funciones latentes de la dogmática funcionalista, demostrando que su funcionalización, al menos en nuestra realidad marginal, es problemática en el mejor de los casos. No nos permite construir una dogmática penal de liberación para contener el poder punitivo, sino que, por el contrario, (re)legitima su uso y encubre las verdaderas funciones de la pena.

La importancia de la investigación se evidencia por el compromiso con el dilema ético, reconociendo el resultado del sistema de justicia criminal como “el mayor crimen contra la humanidad en curso en el país”, y la necesidad de que la técnica jurídica abstracta (Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Ejecución Penal) se oriente según las ciencias criminales (Criminología y Política Criminal) para lograr el objetivo democrático de limitar el poder punitivo del Estado.

Para cumplir con estos objetivos, buscamos un análisis interpretativo de la Dogmática Funcionalista, partiendo de la categoría de Culpabilidad, que resulta funcionalmente ambigua cuando se enfrenta al *discurso oficial* y al *discurso latente*. El hilo conductor del análisis, por lo tanto, es esta misma contradicción, que ofrece el movimiento real del objeto en su lógica operativa. Adoptamos el método inductivo que nos permite pasar de lo desconocido a lo conocido al avanzar de lo visible (dogmática funcionalista) a lo invisible (potencial funcional latente).

4

## I. La ambigüedad de lo penal

La teoría criminológico-crítica<sup>5</sup> nace con dos agendas: una negativa y una positiva. En cuanto a la agenda *negativa*, contempla: a) una crítica a los fundamentos y presupuestos del *paradigma etiológico* (modelo social consensual, postulado causal-determinista y el método cientificista); b) una crítica a los fundamentos y presupuestos del *Derecho penal* (discurso de neutralidad científica y de aplicación igual de la ley penal); c) una crítica al funcionamiento de las *agencias punitivas* (carácter selectivo y estigmatizante); d) una crítica del *sistema económico* y su dependencia con el *sistema punitivo* (sirve a la reproducción del sistema capitalista para mantener el *status quo*) (Carvalho, 2013, p. 287-288).

4 Siendo y estando imputable en el momento de la conducta, y siendo consciente de la punibilidad del hecho, es decir, dotado de razón, el sujeto será responsabilizado por el acto injusto causado, ya que tenía, en el momento del hecho, la posibilidad (léase libertad) mental y moral de elegir cómo actuar (conforme a la norma o en contra de ella). (Fuziger, 2021, p. 22).

5 Subdividida en criminología “radical” (estadounidense) y “nueva” (europea), la criminología “crítica” (en sentido amplio) se caracteriza por representar una etapa avanzada de estas mismas criminologías. Adoptan un enfoque marxista, con estudios basados en el método histórico-dialéctico, lo que se traduce en una visión materialista de la sociedad. Sus principales exponentes son las obras “Criminología Nueva” de Taylor, Walton y Young, publicada en 1973, y “Criminología Crítica”, publicada en 1975.

Como agenda *positiva*, por otro lado, contempla como propuestas: a) desplazar el objeto de investigación del *desviado* hacia la *estructura económica* y las *instituciones* del poder punitivo; b) entrelazar la *teoría* criminológica con la *praxis* transformadora; c) *revisión conceptual* constante; d) replantear las prácticas punitivas con *penalización* de la criminalidad económica y política de las clases dominantes y *despenalización* de la criminalidad típica de la clase proletaria (Carvalho, 2013, 293-296).

En un primer momento, la cuestión de la dogmática penal parece casi una aporía. ¿Cómo lidiar con un objeto de estudio que está al servicio de la burguesía para mantener el *status quo*? Un objeto que parece neutral, pero que tiene funciones latentes. Un objeto que cuenta con agencias punitivas altamente selectivas de individuos estigmatizados. Un objeto abstracto, ideológico, que no tiene legitimidad por no cumplir con sus funciones declaradas, pero que al mismo tiempo se auto legitima.

Podemos observar, por ejemplo, la desigual protección de los bienes jurídicos entre las diferentes clases sociales, como bien señala la investigación empírica realizada por Vinicius Machado (2009), sintetizada por Juarez Cirino dos Santos:

a) Los titulares de estos bienes jurídicos pertenecientes a las clases o categorías sociales hegemónicas son protegidos como seres humanos, los verdaderos sujetos de la formación económico-social; b) Los titulares de estos bienes jurídicos pertenecientes a las clases o grupos sociales integrados en los procesos de producción/circulación material como fuerza de trabajo asalariada son protegidos solo como y mientras son objetos, es decir, como energía necesaria para activar los medios de producción/circulación y capaces de producir valor superior a su precio de mercado: la plusvalía, extraída del tiempo de trabajo excedente; c) Los titulares de estos bienes jurídicos pertenecientes a los contingentes marginados del mercado laboral, sin función en la reproducción del capital (la fuerza de trabajo excedente de las necesidades del mercado), no son protegidos ni como sujetos ni como objetos: son destruidos o eliminados por la violencia estructural de las relaciones de producción o por la violencia institucional del sistema de control social, sin consecuencias penales.<sup>6</sup>

5

En esta línea, Silva Sánchez (2002) señala un Derecho Penal de dos velocidades, con respuestas distintas para diferentes tipos de criminalidad. Para los delitos en masa, se mantendrían las reglas garantizadoras y eventualmente se aplicaría una pena privativa de libertad. En cambio, para los delitos nuevos (nueva criminalidad), se reduciría la aplicación de garantías, pero no se aplicarían penas institucionales. Y una tercera

<sup>6</sup> En el original: “a) titulares desses bens jurídicos pertencentes às classes ou categorias sociais hegemônicas são protegidos como seres humanos, os verdadeiros sujeitos da formação econômico-social; b) titulares desses bens jurídicos pertencentes às classes ou grupos sociais integrados nos processos de produção/ circulação material como força de trabalho assalariada são protegidos apenas como e enquanto objetos, ou seja, como energia necessária à ativação dos meios de produção/ circulação e capaz de produzir valor superior ao seu preço de mercado: a mais-valia, extraída do tempo de trabalho excedente; c) titulares desses bens jurídicos pertencentes aos contingentes marginalizados do mercado de trabalho, sem função na reprodução do capital (a força de trabalho excedente das necessidades do mercado), não são protegidos nem como sujeitos, nem como objetos: são destruídos ou eliminados pela violência estrutural das relações de produção ou pela violência institucional do sistema de controle social, sem consequências penais” (Santos, 2020, p. 35).

velocidad se daría a través del llamado Derecho Penal del Enemigo, donde la imposición de la pena se realizaría sin ningún tipo de garantías.

Sin embargo, la perspectiva positiva de la criminología crítica parece mostrarnos una luz al final del túnel. En lo que nos interesa, la teoría y la práctica deben ir de la mano<sup>7</sup>. La dogmática debe estar orientada hacia la realidad social empíricamente demostrable, bajo pena de convertirse en una “ciencia” narcisista.

Juarez Cirino Dos Santos, en su prólogo, (Baratta, 2020, p. 18) observa el paradójico dilema que se forma. Por un lado, tenemos el proceso de criminalización como el mecanismo más poderoso de reproducción de las relaciones de desigualdad en el sistema capitalista (capital/trabajo asalariado), en el cual la lucha por una sociedad democrática e igualitaria presupone la lucha contra el sistema penal. Paradojalmente, la defensa del Derecho Penal es indispensable contra los abusos del poder punitivo, con constantes ataques a las garantías constitucionales y con efectos de marginación y división social.

Es indispensable trabajar, de esta manera, con una dogmática penal liberadora, en la cual se comprenda la represión penal como un instrumento autoritario, y que, siguiendo los preceptos del Estado Democrático, contenga el poder punitivo del Estado, no admitiendo que la criminalización de conductas se imponga sobre los derechos fundamentales, los cuales deben prevalecer sobre cualquier norma (Tavares, 2022a, p. 61). La tarea correcta, en este sentido, no será legitimar la aplicación de la norma, convirtiendo al Derecho Penal en un instrumento de producción de felicidad, sino más bien desarrollar categorías que exijan elementos mínimos que puedan hacer su aplicación menos irracional.

La dogmática penal debe, por lo tanto, estar guiada por una *actitud de defensa*, como señala Alessandro Baratta:

Una política de transformación de esta realidad, una estrategia alternativa basada en la afirmación de valores y garantías constitucionales, un proyecto político alternativo y autónomo de los sectores populares, no puede, sin embargo, considerar al derecho penal como una vanguardia, como un instrumento impulsor. Por el contrario, el derecho penal se ve, en un triple sentido, reducido a una actitud defensiva. Defensa, en primer lugar, *del* derecho penal frente a los ataques realizados en nuestros días contra las garantías liberales aseguradas en las constituciones de los Estados de derecho. Defensa, en segundo lugar, *frente al* propio derecho penal, en lo que signifique la contención y reducción de su campo de intervención tradicional y, sobre todo, de sus efectos negativos y de los costos sociales que recaen, particularmente, sobre las capas más débiles y marginadas del proletariado, contribuyendo así a dividirlo y debilitarlo material y políticamente. Defensa, finalmente, *a través* del derecho penal, en la medida en que, en este momento, aún puede considerarse como una propuesta legítima ante

7 Esta conclusión parece ser extraída por los críticos de la 8ª tesis sobre Feuerbach de Marx: “La vida social es, en esencia, práctica. Todos los misterios que descarrían la teoría hacia el misticismo, encuentran su solución racional en la práctica humana y en la comprensión de esa práctica.”, y de la 11ª tesis: “Los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo.” (Marx, s.f).

la falta de alternativas para resolver los problemas sociales, en el marco de un modelo integrado<sup>8</sup>.

Para que el Derecho Penal recupere su legitimidad y cumpla así con sus funciones declaradas, alejándose de sus funciones ideológicas de neutralidad e igualdad, la dogmática debe lograr superar el tecnicismo jurídico. La construcción de sus elementos debe incorporar los datos de la realidad y la constatación de sus efectos sociales concretos, permitiendo así crear y renovar, como enseña Nilo Batista (2020, p. 118-119).

Las tendencias contemporáneas -post-finalistas- en la teoría del delito dirigen su análisis hacia la crítica de su lógica interna, en una especie de apertura hacia la realidad social. Muñoz Conde (1975, p. 267) percibe en la producción académica alemana de esta tradición un abandono de los excesos sistemáticos del finalismo y un énfasis en las cuestiones valorativas y problemáticas; ya no se trata tanto del análisis del delito, sino de sus consecuencias.

Sin embargo, cabe hacer la siguiente pregunta: ¿esta supuesta apertura dogmática hacia la realidad social ha servido, sirve o servirá como función racionalizadora del sistema y garantizadora de los Derechos Humanos -con la protección de la dignidad y la libertad del ciudadano- o solo como (re)funcionalización y (re)legitimación tecnocrática de la teoría del delito?

## II. Sociología funcionalista: contracomunicación y culpabilidad

El post-finalismo, o “pensamiento penal *post-welzeliano*”, fue seguido por el desarrollo de un discurso sociológico que impactó en la criminología y la dogmática jurídico-penal: se trataba de las concepciones organicistas de la sociedad, desde la óptica de un funcionalismo sistémico (Zaffaroni, Batista, Alagia, Slokar, 2002, p. 621).

Las teorías funcionales, partiendo de una relación funcional del cuerpo social en reacción al delito, fundamentan la *conducta* dentro de un *sistema simbólico de orientación* que proviene de la propia base de datos del sistema jurídico-social (Tavares, 2018, p. 187).

<sup>8</sup> En el original: “Uma política de transformação desta realidade, uma estratégia alternativa baseada na afirmação de valores e de garantias constitucionais, um projeto político alternativo e autônomo dos setores populares, não pode, todavia, considerar o direito penal como uma frente avançada, como um instrumento propulsor. Pelo contrário, o direito penal fica, em um tríplice sentido, reduzido a uma atitude de defesa. Defesa, antes de tudo, *do* direito penal em face dos ataques realizados em nossos dias contra as garantias liberais asseguradas nas constituições dos Estados de direito. Defesa, em segundo lugar, *em face* do próprio direito penal, no que signifique a contenção e redução de seu campo de intervenção tradicional e, sobretudo, de seus efeitos negativos e dos custos sociais que pesam, particularmente, sobre as camadas mais débeis e marginalizadas do proletariado, e que contribuem, desta forma, para dividí-lo e para debilitá-lo material e politicamente. Defesa, finalmente, *através* do direito penal, na medida em que, no momento, pode ser ainda considerado como uma proposta legítima ante a falta de alternativas para resolver os problemas sociais, no marco de um modelo integrado (Baratta, 2020, p. 221).

Teniendo como objeto de análisis la acción humana, Luhmann parte de la teoría de la “máquina procesadora de información”, una máquina construida por un mecanismo autorregulador de la información del medio social. Esta regulación se daría a través del sistema jurídico, considerado como algo dado, preconstituido. En lugar de verse influenciado por el medio social, el sistema produce y se reproduce únicamente a través del propio sistema, descartando cualquier influencia de su entorno (Tavares, 2022b, p. 94).

El autor relaciona el Derecho con la propia sociedad (Derecho-sociedad), según un *modelo cerrado*. Las operaciones del Derecho se consideran operaciones en la sociedad, es decir, se ejecutan socialmente. El objeto surge entonces de un sistema general - la sociedad - para actuar sobre ella, pero, sin embargo, sin verse influenciado por esta. Este *proceso comunicativo* establecido abarca la recopilación de información y su procesamiento (*comprensión*) a través de la observación, independientemente del sujeto-individuo, considerado como mero objeto de análisis (Tavares, 2022b, p. 95).

Luhmann recurre al concepto de “acoplamiento” estructural, de Humberto Maturana, para intentar superar el principio de la entropía derivado de la segunda ley de la termodinámica. Dentro de un sistema cerrado, se puede reaccionar a los *estímulos del entorno (output)*, sin embargo, sin estar vinculado a él, convirtiéndose en *estímulo para el sistema (input)*: un sistema que reacciona ante sí mismo, lo que Maturana llamó *autopoiesis* (Tavares, 2022b, p. 96-97). La apariencia es la de un sistema abierto al entorno, pero que al final está cerrado en sí mismo, porque el estímulo del entorno (sociedad-Derecho) es producido por el propio sistema (Derecho), es decir, resulta en una definición *tautológica*.

Por lo tanto, al sistema se le atribuyen dos funciones: a) determinar su propio estado histórico para poder actuar sobre el futuro -próximas expectativas; b) confirmar y generalizar las nuevas expectativas. El sistema narcisista prescinde de contenido o de base ontológica (Tavares, 2022b, p. 95-96). El proceso comunicativo se orienta no a través del individuo, sino de la propia sociedad, y, por lo tanto, de las conductas incluidas y reguladas por el Derecho.

Las relaciones de causalidad y finalidad son entonces reemplazadas por un *sistema funcional*. La función de la norma jurídica representa una lógica interna, abstracta, destinada a armonizar el sistema y legitimarlo, reduciendo las complejidades de las relaciones sociales. Es la norma la que regulará y orientará hacia la elección de una conducta; de manera que, en una especie de respeto al *consenso* social, cree expectativas que sean funcionales para el sistema. Los seres humanos son reducidos, entonces, a meros “burócratas obsesivos” (Zaffaroni, Batista, Alagia, Slokar, 2002, p. 625).

A través de la pena, sería posible autoconfirmar las expectativas, (re)estabilizando la confianza en la norma, cuando se atribuye al autor del hecho su *responsabilidad*. El sujeto reificado, al que se le ha atribuido el juicio de reproche (culpa), se encuentra aislado en el universo. La única salvación para la desconfianza creada en la norma (conflicto), por la ruptura de la expectativa, es su castigo. De esta manera,

[...] *para el futuro*, la culpabilidad puede entenderse como una ficción que atribuye responsabilidad al autor debido a la opacidad de todas las causas que llevaron al delito, lo que permite una crítica en el sentido de que el autor, aunque se le considere “libre” - en un sentido aún por precisar -, es en realidad un verdadero chivo expiatorio del sistema, el cual, a expensas de él, se mantiene. Por otro lado, en una visión retrospectiva,

la culpabilidad surge en una sociedad liberal-individualista, donde el hombre es visto por su *status* de hombre libre [...] (Kassama, 2014, p. 114).

En última instancia, el Derecho se instrumentaliza a partir de la *culpabilidad*: se convierte en una herramienta de estabilización social. Orienta las conductas humanas a partir de *expectativas* sociales creadas por el *proceso comunicativo* con el sistema. Este *sistema* está legitimado por sí mismo, lo que no implica necesariamente ser legítimo, ya que *el sujeto se convierte en una cosa*, un mero objeto de análisis y de responsabilidad. La *culpabilidad* opera como vínculo entre los fines declarados del *Derecho Penal* y la *pena*. La culpabilidad (dogmática penal) está para la pena, así como la pena está para la dogmática penal: por lo tanto, resulta en un círculo *tautológico*.

### III. La dogmática funcionalista: normatización de la culpabilidad

#### a. La culpa como responsabilidad y la culpa como prevención

Em su elaboración dogmática, Roxin ofrece una ruptura con el sistema tradicional de la culpabilidad. El principio de que la esencia de la culpabilidad sea la reprochabilidad, caracterizada por el “poder haber actuado de manera diferente”, es abandonado, “a pesar de su plausibilidad teórica cotidiana” (Roxin, 1997, p. 799).

La categoría de culpabilidad es entonces ampliada a la categoría de *responsabilidad*. La *culpabilidad* se entiende como condición para la pena, la cual debe ser siempre analizada juntamente con la *necesidad preventiva* (especial o general), donde ambas dan lugar a la responsabilidad personal del sujeto (Roxin, 1997, p. 204). La necesidad preventiva también abarca todas las cuestiones de exclusión de la culpabilidad o de *exculpación/disculpación* - Roxin no diferencia entre las dos categorías (Roxin, 1997, p. 815).

El sujeto actúa de manera culpable cuando realiza una conducta penalmente injusta, a pesar de tener la posibilidad de comprender el contenido normativo en el caso concreto y de tener suficiente capacidad de autocontrol, siendo psíquicamente accesible una conducta alternativa conforme al Derecho. A la acción culpable se le agrega la razón preventiva, ya que el legislador penal parte del principio de que la conducta típica debe ser combatida a través de la pena (Roxin, 1997, p. 792).

La culpabilidad es entonces entendida como una actuación injusta, a pesar de la *accesibilidad normativa*. En las palabras de Roxin.

hay que afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles “posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma”, cuando la posibilidad (ya sea libre, ya sea determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones existía en el caso concreto (Roxin, 1997, p. 807).

La culpabilidad pasa a ser fundamentada por esta *accesibilidad normativa*, en sustitución a la concepción de *libre albedrío*, rechazando el principio de “poder actuar de otro modo”,

pues lo considera indemostrable. El sujeto es considerado libre porque posee una capacidad intacta de comportarse de acuerdo con la norma jurídica (Roxin, 1997, p. 808).

Se convierte en una categoría compleja empírico-normativa. *Empírico* porque se constata la capacidad general de autocontrol y la accesibilidad normativa, y *normativa* porque permite atribuir al autor una conducta conforme al Derecho (Roxin, 1997, p. 810).

La culpabilidad, para Jakobs, desempeña una funcionalidad en lo concerniente a la norma penal. El autor cree que la culpabilidad debe orientarse hacia el presente en función del funcionamiento del Derecho Penal. Es decir: “Se pune para mantener la confianza general en la norma, para ejercitar en el reconocimiento general de la norma (...) es decir, contribuye a estabilizar el ordenamiento” (Jakobs, 1997, p. 581).

Se convierte en un juicio de censura sobre las múltiples condiciones de la acción injusta del autor debido a su *déficit de motivación jurídica*. Para determinarla, sería necesario identificar las presiones sociales que afectaron la conducta del autor y cuáles son los límites de esta acción antijurídica que podrían ser aceptados por el Estado y la sociedad. Estas condiciones serían aquellas imprescindibles para la existencia del sistema y los subsistemas esenciales.

El sistema penal solo podría garantizar su existencia y funcionamiento si se orienta de manera teleológica, es decir, desde los fines preventivos de la pena. La pena adecuada a la culpabilidad sería, por definición de Jakobs (1997), “la pena necesaria para la estabilización de la norma” (p. 589). Jakobs parece vincular a la culpabilidad tanto los fines retributivos de la pena (pena justa) como los fines preventivos de la pena (generales o especiales), no como una forma de limitar el poder punitivo, sino como una manera justa de alcanzar el objetivo de proteger a la sociedad.

Como bien observado por Tavares (2018), partiendo del principio de que sean las normas *legítimas* -contenido material de la culpabilidad-, Jakobs propone una relación sinérgica entre el ciudadano y la norma, al exigirle motivación en su comportamiento conforme a la norma jurídica. En última instancia, esta relación es contractual, “medida en función de su papel social de mantenerse fiel al ordenamiento jurídico” (p. 211).

Al entrelazar las referencias de Luhmann, Kant y Hegel, la culpabilidad material se convierte en un déficit de lealtad comunicativa, en Jakobs, alcanzando su “máxima expresión de abstracción y eliminación de la realidad”: el acto de comunicación legítima el ejercicio de la violencia estatal (Schünemann, 2000, p. 100).

Incluso Roxin (1991, p. 521-524) señala la problemática del concepto de culpa como atribución, en función de las necesidades de prevención general. La capacidad de culpa deja de existir en el plano empírico, además de renunciar a la culpabilidad como función de restringir el ámbito de punibilidad (*principio de culpabilidad*), en relación con la prevención general. Además, existe una enorme problemática ya que no se establecen parámetros para determinar qué es realmente necesario para estabilizar la confianza en el orden. La única respuesta cabría a las idiosincrasias y discrecionalidades del legislador y del juez, lo que conduce a la inseguridad jurídica.

A pesar de la crítica, Roxin (1991) atribuye la ventaja de su concepto de culpabilidad precisamente a lo que criticó en el concepto funcionalista de culpabilidad de Jakobs. Con el supuesto concepto que reduce el ámbito del Derecho Penal, la ventaja sería asegurar

la paz y la *certeza jurídica*, “lo que es absolutamente indispensable para la sociedad” (p. 528). Teniendo en cuenta que, en una sociedad, los hombres serían guiados por las expectativas generadas por las prohibiciones y comandos conforme al Derecho. Una vez violada la ley penal, sería necesaria la aplicación de una sanción para que su impunidad no genere “perturbación en la conciencia de la sociedad” (insatisfacción e inseguridad). Además, nos parece evidente que confunde la *imputabilidad* y la *accesibilidad normativa*, representando solo un concepto tautológico. La culpa se convierte en la *justificación social de la pena*.

## b. La renormativización de la culpa y la instrumentalización del sujeto

Luís Greco (2002, p. 228) señala que no solo existe un funcionalismo o sistema teleológico-racional, sino varios. Sin embargo, hay un consenso en el movimiento de que la construcción de la dogmática jurídico-penal no debe vincularse a datos ontológicos previos, sino orientarse exclusivamente por la teleología del Derecho Penal (Roxin, 1997, p. 203). Se está recuperando los conceptos neokantianos y neohegelianos de las entreguerras, en una especie de *neoneokantismo*, añadiendo a la teleología y materialidad de las categorías del delito, la visión axiológica. Los valores constitucionales en Derecho Penal serían la protección de los bienes jurídicos a través de la funcionalización de la pena como prevención general y especial.

Por lo tanto, el funcionalismo innova con la racionalización de los aspectos teleológicos junto con los axiológicos en la construcción del sistema. La propuesta es un sistema abierto, de modo que el análisis de cada categoría (injusto, culpabilidad, pena, etc.) se realice con referencia a los valores en la consecución de un fin (Silva Sánchez, 2011, p. 121-122).

Los dos nombres más citados en las doctrinas como exponentes del funcionalismo son Roxin y Jakobs. Lo que caracteriza al primer autor es su análisis político-criminal (relativo a la finalidad de la pena). El trabajo del jurista sería, desde el principio, “identificar qué valoración político-criminal subyace a cada concepto de la teoría del delito, y funcionalizarlo, es decir, construirlo y desarrollarlo de manera que cumpla esta función de la mejor manera posible” (Greco, 2002, p. 236).

De alguna manera, se supera la contradicción entre lo que sería dogmáticamente correcto y lo que sería aceptable en términos de política criminal, uniendo así las dos ciencias. El objetivo de Roxin, como el de cualquier otro funcionalista, es la preservación del sistema. Las valoraciones del sistema serían específicamente político-criminales, fundamentadas de forma deductiva por el sistema, complementadas por el método inductivo, que examina la realidad fáctica y la confronta con los valores, dependiendo de cada caso concreto. Lo deductivo precede a lo inductivo, es decir, se parte del mundo axiológico para llegar al mundo real.

En esta formulación funcionalista, es muy significativa la contribución de Roxin para una nueva estructuración de la teoría del delito. La categoría de la culpabilidad se amplió como categoría de “responsabilidad” (*Verantwortlichkeit*). La culpabilidad se convierte en condición para la pena. Orientada hacia la protección de bienes jurídicos, siempre se debe agregar la necesidad preventiva (general o especial) de la sanción penal (Roxin, 1997, p. 204).

Pero para Andrade (2015, p. 167), la versión más acabada del funcionalismo tiene expresión en Günther Jakobs, negando toda preocupación garantizadora del ciudadano, que aún estaba presente en Roxin. Su preocupación es única y exclusivamente restablecer la confianza en la norma jurídica. Lo que importa no es una supuesta defensa de bienes jurídicos, sino la manifestación de infidelidad al Derecho, que desestabiliza el sistema. La pena se convierte en mero instrumento simbólico.

Hay un nuevo fundamento para la teoría del delito, dirigido especialmente a la culpabilidad. Si para Welzel la culpabilidad, desde una concepción normativa: “reprochabilidad del hecho antijurídico individual” que presupone “la capacidad de autodeterminación libre” sobre el análisis concreto de la independencia con la que actuó en contra del Derecho (Welzel, 2004, p. 155), en otras palabras, si era exigible o no que actuara conforme lo prescrito en la norma jurídica, los funcionalistas niegan el carácter ontológico del libre albedrío, ya que no es susceptible de ser verificado empíricamente.

A partir de la constatación de la indeterminación e imposibilidad de verificación del contenido del concepto de culpabilidad (libre albedrío), se recurrió a juicios *atributivos* en lugar de juicios *descriptivos*. Como observa Baratta (1988, p. 6661, como se citó en Andrade, 2015, p. 272): “no se ve cómo la culpabilidad, de la cual no se puede medir objetivamente el grado en el proceso, pueda ser un límite de la responsabilidad penal y cumplir una función de garantía a favor del procesado”. La negación del carácter ontológico llevó a una normativización, atribuyendo responsabilidad al sujeto a partir de criterios normativos construidos por la Dogmática. La correspondencia lógica deja de dirigirse hacia los hechos y se transpone a los tipos penales.

Jakobs y Roxin proponen una “renormativización” del concepto, reconociendo una independencia lógica del juicio respecto a la categoría ontológica. Primero, porque no es susceptible de verificación, y segundo, porque no consideran necesario, descartan la fijación de un referente objetivo para el juicio de culpabilidad. En lugar de ser un demostrativo de que el sujeto sería responsable, se convierte en una categoría de atribución de responsabilidad según criterios normativos establecidos por el Derecho (Andrade, 2015, p. 169).

Dicho esto, no importa si el sujeto es culpable, es decir, si podría haber actuado concretamente de acuerdo con la ley. Más bien, el sujeto es *instrumentalizado*, sirviendo como medio para determinar si es necesaria o no la aplicación de la pena: ya sea para disuadir la comisión de nuevos delitos, o para reafirmar los valores consagrados por el ordenamiento jurídico.

Como consecuencia, se viola el imperativo categórico kantiano, ya que el sujeto no debe ser tratado como un fin en sí mismo. En la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Kant enuncia el imperativo categórico mediante dos máximas: “obra como si la máxima de tu acción debiera convertirse, por tu voluntad, en ley universal de la razón”, y “obra de tal manera que utilices la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre y simultáneamente como fin y nunca como medio” (Kant, 2000, p. 59 como se citó en Mascaro, 2022, p. 195). Por lo tanto, no sería posible justificar la sanción a partir de la instrumentalización del sujeto, prohibiendo que este sea tratado como objeto (medio) para el castigo (fin): ya sea por intimidación o por la corrección del sujeto.

## IV. Funcionalismo y legitimación: el fracaso de las funciones declaradas

La crítica materialista/dialéctica de la pena expuso las funciones latentes de la pena como *retribución equivalente*. Forma parte de una explicación política e histórica del concepto jurídico-económico:

La función de *retribución equivalente* de la pena criminal corresponde a los fundamentos *materiales e ideológicos* de las sociedades fundadas en la relación *capital/trabajo asalariado*, ya que existe como forma de *equivalencia jurídica* basada en las *relaciones de producción* de las sociedades contemporáneas (Santos, 2020, p.444)

Pachukanis nos recuerda que la teoría marxista, al abordar su objeto desde una perspectiva histórica, tiene como tarea elucidar las condiciones materiales de un tiempo y espacio determinados. La sociedad capitalista es, ante todo, una sociedad de propietarios de mercancías:

Esto significa que las relaciones sociales entre las personas en el proceso de producción adquieren aquí la forma reificada de los productos del trabajo, que se relacionan entre sí a través del valor. La mercancía es un objeto a través del cual la diversidad concreta de propiedades abstractas del valor, que se manifiestan como la capacidad de ser intercambiadas por otras mercancías en una proporción determinada (2017, p.119).

La estructura material de las relaciones sociales en el capitalismo (relaciones de *producción y distribución*) funciona a partir del *valor de cambio*, o, mejor dicho, de la *retribución equivalente*. Por lo tanto, en los niveles de *producción* social de bienes y servicios, el trabajo es moneda de cambio por el salario; en la *distribución* de bienes y servicios, la mercancía es valor de cambio por el precio, etc. Las formas jurídicas, por lo tanto, funcionarían de manera equivalente: en el ámbito de la responsabilidad civil, bajo la forma contrato x indemnización, y en el ámbito de la responsabilidad penal, bajo la forma *pena privativa de libertad x tiempo* (Santos, 2015, p. 447).

Pachukanis observa que la pena proporcional a la culpabilidad sería aquella representada, fundamentalmente, por la reparación proporcional al daño. El Derecho Penal moderno (burgués-capitalista) realiza el principio de la reparación equivalente (*pena privativa de libertad x tiempo*), modelo arraigado a partir de la abstracción del hombre y del trabajo mensurable en tiempo (2017, p. 177).

En esta tradición crítica, Rusche y Kirchheimer (2004) formularon la tesis de que “todo sistema de producción tiende a descubrir formas punitivas que corresponden a sus relaciones de producción”, (p. 20) demostrando una estrecha relación entre el mercado laboral y el sistema penal.

Otro autor que relacionó el modelo económico y el poder punitivo fue Michel Foucault (2019). Al analizar la reforma Iluminista, afirma que esta no se trató de fundar un nuevo derecho de castigar a partir de principios equitativos, sino que estableció una nueva “economía” del poder de castigar, una reorganización de este poder, de manera que potenciara sus efectos disminuyendo su costo económico: “La nueva teoría jurídica de

la penalidad engloba en realidad una nueva ‘economía política’ del poder de castigar” (p. 80), es decir, no castigar menos, sino castigar mejor.

La concepción de la pena como *retribución equivalente* (*valor de cambio*) realiza el principio de la *igualdad formal*, ocultando la verdadera funcionalidad de las prisiones: explotar el trabajo de los prisioneros y transformar la fuerza laboral de los indeseables, haciéndola socialmente útil (Rusche; Kirchheimer, 2004, p. 43 y 69), a través de la *disciplina* y la *docilización* de los cuerpos de los encarcelados - *gestión de la criminalidad* - (Foucault, 2019, p. 88, 267 y 271), de acuerdo con el principio de la *menor elegibilidad* (Rusche, Kirchheimer, 2004, p.153), confirmando el “cárcel como máquina” de fabricar proletarios (Melossi; Pavarini, 2019, p. 201).

Por otro lado, la pena como mercancía (*valor de uso*) existiría en las funciones de prevención general y especial, que ocultarían las funciones latentes de la pena: a) la *prevención especial negativa* (neutralización del condenado) funcionaría, en realidad, como *incapacitación selectiva* de grupos sociales peligrosos; el encarcelamiento provoca una mayor reincidencia y procesos de encarcelamiento del encarcelado (prisonalización), construyendo una identidad del criminal al mismo tiempo que desintegra socialmente al condenado, siendo este etiquetado incorporado por el individuo (*self-fulfilling prophecy*), además de los cálculos actuales sobre grupos de riesgo, altamente selectivos; b) la *prevención especial positiva* (corrección del condenado) como la mayor demostración del fracaso de la pena de prisión, ya que no existen pruebas científicas de su carácter correctivo, o, desde otra perspectiva, como un éxito a partir del mantenimiento/ reproducción/ gestión de las relaciones sociales desiguales, basadas en la relación *capital/trabajo asalariado*; c) la *prevención general negativa* (disuasión de la práctica de delitos) como Derecho Penal *simbólico*, desprovisto de eficacia *instrumental*, utilizado como retórica del poder punitivo; d) la *prevención general positiva* (afirmación de la validez de la norma, en línea con Jakobs, y afirmación de valores comunitarios, en línea con Roxin), que merece un análisis más detallado (Santos, 2020).

La *prevención general positiva* es redefinida como *integración-prevención*. Destacamos en este trabajo la concepción organicista de la sociedad de Luhmann, que concibe, como función de la norma jurídica: a) armonizar el sistema y legitimarlo; b) reducir las complejidades de las relaciones sociales, al crear expectativas de conducta; c) estabilizar el sistema social. Santos observa que esta propuesta de fundamento del sistema penal oculta el verdadero parámetro de estabilización del sistema social: la relación *capital/trabajo asalariado*, “que determina los valores de orientación y engendra la ideología responsable de las expectativas institucionalizadas” (Santos, 2020, p. 457).

Se pueden hacer algunas críticas en relación con las teorías funcionales. Primero: desde una perspectiva *político-criminal*, las teorías funcionalistas abandonan la teoría liberal de protección del bien jurídico y de la culpabilidad como limitación de la pena. Al buscar la estabilización del ordenamiento con el mantenimiento de la confianza de los individuos en las normas, relega al sujeto a ser mero instrumento de imputación penal, “es decir, se reduce al papel de *chivo expiatorio*, existiendo como *sujeto* de responsabilidad penal, pero como mero *objeto* del sistema social” (Santos, 2020, p. 458).

Segundo: desde el punto de vista *ideológico*, la crisis de la *prevención especial positiva* (ideologías *re*), ha revitalizado la función de la *prevención especial negativa* de neutralización

del condenado y, simultáneamente, ha enfatizado la *prevención general positiva*, con el discurso sistémico de *integración-prevención*. La prisión de los condenados funcionaría como *legitimación* de la pena como reacción contrafática, reafirmando la validez de la norma, con la consecuencia del expansionismo penal (Santos, 2020, p. 458-459).

Por último, desde el enfoque *sociológico*, la *prevención general positiva* “revitaliza un modelo *tecnocrático* de control social” (Santos, 2020, p. 459). La dogmática penal sirve como instrumento de reproducción y mantenimiento de la realidad social, ya que actúa como reacción al conflicto de forma represiva, encubriendo la verdadera funcionalidad selectiva y desigual del sistema penal, gestionando de manera diferencial la criminalidad.

## V. Dogmática penal latinoamericana: el dilema ético

Como bien nos advierte Dieter, la enseñanza jurídica atraviesa hoy por una crisis. Los profesionales *del y por el Derecho* -académicos en las Facultades y juristas en los Tribunales- deben prestar atención a dos cuestiones centrales al tratar las “ciencias penales”: el dilema ético y la técnica jurídica abstracta (Dieter, 2022).

Desde el punto de vista ético, la mirada hacia la cuestión criminal, desde el *giro punitivo*, debe reconocer el resultado del sistema de justicia penal como “el mayor crimen contra la humanidad en curso en el país”. Debemos aceptar que somos parte de este problema. Los licenciados en Derecho deben asumir la responsabilidad por el exterminio, la tortura y el encarcelamiento masivo de individuos estigmatizados y seleccionados por el sistema de justicia, con evidentes y reiteradas violaciones a la dignidad fundamental del ciudadano.

Por otro lado, desde el punto de vista teórico, la técnica jurídica abstracta (Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Ejecución Penal) debe estar subordinada a las ciencias criminales (Criminología y Política Criminal) para lograr el objetivo democrático de limitar el poder punitivo del Estado.

La alienación típica de las disciplinas que trabajan con la lógica interna de los sistemas de imputación y ejecución de responsabilidad penal solo puede ser enfrentada a partir de la investigación científica de la práctica social concreta de la criminalización primaria y secundaria, rechazando el idealismo y los modismos académicos (Dieter, 2022, p.173).

Dicho esto, los conceptos analíticos del hecho punible deben estar condicionados a la realidad social concreta, conectando el Derecho Penal y la realidad (re)producida por el sistema de justicia penal. Podríamos abordar algunas cuestiones prácticas, como trabajar la técnica penal a partir de casos prácticos concretos, abandonar la lectura manualística en busca de la formación de profesionales críticos, etc.

Pero la pregunta que queda es: ¿no lo hace así Roxin? Jakobs de hecho se aleja de la realidad empírica al centrarse únicamente en la estabilización del ordenamiento jurídico, en un giro apologético hacia la *voluntad del poder*, pero Roxin muestra disposición a una apertura dogmática construida a partir de casos concretos y en defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos. ¿Por qué también considerar problemática su dogmática funcionalista?

Roxin (1997), al fusionar el Derecho Penal y la Política Criminal, adopta como misión interpretativa de la dogmática jurídica “una sistematización bajo aspectos teleológico-políticocriminales” (p. 225), y la categoría de la *responsabilidad* “se la interpreta y sistematiza según los puntos de vista políticocriminales de la teoría de los fines de la pena” (p. 225).

Así como von Liszt, con su propuesta de Ciencias Penales Integradas (*Gesamte Strafrechtswissenschaft*), en la que acabó “por configurar una Política Criminal casi dogmática, en la cual se tomaba como *a priori* la suficiencia de una razón penal (la legitimidad de la pena), la racionalidad del legislador y los efectos sociales benéficos, directos o indirectos, retributivos, neutralizantes o preventivos de la aplicación y ejecución de las penas” (Batista, 2022, p.15), Roxin aparenta hacer lo mismo, buscando una eficiencia punitiva.

Su categoría de *necesidad preventiva* junto con la culpabilidad para responsabilizar al sujeto no es más que un “acto de fe” (Batista, 2022, p. 17) pues está fundamentado en la legitimación de la pena. Además, la posibilidad de acceder psíquicamente a “posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma” no altera en absoluto el antiguo “poder actuar de forma diversa”, pues igualmente indemostrable. Roxin cambia seis por media docena.

Tavares (2018, p. 216) afirma de manera acertada que poner las normas penales a criterio de la política criminal puede llevar a justificar una punición innecesaria, siempre que la finalidad protectora dada a la norma estatal se desvincule de los postulados liberales, como ocurrió mucho con los delitos contra la seguridad del Estado, dependiendo del régimen político.

Roxin asocia al Derecho Penal con las medidas punitivas en lugar de ser crítico con sus fundamentos. También al alejarse de la concepción de libre albedrío y vincular la decisión del individuo a la accesibilidad normativa, subordina al Derecho Penal a los intereses del Estado, al igual que lo hace Jakobs. “Decir, de hecho, que lo que está en juego es saber si el legislador quiere o no castigar cierta conducta significa someter al derecho penal a servir como instrumento exclusivamente sancionador y no garantista” (Tavares, 2018, p. 219).

Por otro lado, Jakobs, al crear la relación contractual autor-Estado y exigir del sujeto fidelidad a la norma, toma como culpabilidad la infidelidad al Derecho, valorando la estabilidad de la norma, y erige el orden jurídico como único fundamento, reificando al individuo como mero objeto de imputación. El mundo de las normas (sistema) subordina al individuo a su orden, válida por sí misma, negando la función garantista de los derechos fundamentales de los individuos.

El resultado de la crítica una vez más llega a la lección fundamental de las teorías funcionales: a pesar de su evidente fracaso, persiste la “historia de la legitimación” (Andrade, 2015, p. 295). La retórica del funcionalismo consiste en: a) luchar contra el crimen, con la neutralización del penado; b) resocializar al condenado; c) reafirmar los valores de las normas jurídicas, manteniendo una lógica grotesca del sistema, en la que, si no sirven solas, sirven de forma conjunta a partir de un modelo *polifuncional* (Carvalho, 2020, p. 88), logrando así sobrevivir a las críticas.

Como observan Zaffaroni, Batista, Alagia y Slokar (2002, p. 111):

Los propios discursos legitimantes que reconocen como función del derecho penal la protección de bienes jurídicos deben admitir que no se trata de los bienes jurídicos de las víctimas, cuidando de construir argumentos complejos, como el de que la pena tiene efecto represivo respecto al pasado y preventivo respecto al futuro, que no se ocupa de la víctima concreta, sino que, mediante la estabilización de la norma, se ocupa de las futuras víctimas potenciales (...) pero en lugar de caer en la ilusión de que protege los bienes de las víctimas (o los de eventuales víctimas futuras y por ahora imaginarias e inexistentes), asume el compromiso real de proteger a los que son efectivamente amenazados por el crecimiento incontrolado del poder punitivo.

El Derecho Penal no puede convertirse en un instrumento *ideológico* para la formación de una personalidad adecuada a la norma del Estado como un señor absoluto al que se debe obediencia incondicional (Tavares, 2018, p. 222). Antes que nada, se debe construir una dogmática *crítico-libertaria* comprometida con el programa garantista del Estado Democrático de Derecho. Como sistema de garantías del individuo frente al poder punitivo del Estado, con la construcción de conceptos capaces de *excluir* o *reducir* la intervención en la esfera de la libertad individual (Santos, 2020, p. 495).

## VI. Reflexión final

En un primer momento, analizamos el funcionalismo sistémico y el proceso comunicativo (autopoiético) sobre la base del sistema simbólico de orientación de conductas a partir de las expectativas creadas por las normas jurídicas y la ruptura de esas expectativas. La reacción a los estímulos del entorno (*output*), sin estar vinculada a él, se convierte en un estímulo para el sistema (*input*). Por lo tanto, el proceso comunicativo es tautológico, reaccionando sobre sí mismo. La acción causal y final es reemplazada por el sistema funcional de confirmación y generalización de expectativas, armonizando y legitimando la propia norma jurídica como guía de las conductas humanas.

En un segundo momento, analizamos la categoría de *culpabilidad* en la visión de los mayores representantes del funcionalismo: Claus Roxin y Günther Jakobs. El primero atribuye a la culpabilidad una categoría integrante de un concepto mayor: la responsabilidad; esta abarcaría la culpabilidad como capacidad general de autocontrol y la accesibilidad normativa, permitiendo atribuir al autor una conducta conforme al Derecho, y la *necesidad preventiva* (especial o general). La culpabilidad resulta ser una condición para la imposición de la pena.

Para el segundo, debido al *déficit de motivación jurídica* del sujeto, la culpabilidad se convierte en medida para la aplicación de la pena. Se castiga para mantener la confianza general en la norma, estabilizando la confianza en el ordenamiento jurídico. Se eleva al máximo la abstracción y la consecuente eliminación de la realidad, tomando la norma y al sujeto en una relación simbiótica de obligación de respeto bajo pena del ejercicio de la violencia estatal.

A pesar de que Roxin critica la culpabilidad funcionalista de Jakobs, creemos que hay, en términos de fundamentación, más similitudes que diferencias entre las dos

categorías. En ambos casos, la culpabilidad se convierte en justificación para la pena: para la estabilización de la norma (Jakobs) o para asegurar la paz y la certeza jurídica (Roxin). Las bases teóricas son esencialmente las mismas: el funcionalismo, es decir, que en una sociedad los individuos serían guiados por las expectativas creadas por las normas jurídicas, que, una vez violadas, requerirían la imposición de la pena para evitar que la impunidad perturbe el valor atribuido a la norma, generando insatisfacción e inseguridad. Además, agregan una visión axiológica a la teleología y materialidad de las categorías del delito.

Así, percibimos que el sujeto se convierte en una categoría instrumental en el análisis del delito, sirviendo como medio para determinar la necesidad o no de la imposición de la pena; ya sea para disuadir la comisión de nuevos delitos o para reafirmar los valores consagrados por el ordenamiento jurídico. Los fundamentos de la pena se reafirman y no se critican por parte de los autores.

A continuación, observamos la crítica materialista a la pena: a) como retribución equivalente (*valor de cambio*); b) como mercancía (*valor de uso*). Como *valor de cambio*, la pena realiza el principio de la igualdad formal, ocultando el verdadero funcionamiento de la cárcel: como una máquina para fabricar proletarios, basada en el principio de menor elegibilidad, en base a la disciplina y docilización del encarcelado, convirtiendo su fuerza de trabajo en socialmente útil.

Como *valor de uso*, las funciones preventivas generales y especiales ocultarían la incapacitación selectiva de grupos considerados socialmente peligrosos (prevención especial negativa), así como servirían para el mantenimiento/reproducción/gestión de las relaciones sociales desiguales, basadas en la relación *capital/trabajo asalariado* (prevención especial positiva). El Derecho Penal quedaría desprovisto de eficacia instrumental, operando en base a símbolos como retórica del poder punitivo (prevención general negativa), ocultando el verdadero parámetro de *estabilización* del sistema social: la relación *capital/trabajo asalariado*, “que determina los valores de *orientación* y engendra la ideología responsable de las expectativas institucionalizadas” (prevención general positiva).

El funcionalismo abandona, de esta manera, la teoría liberal de protección del bien jurídico y de la culpabilidad como limitación de la pena, convirtiendo al sujeto en mero objeto de imputación penal. Al menos en el caso de Roxin, es posible percibir el carácter polifuncional atribuido a la pena, ya que, cuando la *prevención especial positiva* entra en crisis, se revitaliza la función de prevención especial negativa de neutralización del condenado y, simultáneamente, se enfatiza la prevención general positiva, con el discurso sistémico de *integración-prevención*. La prisión de los condenados funcionaría como *legitimación* de la pena, como una reacción contrafática para reafirmar la validez de la norma.

La dogmática penal en el funcionalismo es, en última instancia, refuncionalizada para la reproducción y el mantenimiento de la realidad social, ya que actúa como una reacción al conflicto de forma represiva, ocultando la verdadera funcionalidad selectiva y desigual del sistema penal, gestionando de manera diferencial la criminalidad.

El funcionalismo transforma el Derecho Penal en una “ciencia” narcisista, alejada de la realidad social empírica, funcionando como legitimador del poder punitivo. Al relacionar el sistema de imputación con la propia lógica del sistema, sin cuestionarlo, el

funcionalismo se cierra en sí mismo, siendo al menos susceptible de convertirse en un instrumento autoritario dependiendo del régimen político en el que esté basado.

Aunque Roxin desarrolla la teoría del riesgo permitido dentro del injusto penal, contribuyendo así a la delimitación del proceso de criminalización, es en la categoría de culpabilidad, reafirmando el fundamento de la pena, donde podemos percibir el gran problema del funcionalismo, al menos en nuestra realidad latinoamericana. Si bien no podemos descartarlo en su totalidad, el funcionalismo debe ser utilizado con mucho cuidado, bajo pena de convertir las categorías dogmáticas del delito en problemáticas y no cumplir con su función liberadora del Estado Democrático de Derecho en la protección de los derechos fundamentales.

## Referencias bibliográficas

- Adorno, T. W. y Horkheimer, M. (1985). *Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Zahar.
- Andrade, V. R. P. de. (2015). *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. (3ª ed.). Livraria do Advogado.
- Baratta, A. (prólogo de Santos, J. C.) (2020). *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. (6ª ed.). Revan.
- Batista, N. (2020). *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. (12ª ed.). Revan.
- Batista, N. (2022). *Capítulos de política criminal*. Revan.
- Carvalho, S. de. (2013). Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 21(104), 279-303.
- Carvalho, S. de. (2020). *Penas e medidas de segurança no direito brasileiro*. (3ª ed.). Saraiva Educação.
- Dieter, M. S. (2022). O Direito Penal após Carandiru: uma breve reflexão crítica en M. P. D. Bucci y R. P. Souza (Eds.), *O ensino jurídico no bicentenário da independência* (pp. 157-176). D'Plácido.
- Foucault, M. (2019). *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. (42ª ed.). Vozes.
- Fuziger, R. (2021). *Autodeterminação e direito penal*. (1ª ed.). D'Plácido.
- Greco, L. (2002). Introdução à dogmática funcionalista do delito: Em comemoração aos trinta anos de "Política Criminal e Sistema Jurídico Penal", de Roxin. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 1(20), 211-283.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal: parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*. (2ª ed.). Marcial Pons.
- Kassama, A. G. (2014). *Leituras da modernidade no funcionalismo radical: da teoria dos sistemas à pós-modernidade*. [Tesis de Maestría, Universidade de São Paulo].
- Machado, V. (2009). *Entre números, cálculos e humanidade: o princípio constitucional da individualização da pena e o mito da punição humanizada*. [Tesis de Maestría, Universidade de Brasília].

- Marx, K. (2012). *Crítica do Programa de Gotha*. (trad. Enderle, R.), São Paulo: Boitempo.
- Marx, Karl. (s.f). *Tesis sobre Feuerbach*. Escritos de Karl Marx & Friedrich Engels. <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/45-feuer.htm>.
- Melossi, D. y Pavarini, M. (2019). *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. (2ª ed.). Revan.
- Muñoz Conde, F. (1975). *Introducción al Derecho Penal*. (1ª ed.). Bosch.
- Pachukanis, E. (2017). *Teoria geral do direito e marxismo*. Boitempo.
- Roxin, C. (1991). Culpa e Responsabilidade: Questões fundamentais da teoria da responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1(4), 503-541.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal: parte general: Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. (2ª ed.). Civitas.
- Rusche, G. y Kirchheimer, O. (2004) *Punição e estrutura social*. (2ª ed.). Revan.
- Santos, Juarez Cirino dos. (2020). *Direito penal: parte geral*. (9ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Schecaira, S. S. (2022). *Criminologia*. (10ª. ed.). Thomson Reuters Brasil.
- Schünemann, B. (2000). La culpabilidad: estado de la cuestión en J. M. Silva Sánchez (Ed.), *Sobre el estado de la teoría del delito: Seminario en la Universitat Pompeu Febrà* (pp. 93-128). Civitas.
- Silva Sánchez, J. M. (2002). *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. *Revista dos Tribunais*.
- Silva Sánchez, J. M. (2011). *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. *Revista dos Tribunais*.
- Streck, L. L. (6 de ago. 2012). O mensalão e o “domínio do fato”: algo “tipo ponderação”. *ConJur*. <https://www.conjur.com.br/2012-ago-06/lenio-streck-mensalao-dominio-fato-algo-tipo-ponderacao/>.
- Tavares, J. (2018). *Teoria do crime culposo*. (5ª ed.). Tirant Lo Blanch.
- Tavares, J. (2022a). *Fundamentos de teoria do delito* (4ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Tavares, J. (2022b). *Teoria do Injusto Penal*. (5ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Welzel, H. (2004). *El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. B de F.
- Zaffaroni, E. R. (1988). *Criminología: Aproximación Desde un Margen*. Temis.
- Zaffaroni, E. R., Batista, N., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Direito Penal Brasileiro I*. Revan.

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

H.G.S. ha contribuido en: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y L.P.F. ha contribuido en: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: [mjcasanova@um.edu.uy](mailto:mjcasanova@um.edu.uy)