

Descripción de la crítica penal al concepto de culpabilidad funcional de Günher Jakobs

Description of the criminal critique of Günher Jakobs' concept of functional guilt

Carlos Arturo Ruiz¹

Resumen

Este artículo contrasta el concepto de culpabilidad funcional propuesto por Günther Jakobs con algunas ideas críticas esbozadas por la dogmática mayoritaria con el interés de señalar los posibles efectos negativos que este representa a la individualización judicial de la pena y a los derechos y garantías de los procesados. Con base en una descripción documental de los criterios que componen la culpabilidad funcional, así como de las principales observaciones hechas a esta teoría, mediante los cuales los distintos autores advierten sobre los riesgos de fusionar el injusto con la culpabilidad y el castigo, se concluye que abandonar al autor del delito para centrarse en reforzar la fidelidad de la comunidad al derecho, desemboca en una instrumentalización del sujeto que atenta contra la imagen humanizadora de la sanción penal.

Palabras clave: pena, prevención general, persona, culpabilidad, fidelidad al derecho

Abstract

This article contrasts the concept of functional guilt proposed by Gunther Jakobs with some critical ideas outlined by the majority dogmatics with the interest of pointing out the possible negative effects that this represents on the judicial individualization of the sentence and on the rights and guarantees of the defendants. Based on a documentary description of the criteria that make up functional guilt, as well as the main observations made to this theory, through which the different authors warn about the risks of merging the unjust with the guilt, where they conclude that abandoning the perpetrator of the crime to focus on reinforcing the community's fidelity to the law leads to an instrumentalization of the individual that undermines the humanizing image of the criminal sanction.

Keywords: punishment, general prevention, person, guilt, fidelity to the law.

Introducción

El delito en términos normativos está conformado por dos juicios de valor: el injusto y la culpabilidad. El primero recae sobre el hecho, mientras que el segundo, sobre el autor. El origen de la culpabilidad se encuentra en el principio de libertad y este ha tenido el papel de fundamentar y limitar la imposición de la pena, sin embargo, el profesor Günter Jakobs propone derivarla de esta en su cometido de prevención general positiva. Ahora bien, el

¹ Abogado de la Universidad de Antioquia, especialista en Derecho Penal de la Universidad Libre de Bogotá, especialista en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Bogotá, especialista en Derecho Penal de la Universidad Eafit, magíster en Derecho Penal de la Universidad de Santo Tomás en Convenio con la Universidad de Salamanca, doctor en Derecho de la Universidad Santo Tomás. Docente investigador. Correo: carlosruiz.derecho@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-9755-2909>

vínculo de la culpabilidad en esta función conlleva a que sea entendida en su contenido como un mensaje que tiene de destinatario a la sociedad, a la cual le comunica que el acto del sujeto infiel al derecho es una acción que no rige en este conglomerado social.

La explicación es la siguiente: el delito niega la vigencia de la norma. La pena se opone a la infracción que repele la validez de esta. Por lo tanto, el efecto del rechazo de la falta es la permanencia contrafáctica de la disposición como regla que orienta el comportamiento socialmente admitido.

Dado que el delito es una infracción a la norma y la culpabilidad queda contenida en esta labor comunicativa, se pregunta en este escrito por los efectos que esta vertiente podría generar en los derechos y garantías de los procesados y en los límites de la modulación de la pena. Para ello se expondrá la evolución de la categoría dogmática de la culpabilidad. Posteriormente, se referirán los presupuestos conceptuales de la culpabilidad funcional desarrollada por Günter Jakobs. Luego, se harán una serie de observaciones críticas a esta teoría en clave de los efectos adversos en la tasación del castigo para el caso concreto y, por último, se presentarán las conclusiones.

Evolución de la categoría dogmática de la culpabilidad

La categoría dogmática de la culpabilidad fundamenta que el autor es responsable personal de la acción típica y antijurídica que ha cometido y, por tanto, se le asigna una pena de prisión (Jescheck, 2003). Ella ha pasado por dos grandes momentos. La primera es la psicológica, que surge a partir del positivismo naturalista caracterizado por trasladar a la teoría del delito el método propio de las ciencias empíricas consistente en observar y describir el objeto de conocimiento. Desde este foco ha señalado Jescheck (2003) que en la culpabilidad se consideraba “el estado mental del autor del delito, sobre la base de aquellos hechos que fueran reconocibles por medio de la observación y accesibles a una descripción” (p. 3), por lo tanto, la culpabilidad representa el aspecto subjetivo del delito. Bajo esta óptica explicaba Von Liszt (1914) que, a la desvaloración jurídica del acto, se debe sumar la del autor: No basta con que el resultado pueda ser objetivamente referido a la manifestación de voluntad del agente, sino que también debe darse subjetivamente el nexo con la culpabilidad del autor.

En este sentido, Beling (2002) explicaba que la acción antijurídica alude exclusivamente al comportamiento corporal contrario al derecho, mientras que la acción culpable comprende un juicio valorativo a la fase subjetiva del acto delictual. Bajo esta comprensión, Von Liszt (1914) definió la culpabilidad como “la relación subjetiva entre el hecho y el autor” (p. 388), explicaba que ella es “la acción dolosa o culposa del individuo imputable” (p. 388). Von Liszt (1914) añade que el acto culpable expresa el carácter antisocial del autor: la expresión «asocial» comprende tanto el caso del dolo, intención antisocial positivamente dirigida contra las exigencias de la vida social común, como la culpa, indiferencia cognoscible frente a esas exigencias por el acto cometido (conducta antisocial).

El carácter del autor del delito hace que no sea apto para vivir en sociedad, por ello la sanción penal es el medio propuesto por el Estado para proteger los bienes jurídicos individuales y colectivos de este tipo de personas. Ahora bien, Von Liszt (1914) precisa que la culpabilidad comprende dos juicios:

1. La imputabilidad (culpabilidad) del autor. Esta se da con aquel estado psíquico del autor que le garantiza la posibilidad de conducirse socialmente. Es la facultad que tiene el agente de determinarse por las normas de la conducta social, ya pertenezcan estas a los dominios de la religión, de la moral, de la inteligencia, etc.; o a los dominios del derecho.
2. La imputación del acto. Esta se da cuando el autor conocía la significación antiso-

cial de su conducta, (sic) o cuando hubiese podido y debido conocerla. (p. 389).

En conclusión, la culpabilidad psicológica se da a través del dolo y la culpa. Este planteamiento será objeto de diversas críticas, entre ellas, el hecho de que en la negligencia sin representación no se dé el vínculo psíquico entre el autor y el acto antijurídico es ya una razón para su abandono, de igual forma, Zaffaroni (2003) advierte que esta causa psíquica permitió en la teoría del delito construir la conexión entre el injusto y la fundamentación y tasa de la pena sobre la idea de peligrosidad del autor, contradiciendo con ello el derecho penal de acto.

La segunda, la culpabilidad normativa, esta es entendida como un juicio de reproche que se hace al autor, quien pudiendo actuar voluntariamente conforme a derecho se motiva en forma contraria a la disposición. Este concepto fue postulado por Frank (2011) con tres elementos:

1. Una aptitud espiritual normal del autor, a lo que nosotros denominamos (sic) imputabilidad. Si ella existe en alguna persona, entonces está dicho que su comportamiento antijurídico puede ser convertido, en general, en reproche, pero todavía no se puede afirmar que le corresponda un reproche en el caso particular. Para ello se necesita, además:
2. Una cierta concreta relación psíquica del autor con el hecho en cuestión o la posibilidad de ésta (sic), conforme lo cual aquél (sic) discierne sus alcances (dolo), o bien (sic) los podría discernir (imprudencia). En la existencia de esta exigencia, el reproche no estaría fundado. Para ello es necesario que, además, concurra:
3. La normalidad de las circunstancias bajo las cuales el autor actúa. Cuando una persona imputable realiza algo antijurídico, consciente o pudiendo estar consciente de las consecuencias que trae aparejadas su accionar, puede ser sujeto, en general, de un reproche, según la interpretación del legislador (pp. 40-41).

Mezger (1933) está de acuerdo con estos elementos y pasa a definir la culpabilidad como “el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica” (p. 9), así como, el papel de esta para “fundamentar y limitar la pena a imponer” (pp. 22-23). Es preciso mencionar que para Mezger (1933) la culpabilidad es jurídica e independiente del debate que se tenga sobre la libertad de querer, ya que esta no es culpabilidad de la conciencia, sino una que se hace a una persona como causante de un hecho antijurídico y, a su vez, es un rechazo del acto concreto a la personalidad del autor.

De otro lado, Welzel (1956) precisa el juicio de reproche al entender la culpabilidad a partir de la competencia que tiene el autor de determinarse conforme al sentido, esto es, se hace un reproche personal al transgresor por no abstenerse de cometer la acción antijurídica, a pesar de haberla podido omitir. Por esta razón la culpabilidad es voluntaria es decir, el infractor en la situación concreta pudo ejecutar su acción libre de forma adecuada al derecho y no quiso hacerlo, dicho de otro modo: la capacidad de motivación conforme al deber sitúa al sujeto en una relación existencial con la norma (Kaufman, 2006). Explica Welzel (1956) que la libertad es el acto de liberarse de la fuerza causal de los impulsos hacia una autodeterminación condecoradora de lo ético-socialmente correcto. Teniendo en cuenta lo anterior, Welzel (1956) propone como elementos de la culpabilidad: la imputabilidad, la aptitud para comprender lo antijurídico y la exigencia de la conducta conforme al acervo jurídico.

La culpabilidad normativa recibe las siguientes críticas. Primero, al día de hoy no se ha comprobado en una persona su acto libre en la situación concreta, incluso Welzel no explicó cómo la persona evita el delito y utiliza el autocontrol con el fin de actuar conforme al derecho (Jescheck, 2003). Segundo, el reproche de culpabilidad se considera de carácter ético-moral, lo que lo hace inadmisibles en un Estado de derecho social y democrático (Velásquez Velásquez, 1993). De estas detracciones surgen distintas propuestas, entre ellas,

la culpabilidad funcional de Günther Jakobs.

Culpabilidad funcional

Günther Jakobs (1997 b) parte de lo imposible que es probar la existencia de la autodeterminación o del libre albedrío como fundamento de la culpabilidad para cimentarla sobre la base de los fines de la pena. Para abordar el estudio de su propuesta, es necesario que previamente se haga un acercamiento a los presupuestos de su teoría del delito. El punto de partida de Jakobs es el concepto que tiene Luhmann del derecho como conjunto de reglas que crean conductas probables. Este aborda específicamente en el conglomerado social el problema de la doble contingencia de las expectativas cognitivas y normativas, las cuales tienen como objetivo reducir la complejidad en el sistema.

Explica Castro Cuenca (2017), que Luhmann (2003) otorga al individuo la posibilidad de ordenar su conocimiento sobre el mundo para poder interactuar y comunicarse de acuerdo con las interpretaciones respecto de experiencias nuevas. Luhmann (2003) lo manifiesta de la siguiente manera: ante la alteración del orden, el derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social para estabilizar el sistema. Por ejemplo, si en una circunstancia concreta se malogra una expectativa cognitiva, la persona puede abandonarla a causa de su desengaño, mantenerla a pesar de ello o reformularla con base en la nueva realidad, por el contrario, si el desencanto se mantiene contrafácticamente rechazando la defraudación de la expectativa cognitiva para mantener la validez de esta, esa expectativa ya es de naturaleza normativa y permite estabilizar el orden y, así mismo, determinar el comportamiento, en consecuencia, la forma más adecuada para estabilizar la regla es a través de la sanción impuesta.

De ahí que Jakobs (1997 b), refiera que una vez la expectativa fue defraudada, pueden darse tres maneras para manejar de nuevo las relaciones sociales. La primera, la persona deja de orientarse por dicha expectativa al perder la confianza en ella. La segunda, el sujeto modifica las interacciones en la colectividad para evitar que a futuro la expectativa sea otra vez ignorada como guía de comunicación. La tercera, el comportamiento que ha defraudado la expectativa es el que va a ser objeto de tacha para confirmar la configuración jurídica concreta que servirá de directriz en los contactos entre los individuos de una sociedad o comunidad.

Este conflicto no se debe solucionar de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa del autor, ya que la conducta de las personas es la que está definida en las normas: la prestación que realiza el derecho penal consiste en refutar, a su vez, la contradicción de las reglas jurídicas determinantes de lo identitario de la sociedad. El derecho penal confirma, por tanto, esto último (Jakobs, 2000).

Es preciso mencionar que Jakobs (1997 a) no elimina la culpabilidad como categoría del delito, todo lo contrario, afirma que ella lo abarca todo, pero la determina desde los fines político criminales de la sanción. Este la define como “falta de fidelidad al derecho” (Jakobs, 1997a, p. 567), es decir, el autor responde penalmente del acto típico e ilícito realizado con culpa por trastornar expectativas que se encuentran jurídicamente garantizadas. De manera que es esto lo que perturba la configuración social reconocida por las normas, puesto que son ellas las que permiten la existencia de la sociedad (Jakobs, 1998).

Conforme a ello, la culpabilidad contribuye a estabilizar el ordenamiento jurídico mediante la imposición de la pena. Jakobs (1997 a) señala que la fusión entre estas es funcional porque mantiene en el otro —conglomerado social— y, desde el presente, el reconocimiento de la norma por todos los ciudadanos, de ahí que en una sociedad con una estructura singular como la que hay actualmente, el contenido de la culpabilidad está delimitado por el fin que la ley le haya asignado a la sanción.

De acuerdo con esto, la prevención general positiva, interpretada como ejercicio de fidelidad al derecho, es el medio adecuado para comunicar la validez de la disposición a pesar de su vulneración, con ello se mantiene la obligatoriedad del subsistema jurídico o lo que es lo mismo, la configuración normativa de la sociedad. En palabras de Jakobs (1997 b) la culpabilidad-pena es prevención general porque produce efectos de lealtad en todos los ciudadanos y positiva porque esta repercusión tranquiliza a todos en el entendido que la norma defraudada por el acto antijurídico ha vuelto a ser fortalecida por la pena ya que "quien confía en una norma debe ser confirmado en esa confianza" (Jakobs, 1998, p. 32).

Ha señalado Jakobs (2000) que el "concepto funcional de culpabilidad es por necesidad descriptivo precisamente en la medida en que la sociedad se encuentre determinada" (p. 48). En efecto, calificar el acto del infractor como antijurídico significa que ese comportamiento, que ha quebrantado la regla, no se acepta como guía social. El fin de responder a través de la imposición de la pena a un autor es manifestarle al público que lo importante no es ese comportamiento, sino el que está descrito como prohibido o mandado en la norma infringida: "La sanción contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma: éste (sic) afirma la no-vigencia (sic) de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante" (Jakobs, 2000, p. 26).

Con ello se quiere indicar que el autor no se ha organizado bien y por ello se le contradice, por ende, se quiere comunicar que este acto no es determinante en cuanto a la normativa. Siguiendo con este hilo conductor, Jakobs (1997 a) precisa que la misión del derecho penal es reafirmar comunicativamente la vigencia de la norma para garantizar el rol del ciudadano fiel al derecho y no el de evitar lesiones a los bienes jurídicos como consecuencia externa de la conducta desplegada del infractor.

En consecuencia, para Jakobs (1997 b) se imputa la culpabilidad cuando del autor se pueda afirmar la competencia para evitar la defraudación de la norma, dicho de otro modo, no existe culpabilidad cuando el ser humano no es un participante idóneo o competente para la comunicación por:

Falta de capacidad de culpabilidad, por ausencia inevitable de comprensión del injusto o por falta de exigibilidad, transforma el sentido comunicativamente relevante en algo sólo-(sic) individual, casual y, en este sentido, en algo perteneciente al mundo de lo natural (en un mundo exterior a la comunicación) (Jakobs, 2000, p. 45).

Jakobs (2000) explica que en estos casos el injusto no contradice la vigencia de la norma porque, según él, el derecho no se desarrolla en la conciencia o acto natural de un individuo, sino en la interacción de una persona social cuyo rol consiste en respetar el derecho. De acuerdo con ello, la disposición no se ve perturbada por un hecho que surge y se mantiene en el mundo externo a la comunicación y al derecho continuo vigente, por ello "el conflicto se puede resolver de otro modo, sin recurrir a la imputación" (Jakobs, 2000, p. 46).

En cambio, persona en derecho es quien se comporta en forma adecuada a la norma por estar incorporado al contrato social (Jakobs, 2000), pero cuando esto no sucede, la sociedad puede reaccionar expropiando al infractor por su culpa y su forma de ser, por lo cual, el delincuente al decidir configurar su mundo por fuera de las condiciones establecidas en la regla, pasa a ser un individuo o, lo que es lo mismo, se cosifica al dejar de existir como sujeto de derecho (Jakobs, 1998).

Ha señalado Jakobs (1998) que el autor realiza el injusto culpable porque "ha permanecido subdesarrollado como persona" (p. 23). Esto permite que la sociedad realice sobre él una legítima defensa limitada de manera objetiva por ser persona desde una perspectiva formal porque materialmente solo es sujeto quien en su rol de ciudadano respeta el derecho (Jakobs, 1998).

En términos generales, se puede entender por culpabilidad funcional la falta de observancia al derecho de quien era competente de organizar su actuación a la luz de los estándares de conducta establecidos en la norma garantizada contrafácticamente con sanción. Se denomina funcional porque la culpabilidad-pena cumple el papel de informarle y garantizarle al resto de las personas que la disposición defraudada por el autor sigue vigente, por lo tanto, es la regla general que debe reconocerse como guía de los contactos sociales.

Observaciones críticas a la culpabilidad funcional

El siguiente acápite aborda una serie de puntos de vista de la doctrina alemana y española hechas al concepto de culpabilidad funcional desarrollado por Jakobs, por considerar que con él se atenta a la dignidad humana de toda persona que realiza un acto típico e ilícito, desconoce al Estado de derecho y viola las reglas establecidas en los códigos penales vigentes para la individualización judicial del castigo entre otros asuntos, véase:

Jescheck (2003) critica a Jakobs por la fusión que hace entre la culpabilidad y el papel preventivo de la pena porque entiende que la culpabilidad del autor es por el delito realizado. Esto justifica en un segundo momento la imposición del castigo y la labor que ha de cumplir. Ello hace que estas instituciones respondan a dos lógicas distintas, de ahí lo inapropiado de su reducción a las necesidades preventivas del cuerpo social. Por una parte, la culpabilidad responde a la pregunta de si el injusto puede ser o no reprochado al autor y, por otra parte, si la pesquisa se responde positivamente, se procede a una segunda duda, ¿cuál es el monto de la condena que este merece por la infracción y su propósito? En palabras de Jescheck (2003), el propósito de la sanción es introducir de nuevo al autor en la sociedad, así como influir en un sentido pedagógico común en la población.

Por otra parte, Hirsch (2007) señala que Jakobs al derivar la culpabilidad de la prevención general, desindividualiza el concepto de culpabilidad y con ello permite que el papel preventivo de la pena, que tiene su foco en el futuro y no en el pasado, sobrepase la responsabilidad del autor por el injusto cometido. Ello lleva a una contradicción porque el público prevé que la condena que se imponga en el caso concreto sea lo justo preventivamente para estabilizar la norma infringida, como ello no es posible, Hirsch (2007) afirma que, a lo sumo, la prevención es consecuencia y no fundamento del castigo, de este modo, no tiene nada que ver con la culpabilidad, por eso insiste en que esta radica en el poder personal de acatar la norma. Esto hace al infractor responsable del injusto efectuado y ello sirve como barrera que limita la prevención general.

De otro lado, Greco (2019) llama la atención sobre la teoría del delito propuesta por Jakobs, dice que dar a conocer la mezcla del injusto con la culpabilidad para informarle al conglomerado social que la oposición a una norma sigue vigente, no es la forma adecuada para diferenciar, por ejemplo, entre la comisión de un quebrantamiento de la ley y un escándalo en la vía pública. Greco (2019) hace ver que el acto ilícito debe denotar algo más que la comunicación, debe incluir en su significado al sustrato fáctico lesionado con la conducta típica e ilegal del autor para poder reprocharle personalmente su falta, es por esto que la imposición de la pena exige el injusto fundamentado en la dañosidad social, más la culpabilidad soportada en el juicio de reproche personal.

Roxin (2000) ha señalado que el concepto de culpabilidad funcional propuesto por Jakobs se debe rechazar porque atenta contra el decoro humano al concebir al individuo por fuera de su modo de ser para simplificarlo a una cosa que sirve a intereses sociales, ya que hace al infractor objeto de imperativos de prevención general y, por lo tanto, lo instrumentaliza para garantizar en el público comportamientos fieles al derecho. Además, la culpabilidad funcional abandona al sujeto con sus condiciones psíquicas como elemento comprobable de culpabilidad para pasar a ser una mera imputación que se hace cuando sea indicada para razones político criminales que establezcan el ordenamiento jurídico.

Schünemann (1991) refiere que Jakobs no imputa culpabilidad cuando es posible procesar el conflicto de otro modo, por lo tanto, no castiga al autor del injusto debido a que la expectativa normativa lesionada no sufre disminución en su validez, sin embargo, Jakobs, a pesar de tomar esta idea como eje de su sistema, no aclara con fundamentos empíricos cuándo este déficit de capacidad o de competencia fiel al derecho no afecta la confianza general en la norma. En este mismo sentido, Pérez Manzano (1986) afirma que la opción de procesar el conflicto de otra forma es un criterio difuso, vago, es decir, ¿bajo que argumentos es posible conocer qué es lo necesario para estabilizar la expectativa normativa frustrada?

Esto afecta la culpabilidad funcional por ser un concepto descriptivo-explicativo vaciado del componente fáctico del individuo a penalizar y que no permite conocer las razones del castigo. Pérez Manzano (1986) señala que el concepto culpabilidad funcional es incompatible con el Estado de derecho porque esta forma de entender la culpabilidad entrega al individuo al *ius puniendi* del Estado sin ninguna limitación y garantía de tutela. Las razones de ello se encuentran en que se está pensando al individuo no por lo que hizo, su delito, sino porque no existen, políticocriminalmente hablando, posibilidades para que la población procese el conflicto de otro modo sin que se defraude su fidelidad al ordenamiento.

Pérez Manzano (1986) se refiere a otro punto de difícil solución en la teoría propuesta por Jakobs. Este comprende al injusto como un comportamiento que frustra una expectativa normativa asegurada contrafácticamente con la pena. El Estado ha establecido la sanción como el modo en que se va a reaccionar en todos los eventos en que se desconozca la vigencia de la norma de conducta. Ello sería así porque, al parecer, la realización de cualquier delito implica en sí mismo una rebaja de la fuerza vinculante de la disposición, sin embargo, para Jakobs el individuo inimputable no desconoce una expectativa normativa porque no es un ser igual o competente para cuestionar la validez de una regla, por ello, contra él no se reacciona con castigo porque de hacerlo se estaría ante la antijudicialidad, en consecuencia, este afecta con su acto una expectativa cognitiva y no normativa, por ello, en lo expuesto por Jakobs, no hay claridad para diferenciar el injusto de la culpabilidad en cuanto a la imputabilidad.

Añade Pérez Manzano (1986) que la culpabilidad funcional no incorpora el principio de igualdad material debido a que para Jakobs no son relevantes las circunstancias concretas e individuales del autor-estado psíquico, el cual podría ser constatado con la ayuda de psicólogos, por ser una condición totalmente preceptiva que excluye al individuo como realidad psicofísica del sistema jurídico, además, es un concepto ajustado a la ley, puesto que la culpabilidad funcional es una imputación colectiva. Otro punto que le crítica Pérez Manzano (1986) a Jakobs es su concepto de pena por atribuirle la función de estabilizador de la norma, así como, concebir el papel del derecho penal a tutelar la vigencia de esta, porque con ello orienta al Estado a un papel intervencionista-policivo para que expanda lo que se sin ningún tipo de control.

Además, al prescindir del bien jurídico como objeto de protección, crea un vacío de criterios legítimos para instituir el derecho penal, así mismo, no es posible cuantificar proporcionalmente la intensidad de la sanción a imponer para restaurar la vigencia y efectos preventivos de la norma. Recuérdese que para Jakobs la "culpabilidad se fundamenta en la prevención general (...) y se mide conforme a dicha prevención" (1997 b, p. 78). Alcacer Guirao (1998) advierte que al funcionalizar la culpabilidad en el fin estabilizador de la norma, se produce que en ella se pierda la justicia retributiva como límite de contención deontológica de deberes en la lógica preventiva, por lo tanto, las garantías para el autor del delito dependen de los sentimientos de venganza de la opinión pública.

Por otra parte, Alcacer Guirao (1998) afirma que la culpabilidad-pena al estar dirigida al público-víctima para garantizarle cognitivamente seguridad en los contactos sociales y rea-

firmar su confianza sobre la validez y vigencia del precepto quebrantado, resulta imprecisa, puesto que, bajo este concepto, Jakobs renuncia a la función obligatoria de las prescripciones penales, esto es, la regla no causa ni dirige la conducta de los potenciales infractores para que a futuro no realicen conductas delictuales, es decir, no actúen en contra de las expectativas normativas.

De modo que la culpabilidad funcional opera exclusivamente en el campo comunicativo-simbólico para excluir la pena de toda referencia psicológica-normativa, porque para Jakobs, la disposición que ha sido creada con mecanismos democráticos no necesita de amenazas como medio de coacción para que se acate por los ciudadanos: a quien se le adscribe el rol respetuoso del derecho, se le olvida que la pena al mismo tiempo disuade a todos de la comisión de conductas antijurídicas (Alcacer Guirao, 1998).

En palabras de Alcacer Guirao (1998), la pena no solo protege la vigencia de la norma, sino también los bienes jurídicos que de ella se derivan porque estos son su contenido, por lo tanto, “el fin de protección de expectativas y el fin de protección de bienes jurídicos no solo no son opuestos, sino que son, de hecho, funcionalmente recíprocos” (Alcacer Guirao, 1998, p. 453). Indiscutiblemente, la tutela del precepto conlleva la protección del interés, de modo que, esto en la realidad es lo que le interesa a todos como salvaguardia cognitiva y material.

En resumen, el concepto de culpabilidad funcional al quedar contenido en el papel de prevención general positiva de la pena con el fin de comunicar a la sociedad que la norma quebrantada continúa siendo válida y vigente para orientar los contactos colectivos, atenta contra la dignidad humana del autor de la infracción ya que lo instrumentaliza para garantizar en la comunidad que otros no delinca o en el caso en que lo hagan, sea lo menos posible, todo esto bajo la idea de alcanzar la confianza y fidelidad al derecho.

Conclusión

La categoría dogmática de culpabilidad concordada con el injusto ha cumplido a lo largo de su existencia la labor de establecer la pena intramural, así mismo, se ha encargado de limitarla para que haya una justa individualización del castigo del autor por haber quebrantado de un modo específico la ley. Con ello se responde a la pregunta del porqué de la condena. De esta manera, se entiende que la sanción impuesta no puede sobrepasar el grado de culpabilidad, respetando de esta forma la justicia retributiva, de otro lado, la función político criminal que esta ha de cumplir se corresponde a un para qué, es decir, a un propósito futuro que ubica la respuesta en un momento posterior a haberse instaurado. En síntesis, se ha entendido que el puente entre el delito y la punición es la culpabilidad del autor por el acto realizado.

Sin embargo, Jakobs con el concepto de culpabilidad funcional traspasa los criterios que hasta este momento han permitido ponderar la pena de prisión debido a que fusiona la culpabilidad con criterios político criminales de naturaleza preventiva general especial. En consecuencia, la culpabilidad-castigo pasa a ser un acto de comunicación que abandona al autor como punto de referencia para centrarla en la comunidad con el fin de informar que el delito entendido ahora como daño de una expectativa normativa garantizada contrafacticamente con la sanción, es un evento aislado, cometido por un individuo infiel al derecho que no tiene la capacidad de anular la validez y la vigencia de la disposición. Por consiguiente, con la punición impuesta se refuerza la observancia de los ciudadanos a la ley, así que, se espera que las personas continúen acatando las condiciones establecidas en el precepto quebrantado.

El concepto de culpabilidad funcional puede llevar a justificar una política criminal violenta de los derechos humanos. Ello sucede cuando se aumenta de forma indiscriminada

los montos punitivos de cada uno de los delitos contemplados en el Código Penal vigente en aras de lograr una mayor fidelidad de las personas al ordenamiento jurídico, incluso, hasta el legislador podría establecer castigos perpetuos y de muerte si ello le es útil para reforzar la identidad normativa. Así mismo, podrían, en un Estado democrático y de derecho, asumir al infractor como un enemigo, cosificarlo bajo la excusa en que no hay otra manera de lograr calmar en el público la sed de venganza o retribución social para compensar la ofensa generada por el traidor del pacto con obra ilegal, regresando a través de esta categoría a la justicia propia de los Estados absolutos.

De igual manera, incluir la culpabilidad a la función preventiva de la pena puede ocasionar que el operador jurídico —juez— tenga absoluta libertad al momento de decidir los mínimos y máximos de meses de castigo para cada caso en particular, es decir, que el funcionario jurisdiccional desconozca los criterios de ponderación que hasta la actualidad la doctrina mayoritaria ha desarrollado para fijar la sanción. El concepto de culpabilidad funcional podría generar una política criminal y penitenciaria de máxima seguridad, distinta a lo que hoy está establecida en los tratados y convenios de derechos humanos que indican relacionarse con el delincuente considerándolo como un ser humano cubierto con unas facultades inherentes y garantías que lo protegen de este tipo de decisiones arbitrarias.

En consecuencia, la función de la culpabilidad pierde su rol de contener al *lunus puniendi*, puesto que el injusto y la culpabilidad ya no se pueden graduar en clave del nivel de afectación al interés jurídico, debido a la intensidad del dolo y de la culpa, de igual forma, la culpabilidad como acto comunicativo ya no limitaría porque no hay criterios descriptibles empíricamente u ontológicos que funjan como punto de referencia para tasar la pena, sino que fundamentaría el dolor generado al individuo que sufre la imposición de esta.

Bibliografía

- Alcacer Guirao Rafael (1998). Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo 51(1-3), pp. 365-588.
- Beling, Ernst (2002). Esquema de derecho penal. la doctrina del delito-tipo. Buenos Aires, Argentina: Editorial y Librería El Foro.
- Binding, Karl (2009). La culpabilidad en derecho penal. Montevideo, Uruguay: Editorial IB-def.
- Castro Cuenca, Carlos Guillermo (2017). Manual de teoría del delito. Bogotá, Colombia: Editorial de la Universidad del Rosario.
- Frank, Reinhard (2011). Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Buenos Aires, Argentina: IBdef.
- Greco, Luis (2019). Reflexiones sobre el derecho penal. Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley.
- Hirsch Hans Joachim (2007). Acerca de los errores y extravíos en la teoría contemporánea de la culpabilidad. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo 60 (1), pp. 11-38.
- Jakobs, Günther, (1997 a). Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid, España: Marcial Pons.
- _____ (1997 b). Estudios de derecho penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Civitas.
- _____ (1998). Sobre la teoría de la pena. Bogotá, Colombia: Editorial de la Universidad Externado de Colombia.
- _____ (2000). Bases para una teoría funcional del derecho penal. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Jeschek, Hans-Heinrich (2003). Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, (05), pp. 1-19
- Kaufmann, Armin (2006) Dogmática de los delitos de omisión. Barcelona, Marcial Pons.
- Luhmann Niklas (2003). El derecho de la sociedad. Recuperado de: <https://es.b-ok.lat/book/3641721/1deeb3>
- Mezger, Edmundo (1933). Tratado de derecho penal. Tomo II. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Pérez Manzano, Mercedes (1986). Culpabilidad y prevención: las teorías de prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. Madrid, España: Editorial de la Universidad Autónoma de Madrid.
- Roxin, Claus (2000). Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal. Recuperado de: www.derechopenal.com.ar.
- Schünemann Bernd (1991). El sistema moderno del derecho penal: Cuestiones fundamentales. Madrid, España: Editorial Tecnos.

- Velásquez Velásquez, Fernando (1993). La culpabilidad y el principio de culpabilidad. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, 50, pp. 283-310.
- Von Liszt, Franz (1914). *Tratado de derecho penal*. Tomo II. Madrid, España: Editorial Reus.
- Welzel, Hans (1956). *Derecho penal general*. Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma Editor.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2003). Culpabilidad por la vulnerabilidad. *Nueva Doctrina Penal*, pp. 325-340.