

La funcionalización del Derecho penal, políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático penales: vistazo a la catedral desde un margen (*)

MIGUEL RAFAEL PÉREZ ARROYO (**)

A mi padre, Rafael Pérez Vásquez, porque todo sea como en Orcotuna

SUMARIO:—I. Introducción.—II. Funcionalismo, funcionalización y Derecho penal.—III. La funcionalización del Derecho penal: ¿Modernización del Derecho penal?—IV. Flexibilización de las reglas de imputación como expresión de la funcionalización: ¿flexibilizar las reglas de garantía penal?—V. ¿Cómo debemos entender estas posturas flexibilizadoras de las garantías penales, a la luz de las corrientes funcionalistas, en el Perú?—VI. Referencias Bibliográficas.

(*) Este trabajo se terminó de escribir en junio de 1999 e insertado algunas modificaciones de forma hasta diciembre del mismo año. Aún cuando a la fecha de su publicación han aparecido trabajos interesantes en torno a este tema he preferido mantener lo dicho a este respecto en las fechas indicadas (como por ejemplo las reflexiones que contiene la última edición de «*Derecho penal. Introducción*» de Antonio García Pablos (*Vid. Ob. Cit.* 2.^a ed. Madrid: UCM, 2000, pp. 29 ss.)). Las conclusiones a las cuales llegué finalmente con relación a la lectura de la flexibilización del Derecho penal en América Latina, en especial en Perú, cobran a mi criterio vital importancia hoy dada la trascendencia negativa del modelo de represión y dictadura con que entre abril y mayo de 2000 se ha asentado en el Perú de la mano del régimen de Fujimori, a la vez que la crisis de legitimidad democrática en toda la región iberoamericana, crisis que, sociológicamente hablando, afecta al Derecho penal dada su utilización a modo de instrumento de contención social respecto de la sociedad en sí. Se reafirma así lo expuesto en dicho apartado de este trabajo.

(**) Profesor de Derecho penal y Procesal Penal (Perú). Becario doctoral y de investigación de la AEI/ ICI del Ministerio español de Asuntos Exteriores. Postgraduado en Criminología y Derecho penal (UCLM). Actualmente integrante del Seminario de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid.

I. INTRODUCCIÓN

En la ciencia penal moderna, tanto material como procesal, incluso casi llegando a esa «*gesamte Strafrechtswissenschaft*» de von Liszt, la exigencia progresiva a la objetivización y renovación de las más elementales, y otras no tan elementales, estructuras dogmáticas, es creciente.

Del lado del Derecho penal material actual y moderno se observa dos fenómenos importantes, 1) *La objetivización y flexibilización de las reglas de imputación del hecho punible*, lo cual trae consigo, en palabras de Hassemer una *erosión de los principios fundamentales consolidados que informan el Derecho penal*; y 2) *la relativización de las reglas de garantía penal y político criminal* (1). Fenómenos encuadrados en una lógica de *funcionalización y modernización* del Derecho penal y que de conjunto trae consigo una tendencia a quitarle significación a la ciencia en la política y práctica del Derecho penal (2).

Desde nuestro punto de vista, estos dos fenómenos representan de modo contundente los caminos por donde se habrá de construir las más firmes propuestas innovadoras o los más importantes replanteamientos dogmático-penales y político-criminales. Ambos casos en aras, se ha sostenido y se sostiene, de hacer más versátil al Derecho penal en el contexto de las actuales sociedades: postindustriales o post-modernas.

II. EL FUNCIONALISMO, FUNCIONALIZACIÓN Y DERECHO PENAL

En palabras del citado Hassemer se viene modelando un Derecho penal *funcionalista* o un Derecho penal funcional a las nuevas y aún no tan claras exigencias político criminales de dichas sociedades post-modernas. Sociedades que, atendiendo a sus rasgos característicos son: 1) sociedades de riesgo; 2) sociedades plurales y culturalmente diversas; 3) sociedades de relaciones económicas complejas (globali-

(1) En este sentido revisar el trabajo de Jesús M.^a SILVA SÁNCHEZ: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Cívitas, 1999, *ad integrum*, esp. p. 64. También, HASSEMER, W. «La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana», en *ADPCP*, 1993 (enero-abril), T. XLVI, Fasc. I. *ad integrum*, esp. p. 68 ss.

(2) Cfr. HASSEMER, W. *Ibid. Loc. cit.*

zación de las economías y de las fronteras territoriales en función de la maximización de los beneficios conjuntos y la competitividad en el mercado internacional); y 4) sociedades de integración supranacional y globalización; determinan a su vez, en el Derecho penal una exigencia del Derecho penal el cual debe responder a tales exigencias de modo funcional.

1. A estas características de la sociedad actual habría que añadir el hecho de un *incremento sustancial de la presencia de la víctima en el Derecho penal y procesal penal*, afianzando sus lados identificativos entre ella y el resto de la sociedad (asimilación víctima-sociedad), en donde al parecer, como señala bien Silva Sánchez, *todos parecieran ser víctimas, pasivos de delito*, con lo cual se incrementa la búsqueda de la ansiada *efectividad* y el *desprecio progresivo de las formas* (afectando esto último de modo más que contundente al Derecho procesal penal) (3).

Claro está que la funcionalidad del Derecho penal cobra nuevos matices en relación con la clásica pretensión de si no desaparecer, reducir, los índices de la criminalidad (combatir la criminalidad), criminalidad que en sí misma contiene ya caracteres distintos, no convencionales a la criminalidad común y tradicional: la criminalidad organizada, de incidencia básicamente económica y lesiva de intereses supraindividuales y hasta supraestatales (4).

2. *Funcionalizar el Derecho penal*, en el sentido antes reseñado por Hassemer, a propósito de la evolución del Derecho penal alemán, es apelar a su «modernización». Pero creo debe acotarse de modo más rígido el contenido de lo que en sí significa o pudiera significar esa funcionalización como sinónimo de modernización a fin de evitar riesgos producto de la *eclosión punitiva*, ya sea en sentido negativo o positivo, respecto de las *fronteras punitivas* que ahora se hacen cada vez

(3) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M. S., *Ob. cit.* pp. 31-62.

(4) A estas nuevas incidencias supranacionales de un tipo de criminalidad especial (la criminalidad organizada) se presenta un nuevo tipo de exigencias político criminales las cuales deben responder a este tipo de criminalidad. Desde la perspectiva europea, la nueva realidad de la unión supraestatal que representa desde ya la «Unión europea» exige un redimensionamiento de las clásicas estructuras jurídicas de los estados eurocontinentales, de todos los sectores del derecho, en favor de dicha unión y desde luego del Derecho penal el cual no sólo se convierte en integrante inequívoco de este complejo halo de redefiniciones por el efecto propio de la unión (*Vid.* TIEDEMANN, Klaus, «La armonización del Derecho penal en los estados miembros de la Unión europea». Trad. M. Cancio M. Bogotá: UEC/CIDPFD, 1998. pp. 7 y ss.), sino también, como ya se ha dicho, por efecto propio de la nueva forma de criminalidad organizada, económica y supranacional. Así por ejemplo, en el caso europeo, las propuestas unificadoras del *Corpus Iuris*.

menos claras. Esto es, respecto de un proceso de *sobrecriminalización o descriminalización excesiva, producto de las llamadas nuevas exigencias sociales y de la nueva morfología social postindustrial o post-moderna*, evitando o tratar de evitar esos efectos nocivos y perniciosos que se podrían desencadenar si no acotamos o restringimos esa dualidad hoy muy aceptada entre modernización y funcionalización.

Si nos fijáramos en los mismos orígenes de esta categoría a modo de metodología de aprehensión científica y de su introducción al lenguaje de las ciencias sociales y humanas, como la propia sociología, la filosofía y el Derecho, entre otras, nos daríamos perfecta cuenta de que el Derecho penal no es el primero en utilizarla y menos la ciencia en cuyo seno se ha desarrollado más o por lo menos de modo coherente o unívoco.

2.1. Funcionalizar algo o hacer funcional algo (un sistema jurídico, por ejemplo, o una ciencia completa en sus fundamentos metodológicos), puede significar y de hecho significa, muchas cosas y nada a la vez. Nada de modo único o por lo menos de una sola a la vez. De hecho saben más los filósofos y los sociólogos de *funcionalismo* que los propios juristas. Empero, irónicamente, hablamos más los juristas de *funcionalismo* que los propios sociólogos y/o filósofos.

La idea básica del funcionalismo, entendido primero como una postura sociológica, es que en las investigaciones sociales no deben contentarse con el análisis causal que explican o determinan los fenómenos objeto de análisis, sino que también debe uno plantearse por las *funciones, fines y consecuencias que se desprenden del propio efecto* (5). El estudio de la sociedad resulta más completo si en él concurre una proyección hacia «adelante» del espectro con que normalmente opera la ciencia (6).

Idea básica que pertenece a Emilie Durkheim, quien en su intento de «caracterizar y definir» un método de estudio de los hechos sociales, propone, en sus «Reglas del método sociológico», singularizar dicha ciencia, diferenciándola de las demás; conforme lo quiso hacer, en un primer momento Comte (el padre de la sociología), en su *Curso de Filosofía positiva*, tarea que, a su criterio, no fue retomada por ningún otro, como por ejemplo Spencer («Introducción a la Ciencia Social») o Mill. Este último, a criterio de Durkheim, no hizo más que

(5) Vid. DURKHEIM, Emile. *Las reglas del método sociológico*. Traducción del original «Les règles de la méthode sociologique» (1895) de Santiago González Noriega. Introducción y notas de Santiago González Noriega. Madrid: Alianza Editorial, 1988, pp. 143 ss.

(6) RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, José E. *La perspectiva sociológica*, Madrid: Taurus Humanidades, 1989, p. 163.

«pasar por el tamiz de su dialéctica lo que Comte había dicho al respecto» (7).

2.2. No obstante ello hubieron y aún las hay, en las Ciencias sociales, ciertas críticas que se alzan contra la concepción del «método» funcional. Una de ellas está constituida por Nagel al afirmar rotundamente que «el funcionalismo no constituye una perspectiva clara ni unitaria dentro de la investigación social». Así, el enfoque funcional carece de concreción en sus formulaciones y, por consiguiente, impide que puedan ser contrastadas empíricamente a menos que el *estado* que presuntamente se mantiene o se modifica sea formulado con mayor precisión. Ante esta imposibilidad el control empírico se hace imposible. De igual forma, dice, a lo máximo que podría aspirar el funcionalismo sería descubrir las relaciones de «interdependencia» continuada «entre pautas de conducta estandarizada, entre instituciones económicas y jurídicas, entre ideales religiosos, sociales y económicos, entre estilo arquitectónico, norma social y doctrina filosófica, entre estratificación social y personalidad, pero este análisis, con ser esclarecedores, sigue diciendo el mencionado autor, «no pueden ser considerados como ilustraciones de un enfoque teórico exclusivo» (8). Por su parte, Hempel aunque negándole un rango científico propiamente dicho, en el sentido filosófico-científico, sí lo considera como un programa de investigación dotado de entidad (9). La preocupación funcionalista, a criterio de este autor, aunque tiene un claro valor científico y de creación al estimular la investigación (valor heurístico), permitiendo un relativo grado de generalizaciones empíricas, bordea el riesgo de las explicaciones *ex post facto* (10).

2.3. Esta postura metodológica triunfó en las Ciencias sociales, especialmente en la Sociología y la Antropología, hasta evolucionar en lo que modernamente se conoce como «*Estructural-funcionalismo*» (de la mano de científicos discípulos del padre del funcionalismo, Durkheim: Malinowski, Brawn y Lévi-Strauss) (11) así como también

(7) Cfr. DURKHEIM, Emile. *Ob. cit.*, p. 53.

(8) NAGEL, E., *La estructura de la Ciencia*, Buenos Aires: Paidós, 1974, pp. 473, 477, 481.

(9) HEMPEL, C., *La explicación científica*, Buenos Aires: Paidós, 1979, pp. 325 ss.

(10) Vid. RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, José E., *Ob. cit.* pp. 163 ss.

(11) Son obras trascendentales de cada uno de estos autores: MALINOWSKU, B., *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje (Crime and Custom in savage society*, Londres -1926-). Barcelona: Ariel quincenal, 1982; BRAWN, Radcliffe. *Estructura y función en la sociedad primitiva (Structure and function in Primitive Society*, Londres -1952-). Barcelona: Península, 1974; LÉVI-STRAUSS. *El estructuralismo y la teoría sociológica (Structuralism and Sociological Theory*, Londres -1975-), México: FCE, 1979.

en la Teoría de los sistemas» (con Parsons como principal propulsor) (12).

3. A nivel político criminal esta propuesta innovativa de orden metodológico caló recién a partir de la década de los sesenta, en Alemania, en cuya sociedad se venía discutiendo la reforma de esos años a partir del Proyecto alternativo de 1962 (13). Así, se afiaron principios fundamentales del Derecho penal de hoy como son el de su fragmentariedad y el de protección de bienes jurídicos. De modo consecuente se recortó el Derecho penal protector del Estado, del aborto y el Derecho penal sexual y más tarde esta línea se extendió también al Derecho penal de bagatela (14) (15). También se rechazaron las teorías

(12) La obra de Parsons, como manifiesta RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, se puede dividir en tres períodos. La primera intersubjetiva o fenomenológica. La segunda funcionalista y la tercera, ya sistémica. En la primera fase publica: *La estructura de la acción social* –The structure of social action– (NY: Free press, 1937). En la segunda: *El sistema social* –The System social– (NY: Free Press, 1959)/Trad. José Jiménez Blanco y José Casola Pérez. Madrid: Alianza Editorial, 1988). La tercera fase se presenta como una corrección en medida de autocrítica que Parsons se hace a sí mismo de una manera muy particular: «An outline of the social system», en *Theories of society*, (NEAGLE, PITTS, PARSONS & SHILS - Coord.) NY: Free press, 1968; *Action theory and the human condition*. Milán: Sugarco, 1979.

(13) Hassemer recuerda lo «paradigmático» que resulta la publicación de dos ediciones de bolsillo de Jürgen BAUMANN: 1) *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1966; y 2) *Misslingt die Strafrechtreform?*, 1969. Vid. HASSEMER, W., *Ob. cit.* p. 50.

(14) Estamos hablando de la institución relativa a la pena que implica la renuncia de ella por parte del Estado en relación a su *Ius puniendi*, «cuando la aplicación de dicha pena sería errónea puesto que las consecuencias del delito son, de por sí, aún más graves para el reo»: *Absehen von Strafe* (§ 60 StGB alemán: «Das Gericht sieht von Strafe ab, wenn die Folgen der Tat, die den Täter getroffen haben, so schwer sind, daß die Verhängung einer Strafe offensichtlich verfehlt wäre...»). Los primeros antecedentes de esta fórmula político criminal, sin embargo, hay que reconocerlo en el proyecto de reforma penal de 1909 (*Entwurf von 1909*), accediendo al Derecho penal positivo alemán por obra de la Ley de 28 de junio de 1935 (para casos, en principio, en donde la renuncia a la pena parece justificarse en función a la «insignificancia o bagatela del delito»). Recién el Proyecto Alternativo de 1969 contuvo una fórmula genérica en este sentido (§ 58 Alternativ Entwurf); fórmula utilizada de modo creciente por el legislador alemán, tal como recuerda JESCHECK (Cfr. *Derecho penal. PG* Trad. Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 776-777).

(15) La fórmula de la renuncia de pena (*Absehen von Strafe*) tiene auténtico sentido en un Derecho penal fragmentario y de mínima intervención. Más aún cuando en su seno se ubica una cuestión primordial que es el de la *actualización de la norma penal* que el Derecho penal y especialmente el proceso penal pretende como fin y de lo que se trata de verificar en el seno del proceso delitos de contenido lesivo mínimo o *de bagatela*. De este modo lo expresado por Jescheck en cuanto a que la fórmula de la renuncia de pena es «utilizada de modo creciente por el legislador...» (*Ibid. Loc. cit.*) cobra especial relevancia fuera ya de los marcos punitivos clásicos del Derecho penal en donde su idoneidad político criminal aún no ha tenido sus mejo-

de la justa retribución por anacrónicas y se votó a favor de un derecho de sanciones ajustado a la prevención especial con nuevas respuestas a la criminalidad: humanas, eficaces e imaginativas. El Derecho penal visto desde este prisma cambió de una orientación «input» a una «output»: de una justificación del Derecho penal desde el concepto y el sistema a una justificación desde las consecuencias que este produce (16).

Postura metodológica que identificó y propulsó de modo decisivo Roxin justamente en esta década, concretamente desde 1963 con «Täterschaft und Tatherrschaft» (17), posteriormente con la no menos brillante disertación sobre «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem» (=Política criminal y sistema del Derecho penal) (18). Ideas y fundamentos realmente innovadores en el seno de la dogmática penal moderna que no deja de trabajar y reelaborar (19).

La década de los sesenta como vemos significó para Alemania un avance importante en la modernización de su actual Derecho penal, tanto a nivel legislativo como de su auténtica sistematización dogmá-

res frutos. Hablamos, por citar sólo un ejemplo de los muchos que podrían citarse (de *lege lata*) y construirse (de *lege ferenda*) del principio de oportunidad reglado (por ej. en los aquí citados *delitos de bagatela*: §153 StPO alemán; art. 280 CPP de Portugal; art. 442 CPP de Italia; art. 2 CPP de Perú, entre otras legislaciones); instituto propiamente procesal en donde esa «renuncia de pena» se justifica en razón de una *insignificancia del hecho punible*, de *necesidad y merecimiento de pena*; entre otras reglas o *mecanismos de oportunidad*. Se materializa sin alcanzar siquiera el inicio formal del proceso a modo de excepción a la «legalidad procesal», no constituyendo obstáculo para el sobreseimiento de la causa el inicio formal del sumario. (Al respecto se puede revisar, entre otros; ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad. Alemania y España*. Barcelona, 1991, *passim*.)

(16) Esta expresión: *input/output*; pertenece a otros ámbitos del saber humano. Se introducen en el Derecho, como bien recuerda HASSEMER (*Vid. HASSEMER, W. Ob. cit.* pp. 51-52) con LUHMAN (*Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, pp. 25-58 ss.; hay traducción del texto de LUHMAN al español: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: CEC, 1983, p. 47).

(17) Hay edición recientemente traducida al español por GONZÁLEZ DE MURILLO y CUELLO CONTRERAS: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 1998.

(18) Traducción al español que tempranamente hiciera MUÑOZ CONDE en 1972 (Barcelona: Bosch, 1972).

(19) Así en obras de trascendencia como *El tipo penal*, Trad. E. Bacigalupo. BBAA: Depalma, 1979; *Culpabilidad y prevención en Derecho penal de hoy*, Trad. Muñoz Conde, Madrid: Reus, 1981; entre otros. Artículos de relevancia como: «La reparación en el sistema de los fines de la pena», en *De los delitos y las víctimas* (Julio B. J Maier, Coord.). BBAA: Ad Hoc, 1992, pp. 129-156 (publicado originariamente en *Wiedergutmachung und Strafrecht* (=Reparación y Derecho penal), München, 1987. También: «Tiene Futuro el Derecho penal», en *Poder Judicial*, 49, 1998. pp. 373-392; «Culpabilidad y exclusión de culpabilidad en Derecho penal», en *NDP*, 1996b, pp. 479-498; entre otras.

tica que tanta influencia a tenido incluso fuera de sus fronteras (20). También significó un punto de inflexión importante para las Ciencias penales de tradición eurocontinental que olvidándose y alejándose cada vez más del viejo debate entre casualistas y finalistas, protagonizadas en antaño por Mezger y Welzel, propiciaron, desde el *Alternativ Entwurf von 1962* y las diversas propuestas alternativas que desde 1966 se formularon en relación a la reforma por el grupo de jóvenes penalistas de esa época (21).

4. *En medio de este convulsionado panorama postfinalista* aparecen posturas de diverso talante y de marcado tono ecléctico en sus planteamientos metodológicos que como señala Silva Sánchez dieron lugar a lo que ya se podía antelar desde un par de párrafos más arriba: las posturas funcionalistas (22) las cuales son aún hoy las dominantes en la Ciencias penales de tradición eurocontinental. Sin embargo nos encontramos en el mismo agujero de antes. Por un lado aún no podemos definir con relativa exactitud lo que significa que un Derecho penal sea funcional y cuál debe ser el contenido, o por lo menos los límites observables de esa funcionalización; no dejando de tomar en cuenta las diversas objeciones metodológicas que desde las Ciencias sociales (ámbito de conocimiento propio del Funcionalismo) se han esgrimido contra ella a la vez que la vaguedad de su enunciado básico y la inexistencia de un molde único con qué medir dicho funcionalismo.

4.1. Si partimos de la idea básica que nos proporciona el *funcionalismo* como sistema metodológico de investigación científica, idea que como hemos visto pertenece a Durkheim, en relación al «método de investigación sociológica» o de «reglas» de investigación (*reglas del método sociológico*) se puede observar, según dichos postulados que en las investigaciones sociales no deben contentarse con el análisis causal que explican o determinan los fenómenos objeto de análisis, sino que también debe uno plantearse por las *funciones, fines y consecuencias que se desprenden del propio efecto* (23). Concluyéndose

(20) Afirmación que ha sido ampliamente reconocida por amplios, mayoritarios y casi unánimes sectores de la dogmática penal internacional, sin posibilidad de exclusión de España y sus teóricos del Derecho penal. Véase por citar sólo un ejemplo: MIR PUIG, Santiago, «Laudatio: *Honoris Causa a Claus Roxin* (junio de 1994), en *Política Criminal y nuevo Derecho penal* (J. M. Silva Sánchez, ed.) Barcelona: Bosch, 1997, pp. 31 ss.

(21) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1993, pp. 62 ss. También al mismo HASSEMER, W., *Ob. cit.* p. 50.

(22) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación...*, p. 62 ss.

(23) Vid. DURKHEIM, Emile, *Ob. cit.* pp. 143 ss.

que el estudio de la sociedad resulta más completo si en él concurre una proyección hacia «adelante» del espectro con que normalmente opera la ciencia (24).

«Funciones», «fines» y «consecuencias» a la vez que «proyección hacia adelante» que el Derecho penal ha recepcionado asignándole un valor particular en el seno de su sistema dogmático pero no ajeno a su significado metodológico en su primigenio ámbito de conocimiento sociológico en donde la idea de funcionalidad se aproxima inescindiblemente a lo estructural, derivándose de ahí a en un *estructural-funcionalismo* (25). De un lado, se apela a las «funciones» en término de relaciones «intraorgánicas» y «sistémicas»; concibiendo detrás de estas relaciones una organicidad y un sistema de base estructural en la que el todo esta compuesto por un conjunto de partes y, a su vez, las partes constituyen un todo; *el todo social*. Así se reconoce una serie de principios del análisis funcional *estructuralista*: a) *Postulado de la unidad funcional de la sociedad*, b) *Postulado del funcionalismo universal*; y, *Postulado de la indispensabilidad* (26).

4.2. De este modo el Derecho penal se inserta orgánicamente en ese «todo social» y «complejo» debiendo cumplir su rol, su función. Ese rol o función estará orientado, de acuerdo a la coherencia del método que estamos siguiendo por sus «fines» y *proyectado hacia adelante* por sus «consecuencias» (27). El problema seguirá siendo, tanto si nos quedamos fuera del Derecho penal como si pretendemos introducirnos en él; tanto si nos quedamos en la mera reflexión sociológica como si queremos hacer extendible este método al Derecho penal, de qué entendemos por fines y qué por consecuencias. Y en esta perspectiva cuál será el contenido de ambas en relación a la *función* que debe cumplir el Derecho penal, y extensivamente, el *Sistema penal*, en la sociedad en donde se inserta, estructural-funcionalmente hablando.

(24) RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, José E., *Ob. cit.* p. 163.

(25) Partiendo, como hemos visto de la postura de Durkheim respecto del método sociológico; Brawn, Malinowski, Lévi-Strauss, Merton y Parsons, construyeron la actual teoría estructural-funcionalista (*Vid. Ut. Supra*).

(26) Cfr. MERTON, Robert, *Teoría y estructura social*. México: FCE, 1970.

(27) Esta arista metodológica coincide sin duda a lo que HASSEMER, recordando a LUHMAN, denomina «Output»: como Derecho penal justificado desde sus consecuencias. *Vid. HASSEMER, W., Ob. cit.* p. 51.

III. LA FUNCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL: ¿MODERNIZACIÓN DEL DERECHO PENAL?

La respuesta a lo anterior sin duda ya se ha dado aunque no de modo claro por la dogmática penal. El nexo metodológico del funcionalismo, tanto a nivel sociológico como jurídico penal, son los *valores*. *Valores* de cuyo contenido nos hemos de ocupar, delimitándolos de acuerdo a los parámetros que a su vez, los mismo «valores» nos habrán de informar.

5. El Derecho penal es una construcción cultural que aunque formalizada por un cúmulo de principios y convenciones *dogmáticas* asume como tal su condición de fenómeno social. Así reconoce en su análisis *funcional* la relación que él juega y tiene en ese complejo social del cual es parte. Sus funciones, su rol, su interrelación orgánica con todos las demás componentes sociales están definidos por sus *finés* lo cual de cara a una coherencia sistémica se retrotrae al análisis de sus consecuencias. De uno y otro extremo se desprende la necesidad de existencia de un nexo comunicante, entre ambos y entre la propia función del fenómeno social; en este caso del Derecho penal y aquéllos. Estos son los *valores* ya sean de contenido meramente social, ético o, incluso, normativo. Se puede priorizar uno u otro extremo pero no se pueden separar ni menos ignorar mutuamente. *Esto es lo que en abstracto se puede entender como funcionalización del Derecho penal.*

5.1. En sogmática penal tenemos dos casos importantes que a mi entender han desarrollado de un modo «coherente» o mejor dicho «sistemático» la concepción del «método funcional», tal como lo hemos visto tanto en sus orígenes como en su evolución: Roxin y Jakobs. Método que ellos lo han entendido de modo muy particular pero que en definitiva expresa esa carencia *unívoca* de contenido conceptual y material de la cual adolece el funcionalismo. Baste recordar aquí las críticas formuladas por Nagel y Hempel, por ejemplo (28), las cuales dicen mucho de lo endeble y relativo del «funcionalismo» como método de investigación científica pero que tampoco lo desautoriza ni descalifica como lo que es; un método y una concepción de hacer ciencia.

5.3. Así, en Roxin encontramos que esos «*finés*» y «*consecuencias*» son *priorizados sobre la base de una orientación político criminal* y una *necesidad social* que el Derecho penal debe satisfacer. Los valores que informen al sistema dogmático penal son de orientación político criminal los cuales, a su vez, se relacionan de modo inescindi-

(28) *Vid. supra.*

ble de la sociedad y de sus necesidades (necesidad social). La orientación teleológica de su sistema orienta al Derecho penal a redefinir el marco categorial de la teoría del delito y del sistema penal en general de acuerdo a los valores político criminales que la propia constitución establece a fin de satisfacer esas necesidades sociales.

En Jakobs la misión (fin) del Derecho penal es la defensa de la identidad social sobre la base de la vigencia de la norma penal. Los valores son todos sistemático-normativos y los que el propio derecho aporte en la construcción de esa pirámide normativa. Son sus paradigmas: «vigencia de la norma» e «identidad social». No existe pues, como insisten algunos sectores de la doctrina un *funcionalismo* «radical» y otro «moderado».

En cambio, sí que son radicales los extremos a los que se podrían llegar, en términos consecuenciales, siguiendo la línea dogmática de cada uno de ellos. Haciendo extrema la política criminal, insisto, bajo los moldes de cada una de ellas. Sólo es menester entender el funcionalismo aunque no de la mano de sus mentores penales sino de sus verdaderos creadores, los sociólogos y filósofos del pensamientos social de a fines del siglo pasado y comienzos del presente para darnos cuenta de ello.

Es obvio que aquí no vamos a desarrollar todo el sistema ni de Roxin ni de Jakobs. No es ni ha sido nuestro propósito; sólo de ejemplificar el desarrollo del funcionalismo.

IV. FLEXIBILIZACIÓN DE LAS REGLAS DE IMPUTACIÓN COMO EXPRESIÓN DE LA FUNCIONALIZACIÓN: ¿FLEXIBILIZAR LAS REGLAS DE GARANTÍA PENAL?

6. En los términos así expuestos entre *funcionalización* y *modernización* del Derecho penal con vistas a una respuesta funcional y eficaz, si se quiere, del Derecho penal, se debe tratar de explicar, también, lo relativo a la flexibilización de las reglas de imputación y la erosión del Derecho penal clásico garantista y tuitivo de los derechos fundamentales (en su formulación dogmática), en los términos que desde su formulación liberal le ha caracterizado y que al parecer era irrenunciable en grado absoluto.

En la perspectiva de las reglas de imputación del hecho punible (29) como anota Frisch, desde la dogmática penal alemana, uno de

(29) Hecho punible cuya función en el Derecho penal, en relación a las reglas de imputación jurídico-penal, se define para el sector de la doctrina liderado por

las teorías que más ha evolucionado y asentado en relación al tipo penal y su contenido es la llamada *teoría de la imputación objetiva* (al lado de la teoría personal del injusto) (30). La evolución histórica (más compleja de lo que podríamos aquí decir), del Derecho penal de tradición eurocontinental, marcada por el derrotero del Derecho penal alemán del cual España es una de sus principales seguidoras) (31) (32), comienza con el triunfo de un Derecho penal ontologicista liderado por Welzel y sus clásico sistema penal de base subjetiva, iniciada en la década de los treinta. Como anota Frisch, al lado de la «teoría de la imputación objetiva» (= objektiven Zurechnung) se desarrolló en los últimos cuarenta años la teoría personal del injusto. Sobre la base de esta teoría es que se impuso, a finales de la década de los sesenta, la teoría de la imputación objetiva. Ya la «comprensión de que el injusto típico no puede ser concebido simplemente como la producción de un resultado desaprobado o no deseado, sino que se encuentra también esencialmente determinado por momentos personales» varió en considerar que «el menoscabo de bienes jurídicos, producido como realización típica, depende de determinados requisitos *típicos objetivos*» (33).

La flexibilización ha operado entonces superando el dogma causal y de la acción final que el finalismo imprimió con viva fuerza desde la primera mitad de este siglo, específicamente desde los años treinta, con Welzel, y retrotoyando la sistemática penal dogmática inaugurada por von Listz y Beling a lo que algún sector de la doctrina ha denominado «la vuelta» a Pufendorf.

7. Como es bien sabido la Teoría General del delito se comienza a elaborar desde fines del siglo pasado, en Alemania; escuela de la cual es tributaria toda la dogmática de tradición eurocontinental. Hasta

JAKOBS, en su significado, como una «aportación comunicativa». Apreciación ésta que en esencia se adscribe, como se ha señalado, a las reglas de imputación jurídico-penal con bases a las condiciones de la vigencia de la norma penal. En este sentido Jakobs afirma que la «...misión del Derecho penal es garantizar la identidad de la sociedad». (Vid. JAKOBS, Günter, «Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base...», en *RPJ*, núm. 49, 1998, 1.º Trimestre, p. 297); identidad de cuyo contenido y significado no nos podemos ocupar aquí, menos de las críticas que se le pueden hacer al respecto.

(30) FRISCH, W. «Einführung in die Problematik», en *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid: Colex, 1995, p. 15.

(31) Tal y como atestigua más de un autor, refiriéndose siempre al papel que le corresponde desde hace mucho tiempo a la ciencia penal alemana. Entre otros, Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M. S., «Introducción al sistema moderno del Derecho penal alemán», en SHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 11.

(32) Vid. HASSEMER, W., *Ob. cit.* p. 35 ss.

(33) Cfr. FRISCH, W., *Ibid. Loc. cit.*

entonces toda la teoría existente, que a su vez provenía del Derecho común (sistema de Derecho –el común– definido por antonomasia como confuso y arbitrario) (34), no distinguía entre los conceptos de antijuricidad y culpabilidad, por ejemplo, sino que los englobaba en el concepto superior de imputación (35). En un primer momento, en este sistema de Derecho penal influido por la era precodificadora, las características conceptuales de la antijuricidad y de la culpabilidad se confundían en una sola exigencia. En el delito se distinguía sólo el aspecto material (acción humana) y el aspecto moral (imputabilidad).

La imputabilidad era asimilada a la culpabilidad. Dicho de otra manera, *el aspecto material* estaba constituido por «reglas de comportamiento», dirigidas al ciudadano indicándoles reglas de conducta y que eran mandatos, prohibiciones o permisos. El *aspecto moral* estaba dirigido al Juez, en un momento posterior al hecho y, a su vez, se desdoblaba en dos: 1) atribución de un hecho a su autor y 2) atribución a un hecho de consecuencias jurídicas. En este sistema el hecho es esencial y depende de la libertad de elección del autor (concepción kantiana), por tanto evitable por parte de dicho autor. A su vez estas reglas de imputación, en sentido de atribución al autor, estaban limitadas por tres cuestiones: 1) imposibilidad física de ejecución; 2) *Vis absoluta*; y 3) desconocimiento de las alternativas a elegir entre las posibilidades de acción. Del lado de la asignación de responsabilidad penal se conocía: 1) el conocimiento de la prohibición del hecho; y 2) el motivo justificado de actuación fuera de la Ley. Lo ordinario o lo extraordinario en los criterios de imputación dependían de la existencia o inexistencia de motivos que excluyesen dichos criterios de imputación.

Evolutivamente presentada, la Teoría general del delito avanzó decisivamente a partir de este momento de escisión del esquema de Pufendorf y Wolf respecto de la influencia del Derecho común y natural. En Alemania fue Rudolph von Ihering quien se encargó de la distinción entre culpabilidad e imputabilidad; a su vez introdujo el concepto de *antijuricidad*. En el Derecho penal latino, Carrara fue quien se encargó de dicha tarea. Luego de ello se tuvo dos categorías conceptuales fundadoras del delito: la antijuricidad (calidad objetiva) y la culpabilidad (calidad subjetiva). Posteriormente Ernest Beling, agregó la tipicidad (36), aunque por influencia del positivismo

(34) FASSÑ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*. Madrid: Ediciones Pirámide, S. A., 1985, pp. 18-20.

(35) Cfr. CUESTA AGUADO, P., *Ob. cit.* p. 32.

(36) Cfr. NOVOA MONREAL, Eduardo, *Causalismo y finalismo en Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982, pp. 14-15.

jurídico éste debía ser neutral; recayendo todo el peso de la Teoría del delito en la «acción» como conducta productora de un resultado (acción causal) y éste relacionado con aquélla mediante un vínculo causal (dogma de la causalidad), produciendo con esto lo que muchos juristas han llamado un «culto a la causalidad».

La revisión y refundamentación ontológica del Derecho penal operada por Welzel fue fundamental, como lo hemos visto antes. Lo crítico en este sistema fue, como ya se ha dicho, la reestructuración de la Teoría del delito en base a sus moldes lógico-objetivos:

La revisión y refundamentación ontológica del Derecho penal operada por Welzel fue fundamental. El aporte de este sistema fue, la reestructuración de la Teoría del delito en base a sus moldes lógico-objetivos:

1. La acción concebida ya no como relación causal entre un comportamiento y un hecho típico, sino como parte del tipo penal a modo de orientación final; esto es que en la acción se encierra ya una decisión humana asimilada al dolo.

2. El dolo designa un conocimiento y voluntad en la realización de un hecho típico; por tanto ya no hay un «dolo malo» (conocimiento y voluntad del hecho típico y la antijuridicidad del hecho –pertene-ciente a los causalistas neoclásicos–) sino que es un «dolo natural», por tanto, el *conocimiento de la antijuridicidad* integra un nivel categorial distinto a la *tipicidad*, que es el de la *culpabilidad*.

3. Existe *dos tipos de error*: el de tipo (afecta al dolo natural) que se analiza en la tipicidad; y, el de *prohibición* (afecta al conocimiento de la antijuridicidad) que se analiza y evalúa en la culpabilidad.

4. La punibilidad en la participación se limita a los hechos do-losos.

5. Es autor quien tiene el dominio final del hecho y no sólo quien interponga una causa en la producción del resultado.

6. Se afianza y desarrolla con mayor vigor la teoría del injusto personal, al haberse quedado en el tipo los elementos subjetivos relativos al autor; y,

7. Se limpia de rezagos psicológicos a la culpabilidad, quedando en ella sólo criterios *normativos*: imputabilidad como capacidad de culpabilidad, conciencia de la antijuridicidad y no exigibilidad de conducta diferente desarrollada por el sujeto.

Aún no estamos seguros de afirmar que la dogmática penal, a modo de péndulo, se ha retrotraído a los propios efectos de su evolución. Sin embargo no hemos llegado al mismo estado de cosas; el Derecho penal ha variado, o por lo menos eso parece; parafraseando a

Thomas Kuhn (37), *de paradigma: del Derecho penal de dogma causal al de base subjetiva y de acción final, de éste a lo que el funcionalismo nos ha traído con su ingerencia al Derecho penal: la imputación objetiva* (38). *Como paradigmas el resultado típico y la norma.*

Sin duda no ha sido Jakobs el iniciador de esta revuelta dogmática y aunque no interese quién lo haya sido parece ser Roxin quien produjo el primer escrito en este sentido. Aunque como sabemos, el pionero del cambio o de revalorización de lo objetivo en el específico campo de las reglas de imputación es Karl Larenz –1927– al cual pertenece el eco necesario en la innovación de la orientación la dogmática penal.

8. De acuerdo a lo que hemos visto, con el desarrollo del funcionalismo como método innovador en las ciencias penales, el Derecho penal en su esencia social debe ser analizado desde su función (rol), sus fines (necesidad social) y consecuencias (orientadas político criminalmente). De este modo Roxin articula a nivel de la tipicidad objetiva una función que consistiría en librar a la tipicidad objetiva de su clásica labor comunicativa entre condiciones del comportamiento del sujeto y el resultado con lo cual dichos resultados, orientados político-criminalmente (tal como antes lo hemos delineado), deben ser imputados a un autor (39). Así, según esta teoría para que un resultado pueda serle atribuido a un sujeto es necesario, ya en el plano objetivo, que el resultado a imputar constituya la realización de un un riesgo jurídicamente relevante cuya evitación sea precisamente la finalidad de la norma infringida por el sujeto (40).

8.1. Hoy en día tanto la doctrina como la jurisprudencia de los países cuyas culturas jurídicas son las más representativas han aceptado, aunque con algunas reservas por parte de la doctrina, esta teoría de la imputación objetiva que en definitiva centra su análisis en el requisito típico del resultado objetivo (requisito típico-objetivo) a la vez que de forma recurrente se orienta valorativamente a la norma penal como referente obligado a la interpretación dogmática. A diferencia de su adversaria «accidental» (la Teoría finalista de base subje-

(37) Vid. KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*. México: FCE, 1990; especialmente las pp. 51 ss., en el cual se articula un esquema de la evolución científica a partir de la regla de los paradigmas.

(38) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid: Edersa, 1992, pp. 4 ss.

(39) Cfr. ROXIN, C., *Política criminal y sistema...*, cit. pp. 39-41, 43 ss.; CUESTA AGUADO, P., *Tipicidad e imputación objetiva*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p. 50 ss.

(40) MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Ob. cit.* p. 30.

tiva) (41) que centra su análisis del tipo en el concepto de «acción» o «acción final»: el actuar humano se caracteriza por la capacidad de dirigir el comportamiento a la obtención de fines. De base subjetiva y orientada a valores del «ser» (de lo ontológico); óntico-lógicas, lógico-estructurales (objetivas) o de estructuras permanentes (42).

8.2. El funcionalismo iniciado y propiciado por Roxin creo aún no ha calado muy hondo, a pesar de la existencia en español y alemán de numerosos trabajos en donde el método «funcional-teleológico», afinado en valores «político criminales» o de «consecuencias», es el preferido para explicar ciertos planteamientos de un nuevo Derecho penal, y esto se demuestra en la clara inclinación que existe por las actuales interpretaciones funcionales del Derecho penal, tanto sistémico-dogmáticos como referidos exclusivamente a los criterios de imputación en Derecho penal. Iniciados en este extremo con una clara visión superadora del dogma causal y del finalismo clásico de Welzel (43). Ha sido, en este juego funcionalizador del Derecho penal Jakobs quien más ha influido, modernamente, en este sistema: con una marcada orientación a la norma penal y su vigencia, atribuyendo resultados punitivos a modo de reglas de imputación a los comportamientos humanos que expresan una casusación objetiva de resultados típicos. Resultados que no implican una necesaria lesión efectiva al bien jurídico que se pretende tutelar con la norma penal sino que se hace extensivo al solo peligro en relación a la causación de dicha lesión; naturalísticamente hablando. En la clara orientación normativa de este tipo de funcionalismo, el resultado se define:

1. A partir de la «norma» (no a partir de la causación natural de un resultado así concebido), y

2. Su relevancia jurídica se vincula directamente con dicha vigencia normativo-penal de la cual el Derecho penal es el garante. En su concepción tuitiva del Derecho penal en relación con la sociedad, el Derecho penal tiene como misión tutelar la identidad «normativa» social y dicha identidad se desprende de la vigencia de la norma, pues la norma expresa dicha identidad (44).

(41) «Accidental» porque como anota FRISCH nadie se imaginó, menos los partidarios del finalismo, que aquellos, los «objetivistas», por decirlo de alguna manera, menoscabaran tanto sus bases metodológicas y conceptuales (*Vid. Ibid. Loc. cit.*).

(42) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación...*, pp. 57 ss.

(43) *Vid.* ROXIN, C., *Política criminal...*, cit. pp. 33 ss.

(44) Al respecto se pueden revisar tres trabajos importantes de JAKOBS: 1) «Der strafrechtliche Handlungsbegriff», en *Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg*, e.V. Heft 10, C.H. Beck, München, 1992; publicaciones al español: Trad. Manuel Cancio Meliá; «El concepto jurídico-penal de acción», en *Revista*

Obsevamos pues, una flexibilización en el Derecho penal que ha significado, como de hecho lo es, una erosión de las conquistas dogmáticas así planteadas que exigieron, desde que se comenzó a trabajar en la sistematización del Derecho penal, la ideación de reglas férreas en la lectura del Derecho penal y la Política criminal; convertidas ellas en «dogmática penal» revolarizada por efecto del Neokantismo y su concepción epistemológica. Dogmática penal de cuya función ya se ha dicho mucho; entre otras, las de servir como límite a la Política criminal a modo de barrera infranqueable (von Listz) o de *garantía de los derechos fundamentales* (Muñoz Conde). Así concebida el nuevo Derecho penal de finales de este siglo pareciera que todo o parte significativa de esas conquistas se han perdido o por lo menos se van perdiendo.

9. Es clara la relación que existe entre uno y otro sistema en cuanto a la posibilidad de actuación del Derecho penal respecto de los fines que se plantean sobre él. En el primero, por la misma naturaleza intimidatoria y estigmatizadora del Derecho penal y la precariedad de los regímenes políticos que se encargaron de programarlo, la limitación de actuación respecto de los órganos punitivos eran necesarios. Lo que también es claro es que ya no estamos en la sociedad de comienzos de este siglo ni mucho menos a los finales del pasado; estamos *ad portas* no sólo de un nuevo siglo sino de un nuevo milenio, por lo que al Derecho penal de hoy se le pide no es lo mismo que antes. No estamos en una sociedad concebida de modo hermética y con un desarrollo industrial afianzado en los descubrimientos clásicos de la modernidad. Estamos en medio de una sociedad postindustrial o postmoderna, como quiera que la llamemos. Las relaciones económicas son cada vez más complejas y el tipo morfológico social es plural y diverso (*sociedad pluricultural y supranacional*). En este contexto también es claro que el objeto de estudio clásico del Derecho penal, *el delito* se presenta de forma nueva, *no convencional*, como lo denomina Maier (45).

peruana de Ciencias penales, 3, 1994, Lima: Grijley, pp. 67-98; También en *Estudios de Derecho penal*, Madrid: UA, 1997, pp. 101-126. 2) «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien. Oder: Verabschiedung des «alteuropäischen» Strafrecht?», en *ZstW*, 107 (1995), pp. 843-876; trad. al español (parcialmente): Cancio Meliá y Feijóo; *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid: Cívitas, 1996; y, 3) JAKOBS, G. *Imputación objetiva en Derecho penal*, Bogotá: 1994/5. Editado también: *Imputación objetiva en Derecho penal*. Lima: Grijley, 1997. Entre otros.

(45) Vid. MAIER, J., *Delitos no convencionales. Ley penal tributaria. Delitos contra el medio ambiente. Delitos informáticos. Delitos aduaneros*. Buenos Aires: El Puerto, 1994.

Materialmente se podría afirmar que en una sociedad postindustrial como las de hoy, el riesgo connatural a ella implica una filtración legal de esa característica sobre todo cuando ese riesgo es de *procedencia humana como fenómeno social estructural* (46). Filtración que en términos penales significaría un *afianzamiento y una justificación de sistemas dogmáticos como el referido a la imputación objetiva*. Relativizándose aquí la relevancia de la causalidad, del dolo, de la acción final y de todo cuanto elemento subjetivo implique en la asignación de responsabilidades penales, una limitación; sobre todo que, según reza este sistema, signifique dejar desprotegida a la sociedad, en su relación de identidad con la norma «penal» y su propia identidad (47). Y, privilegiándose la relevancia del riesgo, el resultado típico, el desvalor del resultado (aunque normativizado) y hasta de la conducta típica. Extremo este último que ha recibido muchas críticas, en especial las de Frisch (48).

V. EL MODELO POLÍTICO CRIMINAL DE EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL Y FLEXIBILIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS PENALES:

10. Es obvio que ante este panorama, el panorama de investigación dogmática y jurisprudencial de estas teorías sea cada vez más creciente; algunos más emocionados que otros y otros más ciegos que emocionados y algunos más, emocionados y ciegos. Desde que en 1927 Karl Larenz publicara su *Hegelszurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, como crítica a lo que Mayer comenzó en su texto sobre el «Derecho penal del pueblo alemán» respecto del dogma causal. Desde ahí han aparecido cada vez más estudios al respecto (49). A

(46) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal...*, p. 22.

(47) Vid. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Cívitas, 1996, pp. 17 ss.

(48) Cfr. FRISCH, W., «Die eigentliche Fragwürdigkeit der Lehre von der objektiven Zurechnung: Von der Erfolgsszurechnungslehre zur Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten», en, *Tipo penal...*, cit, pp. 91 ss.

(49) En lengua alemana los trabajos al respecto son ingentes. No así en lengua española; los pocos que hay: MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *Ob. cit.*; CUESTA AGUADO, Paz de la., *Ob. cit.*; entre otros. Traducidos: LESCH, Heiko, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá: UEC, 1995; JAKOBS, G., *Imputación objetiva en Derecho penal*, Bogotá: 1994/5. Editado también: *Imputación objetiva en Derecho penal*. Lima: Grijley, 1997. Entre otros.

su vez la jurisprudencia la ha bien acogido (50); tal como lo hemos dicho antes. Pero desde luego las críticas siguen siendo pocas y aún no es nuestra intención alzar nuestra cabeza para decir algo más, de lo que ya estamos diciendo, al respecto.

Quizás la solución a este cúmulo de problemas dogmáticos producidos por la imperante necesidad de adecuar nuestro Derecho penal y *procesal penal* a las nuevas exigencias sociales pasen por redefinir sus bases conceptuales *flexibilizándolas* más incluso de lo que ya se ha producido, de acuerdo a ciertos baremos que la dogmática debe ir pensando y construyendo, sin olvidar claro está que el Derecho penal en su contenido tuitivo tiene como objeto primordial al ciudadano; sin predicado. Esto es que tanto la sociedad, como conjunto de ellos así como otros colectivos sociales al margen del delincuente tienen y deben estar tutelados por él. Encontrar el equilibrio es tarea de todos, especialmente de nosotros, los juristas. Lo cierto es que como anota Silva Sánchez, la vuelta atrás es casi imposible y las soluciones que como él aporta, en el sentido de crear un Derecho penal a «dos velocidades» (51), deben ser funcionales a lo que entendamos por misión del Derecho penal, en el marco valorativo que la Constitución nos ofrece de modo referencial.

Modelo de «Derecho penal a dos velocidades» que encuentra sus base, a nuestro entender, en la lógica del Law and Economic y el esquema de las «*curvas indiferenciales*» o de «*las curvas de indiferencia*»; y, por otro lado, del avance teórico-conceptual de las nuevas posturas político criminales de la escuela de Frankfurt en el sentido de hallar un nuevo modelo político criminal propio de las sociedades modernas, tecnológicas, de riesgo en donde el Derecho penal, con sus fundamentos dogmáticos antes rígidos en razón de un Derecho penal

(50) El TS de España, por ejemplo, en Sentencia del 23 de abril de 1992 (caso de la Colza), lo utilizó para escapar a las férreas exigencias del dogma causal en sentido clásico y extrapoló las leyes del sentido (natura) para concluir en la existencia de vínculo entre *el resultado típico* (lesión) y *el incremento indebido del riesgo* producido por la imprudencia de la empresa («existe una ley causal natural cuando, comprobando un hecho en un número muy considerable de casos similares sea posible descartar que el suceso haya sido producido por otras causas»); *varemos que se desprendían de la existencia de una norma penal en ese sentido*. Como reseña VALLEJO JAÉN, si la audiencia nacional, a través de las reglas del sentido, podía constatar de un lado, la ingesta de aceite y de otro, el resultado típico. A su vez que en medio no había nada que perturbara o influyera en el resultado por lo que había que prescindir de conocer el mecanismo causal concreto y sólo era suficiente la «correlación relevantes y que sea posible descartas otras causas» (Cfr. «Prólogo: FRISCH, W. *Tipo penal e imputación objetiva*. Madrid: Colex, 1995, pp. 9 ss.).

(51) Vid. SILVA MUÑOZ, J. M., *La expansión...*, cit. pp. 115 ss.

de garantías máximas a un Derecho penal de garantías flexibles en función de su expansión tuitiva, situado entre un Derecho penal y un Derecho contravencional (administrativización del conflicto), entre el Derecho civil y el Derecho público, entre unas situaciones de disposición de tutela relativa y otras de tutela absoluta, etc. En esta variante, de relación de proporcionalidad (directa) entre consecuencias jurídicas punitivas y garantías penales van una al lado de la otra, comparativamente hablando, de la mano: habrá más garantías penales si del lado de las consecuencias jurídicas-punitivas la posibilidad de imposición de las mismas es mayor.

10.1. A este respecto, hay que explicar «*Las curvas de indiferencia o de utilidad*», como a veces se le prefiere llamar. Éstas se caracterizan por una comparación *indiferente* entre sucesivos puntos de utilidad microeconómicos en relación al sujeto el cual pretende la satisfacción de sus necesidades. La valía de este cuadro cartesiano microeconómico, vital para explicar en la microeconomía el tema de la restricción presupuestaria del individuo ($R_p = P_1 \cdot X_1 + P_2 \cdot X_2 + P_3 \cdot X_3 \dots P_n \cdot X_n$) demuestra su utilidad en el Derecho desde hace ya más de cincuenta años; en USA particularmente –Derecho anglosajón de ascendencia norteamericana del *Law and Economic*– en que se le tiene como un instrumento adicional al razonamiento jurídico clásico (vinculándose de modo especial a los temas de responsabilidad civil y el derecho indemnizatorio en general, además de otras ramas del Derecho, en especial del civil). En el Derecho penal, ya hemos visto cómo Silva Sánchez viene tratando de aplicar este modelo explicativo, combinándolo con los criterios dogmáticos alemanes que quizás se forjaron con su trabajo sobre «Eficiencia y Derecho penal» (52). De todos modos es de mencionar que este modelo de explicación teórica tiene alcances casi impredecibles, tanto como las que Silva nos ha traído a colación, incluso para proponer modelos político criminales que como él llama debe ser «a dos velocidades». Dos velocidades que no significan otra cosa que un juego compensatorio de orden proporcional entre dos bienes en el mercado (microeconómicamente hablando) los cuales, en escases, retroceso en cantidad de ese bien, debe producir el mismo efecto inversamente proporcional en el otro, pero cuyo baremo comparativo lo fija la permanencia o desplazamiento de un punto de utilidad «X» a uno «X1»; en la misma curva de indiferencia. Un ejemplo a seguir sería el de Juan Pérez que goza de dos bienes los cuales le otorgan un punto de utilidad «X». Supongamos que esos dos bienes

(52) Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., «Eficiencia y Derecho penal», en *ADPCP*, 1996, T. XLIX, Fasc. I, pp. 93 ss.

son salud y dinero. Juan tiene como 100 de salud y como 100 de dinero. Ocurre que Juan sufre un accidente y el desplazamiento de su salud a menos le suscita un desplazamiento también en la curva de indiferencia primaria a una en que el grado de utilidad ya no le es justamente indiferente (ahora tiene menos bienes de los cuales gozar, dado que sigue teniendo el mismo dinero y menos salud). El efecto de la indemnización será justamente el contrario que el daño sufrido (aumentará su dinero aunque siga contando con la misma cantidad de salud).

Aunque ya no en el mismo punto de utilidad anterior «X», ahora estará en el punto «X1», pero esto le será indiferente dado que se ha vuelto a ubicar en la misma curva de utilidad o de indiferencia. Así mismo, el análisis planteado por Silva Sánchez al respecto, no es otra cosa que la aplicación de las curvas de indiferencia a la política criminal, con la única diferencia que es su explicación las reglas de proporcionalidad se invierten, esto es que si antes las reglas eran inversamente proporcionales ahora serán directamente proporcionales; en donde además el valor *económico social* de «eficiencia» sea el baremo con el cual medir la viabilidad de una política criminal en un sentido o en otro. Los dos bienes a medir serán: 1) *penas o consecuencias jurídicas* y 2) *garantías penales*. En grado creciente, ambos, partiendo de un punto secante entre los dos vectores a comparar (ejes x, y) los valores se incrementarán, desde «cero» (cero consecuencias jurídicas —eje «X»—, cero garantías penales —eje «Y»— hasta alcanzar un valor tope o máximo en que no es posible seguir creciendo). Los desplazamientos entonces a lo largo de la curva de indiferencia tendrán en cuenta justamente esto, la indiferencia que se produce en beneficio del valor eficiencia que el ciudadano debe percibir en función de la implementación de una política criminal cualquiera. Esa doble velocidad que sugiere Silva Sánchez, no es más que el desplazamiento indiferente de los sucesivos puntos de utilidad en la misma curva de indiferencia en donde el valor económico social de eficiencia cobre un valor comparativo a veces de más garantías Vs. más gravosas sean las consecuencias jurídicas punitivas (penas privativas de libertad por ejemplo) o cobre un valor comparativo a veces de menos garantías Vs. un menos gravosas sean las consecuencias punitivas; potencialmente aplicables al ciudadano cualquiera, receptor-consumidor final de todos los bienes que produzca una sociedad cualquiera, entre ellas las garantías penales o las consecuencias jurídicas penales del delito.

En este caso, es latente la utilización de los *criterios invertidos de las curvas indifenciales o curvas de comparación indiferente*; perteneciente este esquema al *Law and economic* norteamericano el mismo

que lleva de antiguo casi más de medio siglo y que en los últimos años ha entrado en crisis producto de las exageraciones de este método para con las consecuencias tanto político legislativas como de solución de casos legales individualmente considerados de la *Chicago School* y como lo atestiguan algunos de sus propulsores.

10.2. En el segundo extremo de los fundamentos del modelo político criminal de expansión del Derecho penal afincado en su flexibilización producto de las nuevas necesidades de una sociedad «postmoderna» o «postindustrial», defendido por Silva Sánchez, en donde se plantea ese «Derecho penal a dos velocidades». Modelo en el que las garantías penales retroceden en favor de una probable imposición de consecuencias jurídico-penales menos gravosas para el reo, especialmente la pena de privación de libertad. En este segundo extremo se ubica el aporte de Winfried Hassemer quien en 1992 publicara en la ZRP (*Zeitschrift für Rechtspolitik*) el artículo «Características y crisis del moderno Derecho penal» (= *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrecht*) (53).

En este sentido se plantea la necesidad de un «Derecho de la intervención» que, como se ha planteado por la doctrina, esté situado entre el Derecho penal y el Derecho contravencional, entre el Derecho civil y el Derecho público, y que ciertamente dispondría de garantías y procedimientos reguladores menos exigentes que el Derecho penal, en suma de reglas de garantía mínimas o más flexibles. Pero que en contrapartida se exigiría al Derecho penal esté dotado de consecuencias jurídicas leves, menos graves (54) y que, en el caso de la pena «vedette» de todo sistema penal, sea potencialmente inviable al hecho justificable por ese ámbito menos riguroso del Derecho (en términos de garantías y reglas de imputación del hecho punible).

En suma, la postura del profesor Silva Sánchez, en nuestra opinión, se afina en criterios, por un lado del análisis económico del Derecho –*Law and economic norteamericano*– y por el otro en las nuevas propuestas político criminales que desde Alemania (escuela de Frankfurt) se han hecho sentir al filo de las nuevas necesidades sociales postmodernas.

(53) Vid. HASSEMER, W., «Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrecht», en ZRP, 1992, pp. 381 ss.

(54) Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, pp. 25 ss.

VI. ¿CÓMO DEBEMOS ENTENDER ESTAS POSTURAS FLEXIBILIZADORAS DE LAS GARANTÍAS PENALES, A LA LUZ DE LAS CORRIENTES FUNCIONALISTAS EN EL PERÚ?

Es una reflexión que nos queda por hacer, sobre todo a propósito de la ola de «postindustrialidad» que afecta al Derecho penal y principalmente a los modelos de política criminal y que pareciera que ese límite infranqueable que antaño representaba, en palabras de von Listz, la dogmática penal a la política criminal, no pareciera ser así, sino más bien que la última termina por desbordar a la primera. ¿Cómo debemos entender la postindustrialidad de la sociedad y ella en relación con la política criminal en el Perú?

Sin duda esta categoría de «postindustrialidad», que define al tipo de sociedades que han dado el salto cualitativo de ser sociedades modernas propiciadoras y flanco del desarrollo industrial a un tipo de sociedades postmodernas, tecnológicas, desarrolladas y por añadidura democráticas, lo ha puesto de moda la reciente publicación en España del libro del profesor Silva Sánchez (55). Nombre que bien puede ser sustituido por sociedades «postmodernas» o, como lo hace Hassemer (56), sociedades «Tecnológicas». Básicamente, en principio nos movemos en sociedades de alto «ránking» internacional, europeas y Norteamericanas (Canadá y USA, básicamente), en donde la morfología social permite al teórico del Derecho, en este caso nosotros, argüir una serie de características en torno a este tipo de sociedades que nos permiten trabajar con ellas, a modo de premisas, en un nuevo Derecho y proceso penal, en una nueva orientación político criminal. Características como las que hemos citado al comienzo de este trabajo: el de la alta tecnificación, la existencia de riesgos muchas veces necesarios y creados por el hombre como el de la contaminación ambiental o el peligro nuclear (57), el de la pluriculturalidad (producto

(55) Vid. SILVA MUÑOZ, J. M., *La expansión del Derecho penal...*, cit. *passim*.

(56) Cfr. HASSEMER, Wienfried, «Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal Alemana», Trad. Francisco Muñoz Conde, Doxa, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2.º semestre, 1990. Publicado también en el libro: *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Trad. Muñoz Conde y Días Pita, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 18 ss. (texto el cual de muy reciente aparición apenas ha llegado a nuestras manos cuando ya este trabajo estaba culminado, pero que hemos revisado atentamente coincidiendo con el autor en más de uno de los planteamientos aquí expuestos).

(57) Peligros de los cuales se ocupan, entre otros, GIDDENS, A.; BAUMAN, Z.; LUHMANN, N.; BECK, Ulrich (Vid. GIDDENS, A.; BAUMANN, Z.; LUHMANN, N.; BECK,

de las migraciones humanas propio de los países receptores de inmigración y de la desaparición de fronteras o la amplitud de los marcos territoriales estatales —es ejemplo tópico el de la pujante Unión Europea—, el de la existencia de redes del crimen o de criminalidad organizada cada vez más sofisticados y menos respetuosos de las fronteras nacionales, el de la importancia sobrevaluada, en algunos casos, de las víctimas en el ámbito de la política criminal de los Estados, etc.

En definitiva, características todas que en principio poco o nada tienen que ver con el Perú, a excepción quizás de la pluriculturalidad, pero de diferente rango, pues en nuestro caso esta pluriculturalidad se debe más bien a factores endógenos, a nuestro pasado colonial y la existencia de las miles y miles de comunidades nativas aún existentes en nuestro territorio. Definitivamente el modelo sociomorfológico de sociedad postindustrial nada o poco se parece a nuestra realidad peruana y menos aplicable serán entonces los planteamientos críticos que al respecto se lleven a cabo desde el Derecho penal y el proceso penal, político criminalmente hablando, como son, por ejemplo, el de la flexibilización de las garantías penales (expuesto por Silva Sánchez) en función de una relación proporcional de las consecuencias jurídicas penales del delito (en especial las de la pena privativa de libertad). Esto es, que habría que aceptar menos garantías penales o legitimar la actuación punitiva del Estado en ausencia de algunas garantías penales en razón de que del lado de las penas potencialmente aplicables al ciudadano delincuente se ubicarían sanciones leves y específicamente, no existiría la posibilidad, por razones varias, de que la pena privativa de libertad (en tanto pena más importante), no sea siquiera aplicable de modo potencial (58).

Sin embargo, el hecho de que tal modelo de dos velocidades expuesto por el profesor Silva Sánchez no sea aplicable a sociedades de países como el Perú, tanto porque no corresponde en puridad a una de rasgos postindustriales (el Perú apenas alcanza a ser un país, socioeconómicamente hablando, en proceso de industrialización, con todos los rasgos y problemas que ello conlleva, desde las estructuras económicas, sociales y culturales acercándose más, creo, a una sociedad preindustrial y de rasgos aún tercermundistas, por decir lo menos), como por cuanto cualquier intento, desde la dogmática penal, de flexi-

Ulrich, *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Navarra: Anthropos, 1996. pp. 7 ss). El último de los nombrados tiene varios de los trabajos más importantes sobre el tema de las sociedades de riesgo actuales; *Risikogesellschaft. Auf dem Weg eine andere Moderne*. Frankfurt am main, 1986; *Die Erfindung des Politischen*, Frankfurt: Suhrkamp, 1993; entre otros).

(58) Tal como lo propone SILVA SÁNCHEZ, (*Ob. cit.* p. 124 ss.).

bilizar las garantías penales materiales y procesales acarrearía tras de sí un sinnúmero de intentos desestabilizadores de un Derecho penal liberal que, aunque mediocrementemente asentado en nuestra cultura jurídica y legislativa, existe; en función, todo ello, de la «eficacia» y la «modernidad». No podemos flexibilizar las garantías penales cuando éstas nunca han sido rígidas y menos cuando el Estado, cada vez más, con su política criminal de alta intervención y ambiciosa represión, ha ido incluso contra los más elementales principios y garantías penales como el de la presunción de inocencia, el debido proceso, el principio de culpabilidad, etc. Para flexibilizar el control penal antes éste ha debido ser rígido y como todos sabemos en el Perú todo esto ha sido desde siempre una «broma de mal gusto» para el Estado y para el legislador penal de siempre, en especial de las dictaduras que son las que más han abundado en la historia política del Perú.

Desde la perspectiva jurídica, postindustrialidad no sólo significa una alto nivel tecnológico de productividad, sino también «democratización» del poder (Estado de Derecho, equilibrio de poderes, oportunidad y acceso igualitario al poder político) y de la sociedad (igualdad social plena e inexistencia discriminación por motivos raciales, culturales o de género, ausencia de «reconocimientos negativos» (59)

(59) Por contraposición a «reconocimiento igualitario» o simplemente «reconocimiento», en donde se parte de una afirmación de «respeto por la diferencia» en términos de reivindicación y que se formula en nombre de los grupos minoritarios o «subalternos», como pueden ser el colectivo de las mujeres, de los homosexuales, de los nativos «aborígenes» o «indígenas», etc. (Vid. TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento* (Tit. en inglés: *Multiculturalism and «The political of recognition»*). México: FCE, 1992, pp. 43 ss.). El «falso reconocimiento» o la «falta de reconocimiento», en suma lo que nosotros llamamos, un «reconocimiento negativo», se constituye en una forma de opresión, de dominio cultural que en las latitudes nuestras se expresa en las diversas imágenes que se tenía y se tiene sobre el indio: ser mentiroso, traicionero, borracho –acohólico–; pero por sobre todo «incapaz» en términos de socialización y progreso. Una visión de este tipo nos lo describe VARGAS LLOSA a propósito de la percepción existente en la literatura peruana «indigenista» de entre la década de los veinte y los treinta del siglo pasado, en particular de Enrique López Albújar (1872-1966): «... los indígenas aparecían siempre perpetrando delitos, cometiendo atrocidades y actuando guiados por unos instintos tan retorcidos y perversos que se los diría una raza aquejada de taras congénitas...» (Vid. VARGAS LLOSA, Mario, *La utopía arcaica. José María Arguedas y las ficciones del indigenismo*. México: FCE, 1996, pp. 60-61). Esta percepción es más directa y menos eufemística cuando el mencionado escritor indigenista emite una opinión propia respecto del indio: «... Estima a su yunta más que a su mujer y a sus carneros más que a sus hijos», «siempre que tiene ocasión roba y si no la tiene la crea o la aguarda», «en la vida todo lo hace tortuosamente», «Cuando besa una mano es cuando está más cerca de morderla», y es un hipócrita y un criminal compulsivo, pues «Cuando comete un crimen lo niega en el juzgado no tanto por pudor sino por atavismo; pero una vez libre

—como el que queda luego de experiencias coloniales en la historia de Latinoamérica y el Perú específicamente), limitación y control del poder estatal y previsibilidad del Derecho (sobre todo de su aplicación). Ésta es la labor de la dogmática desde una perspectiva científica, afianzar las garantías legales en la Administración de Justicia y hacer previsible el Derecho (60). De tal suerte que quizás ni siquiera en este caso estemos hablando del Perú como ejemplo de sociedad postindustrial, ni siquiera moderna, con todo lo que ello significa (socioeconómica y culturalmente hablando). Sociedad peruana que, como se sabe, carece de políticas de soporte social, en donde existe un altísimo grado aún de analfatismo y de alfabetismo relativo (lo que en Europa significa lo mismo), en donde la marginalidad es la regla y en donde la discriminación racial, económica y cultural en desfavor de los sectores sociales mayoritarios es altísimo. En suma, una sociedad preindustrial y con claros rasgos tercermundistas.

Pero para las sociedades como el Perú, en donde no existe un desarrollo pleno de las más mínimas instituciones penales y procesal penales y menos una práctica meridiana de éstas en los tribunales de justicia, en donde da lo mismo que el imputado haya declarado en ausencia de su abogado o del Ministerio Público, o que la Policía no cuente con una mínima orden de captura o requisitoria formal al momento de la detención, cuando no existe delito flagrante; o que se arranquen declaraciones autoinculpatorias con uso de la fuerza y la tortura. Para este tipo de sociedades en donde urge hacer madurar un Derecho penal y procesal penal de corte democrático (desde una pers-

de la cárcel, confiesa, lo grita y se jacta de él orgullosamente, olvidando que en ese hecho puso más traición que valentía. No es extraño que para semejante monstruo las vacas sean más importantes que sus vástagos: «La muerte de un hijo la festeja una semana, riendo y bebiendo, *chacchando* y bailando; la de su vaca lo exaspera, lo entenebrece y lo hace llorar un mes y lamentarse un año» (VARGAS LLOSA, M., *Ibid. Loc. cit.*; *Vid. La polémica del indigenismo. José Carlos Mariátegui/Luis Alberto Sánchez*, Mosca Azul Ed. Lima, 1976, compilación de Manuel Aquezolo Castro). «Reconocimiento negativo», «falso reconocimiento» o «ausencia de reconocimiento», como quiera denominársele, que al lado de la *discriminación* y el *racismo* afectan de modo sustancial las diversas relaciones sociales e intersubjetivas en el seno de la sociedad latinoamericana y peruana en especial, produciendo y manteniendo —hoy menos que antes— brechas y desigualdades sociales trágicas, siempre en perjuicio del indio, del nativo, del débil (en este sentido también ver: MÉNDEZ, Cecilia. *Incas sí, indios no: Apuntes para el estudio del nacionalismo criollo en el Perú*. 2.ª ed. Lima: IEP, 1995. Doc. de trabajo, 56, *passim*. esp. pp. 14 ss.; OBOLER, Suzanne, *El mundo es racista y ajeno. Orgullo y prejuicio en la sociedad limeña contemporánea*. Lima: IEP. Documento de trabajo núm. 74, *passim*., esp. pp. 25 ss.).

(60) *Vid.* NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: UNAM, 1989, pp. 17 ss.

pectiva múltiple, a nivel legislativo, jurisprudencial y dogmático teórico), la flexibilización modernizadora del Derecho penal y sus reglas de garantía parece no ser un remedio de la postindustrialidad de las sociedades modernas sino un castigo de ella. La flexibilización es, en este contexto, el mal peor.

Ahora bien, que el Perú no sea siquiera una sociedad industrial no quiere decir que en él se niegue el progreso y la compatibilidad política y socioeconómica que se desprende del hecho de pertenecer al mundo occidental, por tanto globalizado e interdependiente, unos de otros. El Perú forma parte del mundo occidental, aunque con muchas peculiaridades y rasgos distintivos de los cuales no me voy a ocupar aquí (61). Ello significa que, y sobre todo por los procesos de «globalización» e interdependencia económica y productiva (con las graves contradicciones y agudización de los conflictos sociales con que se identifica a dicha globalización) (62), la «postindustrialidad» también nos afecta (63). No porque lo seamos, sino porque somos dependien-

(61) El Perú, es un país construido sobre bases culturales distintas, preferentemente andinas e hispanas. Sin embargo, como dijera Basadre, ya no es ni andino ni hispano; es el Perú. Un Estado de base plurinacional y pluricultural pero que en el terreno de los complejos culturales internacionales está inserto ya, y cada vez más, en la cultura occidental. Esto no quiere decir que nuestra «occidentalidad» es absoluta, nunca lo ha sido y tampoco creo nunca lo será. Pero ello no niega la existencia de esa vocación de evolución cultural, propiciada de modo preferente por la economía. En este sentido debemos citar el trabajo de Ludwig HUBER: «Etnicidad y economía en el Perú» (Lima: IEP, 1997, Cuaderno de trabajo, 83, *passim.*) quien destaca la inserción «triumfal» del inmigrante andino en la economía y en la sociedad peruana manipulando de alguna manera su propio entorno cultural andino lo cual le permite crear espacios cada vez más fuertes de occidentalidad; una forma andina de ser occidental.

(62) Como ya hemos sostenido, cuando hablamos de postindustrialidad como sinónimo de postmodernidad de las sociedades actuales en clara oposición evolutiva de las sociedades decimonónicas o modernas, en definitiva de las sociedades contemporáneas con rasgos tecnológicos y postmodernos (para citar a HASSEMER y SILVA SÁNCHEZ), precisamente no estamos hablando de las sociedades «periféricas» del Tercer Mundo, como los de América Latina, Europa del Este o África.

(63) Aunque todos estemos inmersos en esta lógica postindustrial, unos lo están en calidad de productores (Europa occidental y Norteamérica –Canadá y USA–) y otros en calidad de dependientes. Esta unión de postindustrialidad y postmodernidad alcanza a los demás países periféricos por efecto de la «globalización» (Vid. *Ut. Supra.*), pero que en definitiva no tiene ese alcance homogenizador que pareciera tener sino al revés, tal y como se ha estructurado en su actual alcance mundial; hace de esos países dependientes y periféricos más dependientes y periféricos y a los otros más dueños del panorama mundial por efecto de una política mundial orientada, predominantemente, a la ampliación de los mercados mundiales en términos productivos y financieros (y por añadidura también culturales); en donde los países europeos occidentales y norteamericanos (marcadamente USA en relación a Canadá), tienen pleno dominio. En suma esa ideología de la globalización que conecta a los países del

tes de ellos, de los países en sí de sociedad «postindustrial». Las reglas del juego económico de un mundo cada vez más junto por bloques y convenios globalizadores así nos lo dice. No somos un país siquiera industrial pero la postindustrialidad nos afecta por efecto de la globalización y la dependencia. Ésa es la paradoja que cargamos sobre nuestras espaldas los teóricos del Derecho en el Perú, aunque, como es mi caso, pensemos el Derecho desde Europa, y que debemos salvar al momento de hacer Derecho penal y procesal penal en el Perú. La postindustrialidad como descripción sociomorfológica es un hecho del cual no podemos escapar, aun sin ser siquiera industrializados (con todo lo que ello significa, tanto socioeconómica como culturalmente hablando), pero es así como debemos tratarla, como una realidad que nos afecta (sólo eso) y de cuyas soluciones, como las planteadas por Silva Sánchez, no debemos hacer caso a pie juntillas, salvando claro está la perspectiva garantista del Derecho penal material y procesal que estas sociedades típicamente europeas ya han alcanzado hace años y que ahora viran en función de sus necesidades, necesidades las cuales nosotros no compartimos aún plenamente.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg eine andere Moderne*. Frankfurt am main, 1986; *Die Erfindung des Politischen*, Frankfurt: Suhrkamp, 1993. DURKHEIM, Emilie, *Las reglas del método sociológico*. Traducción del original «Les règles de la méthode sociologique»(1895) de Santiago González Noriega. Introducción y notas de Santiago González Noriega. Madrid: Alianza Editorial, 1988. Giddens, A.; Bauman, Z.; Luhmann, N.; Beck, Ulrich (Vid. GIDDENS, A.; BAUMAN, Z.; LUHMANN, N.; BECK, Ulrich, *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Navarra: Anthropos, 1996. FASSÒ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*. Madrid: Ediciones Pirámide, S. A., 1985. FRISCH, W., *Tipo penal e imputación objetiva*. Madrid: Colex, 1995. HASSEMER, W., «La ciencia jurídico penal en la República Fede-

Tercer Mundo con la postmodernidad y la postindustrialidad y que busca utópicamente el desarrollo económico mundial con base en la economía del mercado (mercado mundial), no es más que un proyecto egoísta de dichos Estados en perjuicio de los demás (Vid. AMIN, Samir, *El capitalismo en la era de la globalización*. Barcelona: Paidós, 2.ª ed., 1998, *passim.*, esp. pp. 19 ss.; BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós, 1998, *passim.*, esp. pp. 55 ss.), entre otros.

ral Alemana», en *ADPCP*, 1993 (enero-abril), T. XLVI, Fasc. I. HASSEMER, Wienfried. «Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal Alemana», Trad. Francisco Muñoz Conde, Doxa, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2.º semestre, 1990. Publicado también en el libro: *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Trad. Muñoz Conde y Días Pita, Tirant lo blanch, 1999. KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*. México: FCE, 1990. LESCH, Heiko, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá: UEC, 1995. JAKOBS, G., «Der strafrechtliche Handlungsbegriff», en *Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg*, e.V. Heft 10, C. H. Beck, München, 1992. Trad. Manuel Cancio Meliá; «El concepto jurídico-penal de acción», en *Revista peruana de Ciencias penales*, 3, 1994, Lima: Grijley, pp. 67-98; También en *Estudios de Derecho penal*, Madrid: UA, 1997, pp. 101-126. JAKOBS, G., «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen” Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrecht?», en *ZstW*, 107 (1995), pp. 843-876; trad. al español (parcialmente): Cancio Meliá y Feijóo; *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid: Cívitas, 1996, JAKOBS, G., *Imputación objetiva en Derecho penal*, Bogotá: 1994/5. Editado también: *Imputación objetiva en Derecho penal*. Lima: Grijley, 1997. JAKOBS, G., *Imputación objetiva en Derecho penal*, Bogotá: 1994/5. Editado también: *Imputación objetiva en Derecho penal*. Lima: Grijley, 1997. LUHMAN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, pp. 25-58 ss; hay traducción del texto de LUHMAN al español: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: CEC, 1983. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid: Edersa, 1992. NOVOA MONREAL, Eduardo, *Causalismo y finalismo en Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982. RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, José E., *La perspectiva sociológica*, Madrid: Taurus Humanidades, 1989. Vid. ROXIN, C., *Kriminalpolitik und Strarechtssystem*, 1970. Trad. al español por MUÑOZ CONDE, F., *Política criminal y sistema de Derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1972. SANTIAGO NIÑO, Carlos, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: UNAM, 1989. SHÜNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.ª, «Eficiencia y Derecho penal», en *ADPCP*, 1996, T. Xlix, Fasc. I. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Cívitas, 1999. TIEDEMANN, Klaus, «La armonización del Derecho penal en los estados miembros de la Unión europea». Trad. M. Cancio M. Bogotá: UEC/CIDPFD, 1998; entre otras referencias bibliográficas mejor especificadas en las «notas a pie».