

Baratta, Alessandro, «Integración-Prevención: Una "Nueva" Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica», en Revista Doctrina Penal, año 8, nº 29, 1985, Buenos Aires, Argentina, pp. 9-26

# Integración-Prevención: Una "Nueva" Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica

por Alessandro Baratta\*

Sumario: 1. La teoría de la prevención-integración y la teoría sistémica de la sociedad y del derecho. 2. Ubicación de la teoría de la prevención-integración en el desarrollo del pensamiento y la dogmática penales; del modelo durkheimiano a las actuales teorías "expresivas" de la pena. 3. Elementos para una crítica de la teoría sistémica del delito y de la pena. ¿Modelo *tecnocrático* o modelo *crítico* en la relación entre ciencias sociales y política del derecho?

1. Desde hace algún tiempo, la teoría sistémica proporciona el marco teórico de una ardua tentativa por dar solución a problemas que han permanecido sin una respuesta satisfactoria en el curso de los recientes desarrollos del pensamiento penal. Esta tentativa, a la cual en la República Federal de Alemania, Amelung, Otto y otros<sup>[1]</sup> han contribuido de diversa forma, ha encontrado su más sistemática expresión en el reciente tratado de derecho penal de Günther Jakobs (1983). Podemos reunir las concepciones de estos autores bajo el rótulo de "teoría de la prevención-integración" o de la "prevención positiva", y ver en ella una nueva manera de fundamentar el sistema penal. Este nuevo enfoque utiliza la concepción de Luhmann del derecho como instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas (N. Luhmann,

1964, 54 y ss.; 1981, 1983). El centro de atención radica, en particular, en el concepto luhmanniano sobre la confianza institucional, entendida como forma de integración social que en los sistemas complejos sustituye los mecanismos espontáneos de confianza recíproca entre los individuos, existentes en una comunidad de organización elemental (N. Luhmann, 1973, 35 y ss., 50 y ss., 76 y ss.).

Luhmann considera la congruencia entre relaciones simples de confianza recíproca y derecho, como una característica de sistemas sociales elementales y de formas jurídicas rudimentarias. En sistemas complejos y en formas diferenciadas del derecho, esa congruencia no se presenta. El ordenamiento jurídico, con sus normas abstractas y sus relaciones despersonalizadas, reemplaza la confianza personal por la institucional. La institucionalización de las expectativas de comportamiento, producida por el derecho, tiene, de ese modo, la función de garantizar el modo de confianza que es posible en los sistemas sociales complejos (N. Luhmann, 1973, 84, 97; 1981, 118). Si el derecho garantiza un grado indispensable de orientación de la acción y de estabilización de las expectativas, su función resulta, sin embargo, independiente del contenido específico de las normas (N. Luhmann, 1981, 113 y ss.; 1983, 207 y ss.). La abstracción de la validez formal del derecho respecto de los contenidos valorativos y los preceptos en la norma particular, que es un principio fundamental del positivismo jurídico, en la teoría sistémica es llevada a su extrema consecuencia.

En este nuevo marco teórico, sin embargo, el formalismo del derecho no sigue siendo, como era anteriormente en Kelsen, un principio de garantía que asegura la independencia de la conciencia ética y de la política individual respecto de la valoración jurídica, sino que es sobre todo un principio funcionalista que convierte en irrelevante aquella abstracción. En efecto, la teoría sistémica traslada del individuo al sistema mismo el centro de la subjetividad del sistema social (N. Luhmann, 1974, 66 y ss.), y con ello atribuye mucho más valor, para la estabilidad del sistema social, a la producción de consenso y a sus equivalentes funcionales que al principio crítico de la valoración ética y política tanto individual como colectiva. De allí se deriva que la violación de la norma es socialmente disfuncional, pero no tanto porque resultan lesionados determinados intereses o bienes jurídicos, sino por cuanto es puesta en discusión la norma misma como orientación de la acción y, en consecuencia, es afectada la confianza institucional de los coasociados (N. Luhmann, 1983, 53 y ss., 229; 1964, 251 y ss.; G. Jakobs, 1983, 28 y ss.).

Desde una perspectiva sistémica, pues, la reacción punitiva tendrá como función principal la de restablecer la confianza y reparar o prevenir los efectos negativos que la violación de la norma produce para la estabilidad del sistema y la integración social. Cuando esos efectos, en atención a la estabilidad del sistema, dejan de ser tolerables, interviene la reacción punitiva. La pena, afirma Jakobs, no constituye retribución de un mal con un mal, no es disuasión, es decir, prevención

negativa. Su función primaria es, en cambio, la prevención positiva. La pena es prevención-integración en el sentido que su función primaria es "ejercitar" el reconocimiento de la norma y la fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad (G. Jakobs, 1983, 6 y ss.).

El delito es una amenaza a la integridad y la estabilidad sociales, en cuanto constituye la expresión simbólica de una falta de fidelidad al derecho. Esta expresión simbólica hace estremecer la confianza institucional y la pena es, a su vez, una expresión simbólica opuesta a la representada por el delito. Como instrumento de prevención positiva, ella tiende a restablecer la confianza y a consolidar la fidelidad al ordenamiento jurídico, en primer lugar en relación con terceros y, posiblemente, también respecto del autor de la violación (G. Jakobs, 1983, 9)[2]. La prevención especial, es decir, la reeducación del autor de la violación, no es, pues, la función principal, sino apenas un efecto posible y esperable, producido por la pena. Lo que importa en la valoración negativa del comportamiento delictivo y en la adscripción de responsabilidad penal a un individuo, no es tanto la producción consciente y voluntaria de un hecho lesivo de bienes o intereses dignos de tutela, sino el grado de intolerabilidad funcional hacia la expresión simbólica de infidelidad en relación con los valores consagrados por el ordenamiento positivo (G. Jakobs, 1983, 383, 394 y ss.; 1976, 32 y ss.; C. Roxin, 1974, 181 y ss.; H. Otto, 1982, 561 y ss.).

La reprochabilidad del comportamiento radica, sobre todo, en el hecho de que expresa una actitud contraria a esos valores y en ello se encuentra su significado simbólico. Mientras que en esa forma la individualización del ilícito era llevada hasta su extrema consecuencia -tal como era la tendencia dominante en la dogmática penal alemana de los últimos decenios-, contemporáneamente surge la extrema consecuencia de la evolución del concepto de culpabilidad en el sentido de la teoría normativa. Este desarrollo, iniciado por Frank (1907) e incorporado a la elaboración finalística de Welzel (1935, 64 y ss.; 1958), estaba caracterizado, como es sabido, por el progresivo empobrecimiento del concepto de culpabilidad respecto de sus contenidos psicológicos que, en la teoría precedente, permitían convertir en objetivable el nexo entre el autor y el hecho[3]. Algunos de estos elementos fueron trasladados por Welzel a la estructura del tipo penal objetivo del delito. Pero también el último elemento ontológico, que en la teoría de Welzel quedaba al fondo del tipo penal objetivo -como la "cosa en sí" kantiana, por debajo del fenómeno-, ha sido eliminado por Jakobs -uno de los más originales discípulos de Welzel-, mediante lo que él con razón define como una rigurosa "renormativización" del criterio subjetivo de la imputación penal (G. Jakobs, 1983, V). La capacidad real de determinación espontánea del sujeto en la dirección establecida por la norma, esto es, la capacidad de haber actuado diversamente a como lo ha hecho, no aparece más en la base del juicio de culpabilidad, sino que este lugar es ocupado por el hecho de que la actuación del sujeto y su situación se adecuan a un tipo normativo de sujeto actuante y de situación, en presencia de lo

cual la conciencia social y el ordenamiento no están más dispuestos a reaccionar sólo *cognoscitivamente* ante las violaciones de expectativas legales, sino que reaccionan *normativamente* contraponiendo la pena, entendida, como hecho simbólico contrario al significado del comportamiento delictivo (G. Jakobs, 1983, 396 y ss.; 1976, 8 y ss.)<sup>[4]</sup>.

La consecuencia de esta radical normativización de los criterios personales de imputación, es reconocida lúcidamente por Jakobs y defendida con coherencia incluso ante las normas vigentes, en sede de interpretación del derecho y de las prácticas existentes, que es nivel en el cual se desarrolla el discurso sistémico efectuado por dicho autor en su obra. La exigencia funcionalista de restablecer la confianza en el derecho mediante la contraposición simbólica de la pena, no es solamente el fundamento de ésta, sino que contemporáneamente constituye el verdadero y último criterio de comprobación de los ingredientes subjetivos del delito y, de otra parte, el fundamento para determinar el grado de culpabilidad e individualizar la medida punitiva (G. Jakobs, 1983, 399 y ss.; 1976, 32). En el extremo límite de su normativización, la culpabilidad ha perdido también -Jakobs es explícito en este punto- aquella función de criterio ontológico y de límite de la adscripción de responsabilidad penal, con la cual anteriormente se pretendía comprobar su función garantizadora y procesal (G. Jakobs, 1983, 399 y ss.; 1976, 32).

De esa forma, los dos baluartes erigidos por el pensamiento penal liberal para limitar la actividad punitiva del Estado frente al individuo: el principio del delito como lesión de bienes jurídicos y el principio de culpabilidad, parecen desplomarse definitivamente y son sustituidos por elementos de una teoría sistémica, en la cual el individuo deja de ser el centro y el fin de la sociedad y del derecho, para convertirse en un "subsistema físico-síquico" (G. Jakobs, 1983, 385), al que el derecho valora en la medida en que desempeñe un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social.

La consecuencia que esa doble transformación genera en el ámbito de la teoría de la pena, es la sustitución del principio positivo de la prevención especial (reeducación) y del negativo de la prevención general (disuasión), por el principio positivo de la prevención general: el principio de la pena como ejercicio del reconocimiento y de la fidelidad a la norma, es decir, de la pena como prevención-integración (C. Roxin, 1977, 472).

2. En Alemania Federal los desarrollos dados por Jakobs y otros a la teoría y a la legitimación del sistema penal, no están desvinculados de lo que ha sido, en los últimos tiempos, la evolución y la crisis del pensamiento penal en Europa y, más en general, en el mundo occidental. Un examen analítico que excedería los límites de espacio disponibles en esta sede, podría fácilmente mostrar la continuidad de ese aporte normativo y funcional a la teoría del delito y de la pena respecto de una corriente de pensamiento que (W. Hassemer, 1981, 210 y ss.), ya hace varios decenios, se desarrolla

en estos tres niveles: *a)* el plano técnico-jurídico, referente a la dogmática del delito; *b)* el plano político-criminal, relativo al objeto y a la finalidad de la tutela penal; *c)* el plano ideológico, concerniente a la fundamentación y a la legitimación del sistema penal.

Antes de efectuar cualquier indicación sobre esa ubicación de la teoría sistémica en el interior de la reciente tradición del pensamiento penal, es preciso hacer una observación: en los tres niveles antes indicados, esa teoría, sobre todo en la sistematización que últimamente le ha dado Jakobs, representa un modo de salir de las gravísimas aporías teóricas y contradicciones prácticas en las cuales desde hace varios años la ciencia penal tradicional y la política criminal oficial parecen atrapadas -en forma tal que dan la impresión de girar ya sobre sí mismas en una extenuante tarea detallista dedicada a revisar la teoría y en una indecisa marcha sobre sus propios pasos, orientados a comprobar la política y la ideología-.

*a)* Al plano dogmático me he referido ya antes y limitado al aspecto de la teoría de la culpabilidad, básico para valorar el significado de la teoría sistémico-funcionalista.

Después de la sistematización dada por Welzel al desarrollo de la concepción normativa de la culpabilidad, quedaba por resolver el siguiente problema: si la culpabilidad es la reprochabilidad por la determinación subjetiva del comportamiento, ¿cómo escapar al círculo vicioso en el cual el hecho de que la determinación subjetiva del comportamiento sea valorada negativamente -según lo dispuesto por una norma-, resulta considerado como el criterio mismo de esa valoración?, y ¿cómo precisar un referente objetivo del juicio sin aceptar el principio ontológico y metafísico de la libre voluntad, basado en la hipótesis del "haber podido obrar conforme a la norma", que constituye una circunstancia *real*, la cual, como actualmente está demostrado, no es verificable empíricamente después de que se ha realizado el comportamiento ilícito y que, en todo caso, no verificable dentro de los límites eurísticos del proceso penal?[5].

Ya hace mucho tiempo ese pretendido fundamento ontológico del juicio de culpabilidad era el centro de las dudas y de la crítica en la teoría del delito. La solución dada por Jakobs a ese dilema, según la cual la precisión de un referente objetivo no es posible ni necesaria para los fines del juicio de culpabilidad, y éste no es un juicio de demostración de la realidad sino de adscripción de responsabilidad conforme a criterios normativos establecidos por el derecho, había sido ya largamente anticipada en la doctrina precedente: piénsese en la concepción de la libre voluntad como "ficción necesaria" sostenida en su tiempo por Kohlrausch (1903) y en la crítica del principio ontológico de la culpabilidad efectuada por Ellscheid y Hassemer (1975).

Quedaba abierto, sin embargo, el dilema de una posible alternativa entre la medida de la pena en proporción al grado de culpabilidad y la medida socialmente conveniente para efectos de la finalidad político-criminal. Las raíces de este dilema pueden encontrarse en el mismo sistema penal

positivo, vinculado estrechamente -como, por ejemplo, el Código Penal alemán- al principio de culpabilidad en el primer sentido, pero que en verdad proporciona criterios normativos más fácilmente concretables en el segundo sentido. La teoría sistémica del delito sale ahora de ese dilema, reduciendo la cuestión de la justicia a la funcionalidad de los criterios (y a su concretización judicial), para la función general confiada a la pena en cuanto contrafacto simbólico respecto del significado simbólico de la acción delictiva.

En esto, más que en la nueva conceptualización introducida por Roxin[6] en un célebre trabajo sobre la dogmática y la política criminal, hay que recordar todos los precedentes y la elaboración contemporánea de la teoría sicoanalítica sobre la respuesta penal actualmente representada en Alemania Federal por Haffke (1976, 1978a, 1978b), Jäger (1974, 1976), Streng (1980) y otros. La desaprobación del comportamiento y de la actitud del autor mediante la reacción simbólica de la pena, representa una protección necesaria de los mecanismos inhibitorios contra el *contagio* que aparecería, si no interviene la pena, por la potencial identificación de los otros sujetos con el autor de la violación. El concepto de la punición de aquel que ha infringido el tabú como premio por la renuncia al sadismo de los otros, sobre el cual se basa en parte la teoría sicoanalítica, presupone la *igualdad* entre el sujeto que delinque y los sujetos respetuosos de la ley. Esta igualdad es la base del peligro de contagio.

La teoría sicoanalítica de la sociedad punitiva puede actuar no sólo como una teoría crítica respecto de los pretendidos fundamentos racionales y de los reales elementos irracionales de los sistemas punitivos modernos (que se expresan, por ejemplo, en la elección de un "chivo expiatorio") (T. Reik, 1925; F. Alexander, H. Staub, 1929; E. Fromm, 1931)[7], sino también como un nuevo fundamento tecnocrático de los criterios de incriminación y de adscripción de la responsabilidad penal subjetiva, subordinando estos criterios a las exigencias irracionales, expresadas en demandas punitivas concretas en una sociedad determinada. En su tratado, Jakobs retoma la teoría sicoanalítica, pero sostiene que el fundamento funcionalista dado por él a la petición social de pena como criterio normativo para la determinación de la responsabilidad penal, es independiente del marco conceptual de la teoría del inconsciente colectivo (G. Jakobs, 1983, 9). Queda, no obstante, un punto común digno de destacarse, en la dirección tecnocrática, entre la teoría sicoanalítica y la teoría sistémica utilizada por Jakobs. También para éste la consideración "analógica" del autor del delito como "el igual", es un fundamento del juicio de adscripción de responsabilidad; el criterio de esta adscripción y de la determinación de la responsabilidad penal es *social* y funcional a la exigencia de estabilización del ordenamiento y de la confianza en él (1983, 407 y ss.).

b) También en el plano de la política criminal y de la elaboración de los objetivos de la tutela, el rumbo de la teoría sistémico-funcionalista está preparado por un extenso antecedente en el

pensamiento penal, que se ha ido alejando progresivamente de la visión liberal e individualista del delito como ofensa a bienes jurídicos y de la concepción de éstos como intereses y derechos subjetivos.

Al término de la segunda guerra mundial, tras el largo túnel representado por la concepción autoritaria del derecho penal, la teoría del delito en cuanto ofensa a bienes jurídicos, reapareció con funciones de límite y de garantía liberal respecto del sistema punitivo, junto con el restablecimiento del estado de derecho en Alemania y el resto de Europa. Pero dicho estado no seguía siendo liberal individualista, sino que se ha convertido en régimen de garantía del Estado social. La ampliación de la competencia estatal a todas las esferas de la vida privada y pública, tiene también repercusiones en la concepción de los bienes jurídicos objeto de la tutela penal. La concepción de las necesidades colectivas de tutela, que se afianzaba en las clásicas necesidades individuales, lleva un argumento innovador a la política criminal; pero la consecuencia de la ampliación del concepto de bien jurídico va más allá de las intenciones de los juristas democráticos, abiertos a la consideración de nuevas necesidades y funciones en el ámbito de la política penal[8]. En realidad, el nuevo concepto sobre los bienes y valores dignos de tutela produce la tendencia a extender el ámbito penal hasta esferas que antes parecían excluidas de su radio de acción. El resultado de este proceso es la introducción, junto a los bienes jurídicos más fácilmente circunscribibles a la esfera jurídica de los individuos (la vida, la propiedad, el honor), de bienes jurídicos "de amplio alcance", cuya extensión es potencialmente universal (piénsese en la ecología, la economía pública, etc.).

En verdad, un cuidadoso análisis muestra que con la introducción de estos bienes jurídicos de amplio alcance, el objeto de la tutela penal se desplaza de los intereses de sujetos o víctimas potenciales hacia complejos funcionales que son, en gran parte, objeto de actividad de otros sectores del derecho y de la acción administrativa del Estado. Antes que bienes jurídicos, el derecho penal protege funciones (cfr. W. Hassemer, 1984).

El fenómeno de la expansión del *momento* penal en cuanto soporte integrador del derecho y de la actividad administrativa del Estado, el fenómeno así llamado de la "administrativización" del derecho penal, corresponde a una real y auténtica transformación del sistema y de la función del derecho penal[9]. La disciplina penal constituye, la mayoría de las veces, uno de los elementos que integran los cada vez más numerosos sectores de la disciplina jurídica, reguladores de la intervención estatal o la actividad privada en campos como el de la salud, la construcción y la economía en general. Esto ha conducido a que sean considerados como totalmente inadecuados -en cuanto caracterizan los sistemas penales-, conceptos como los de bien jurídico y del carácter subsidiario del derecho penal, que anteriormente bien podían constituir los criterios para una contención funcional y cuantitativa de la reacción punitiva.

No sorprende, pues, comprobar que los conceptos de bien jurídico y de subsidiariedad del derecho penal, en su función de criterios sobre los cuales pueda estar actualmente afianzada una definición del ámbito de la función penal, han sido negados por Otto y Jakobs. El primero ha escrito:

"Socialmente dañoso es un comportamiento cuando tiende a la lesión de bienes jurídicos, por cuanto: 1) está dirigido a dañar un determinado bien jurídico, y con ello, 2) más allá de ese daño singular, cuestiona la seguridad de la comunidad jurídica, las relaciones personales de los coasociados, disminuye la confianza de los otros miembros de la misma comunidad y da lugar a la desconfianza.

"Este perjuicio para la confianza, de una parte, no se produce sólo con la lesión del bien jurídico, sino con la expresión de la intención de dañarlo; de otra, el perjuicio para la seguridad va más allá de la lesión del bien jurídico" (1975, 562).

A su vez, Jakobs afirma:

"En concordancia con la ubicación de la violación de la norma y con la ubicación de la pena en el nivel de su significado -y no como consecuencia externa del comportamiento-, la tarea del derecho penal no puede ser vista en impedir la lesión de bienes jurídicos. Su función es, en cambio, la confirmación de la validez de la norma, en lo que validez es equiparable a reconocimiento (...). Función de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para la relación social. El contenido de la pena es una contradicción de la negación de la autoridad de la norma, a costa del infractor de la misma (1983, 7y s.).

En la rigurosa visión normativista y antinaturalista que Jakobs desarrolla de los conceptos de la dogmática penal, dejan de existir referentes extrajurídicos a los cuales se pueda tomar como criterios para una delimitación de la extensión de la respuesta penal (ámbito de tutela) y de su intensidad (límite inicial de la incriminación, diferencia entre delito consumado y tentativa, entre delitos por comisión u omisión, etc.). Conceptos tales como sujeto, causalidad, capacidad de actuar, culpa, etc., según Jakobs, "pierden su contenido prejurídico y actúan como conceptos que expresan diversos niveles de competencia. Tales conceptos no proporcionan modelos regulativos al derecho penal, sino sectores de conexión con la reglamentación penal. También la presunción de que, al menos luego de su puesta en práctica, el concepto deba referirse a un sustrato prejurídico homogéneo, se revela como un equívoco (naturalístico)" (1983, VI).

Se podría observar que esta visión normativista y antinaturalista de los conceptos de la dogmática penal, no es nueva; basta pensar en la teoría de Hart sobre la causalidad y su carácter adscriptivo y no descriptivo de las figuras de fijamiento de la responsabilidad penal (H. L. A. Hart, 1951).

Indudablemente estamos en presencia, tanto en el caso de Hart como en el de Jakobs, de una

concepción que lleva hasta sus últimas consecuencias el modelo de ciencia jurídica propia del juspositivismo. Pero en el plano de la fundamentación y de la ideología del sistema penal, las rutas de Hart y Jakobs van en direcciones opuestas. Sobre la base de la fundamentación juspositivista del derecho y de la categoría jurídica, Hart lleva adelante, como Kelsen, el principio que está en el origen histórico de juspositivismo: la distinción entre derecho y moral, la limitación drástica de la intervención punitiva del Estado en la esfera interior del individuo. Es conocida, en efecto, su irreductible polémica contra la teoría expresiva de la pena (que no es una invención de Otto o de Jakobs), de la teoría, pues, como instrumento de afirmación y estabilización de los valores consagrados por el ordenamiento positivo (H. L. A. Hart, 1968). El derecho penal debe limitarse, según Hart, a la tutela de los coasociados, respecto de lesiones exteriormente percibibles y precisables en su intensidad. En cambio, como hemos visto, para Otto y Jakobs el derecho penal no tiene por función principal o exclusiva la defensa de bienes jurídicos, sino, ante todo, la función simbólica de ordenamiento normativo entendido como instrumento de orientación e institucionalización de la confianza mutua. El derecho penal no reprime primeramente lesiones de intereses, sino el "desvalor de los actos" (para decirlo con una expresión de Welzel) (1969, 2 y ss.), esto es, el comportamiento como manifestación de una actitud de infidelidad al derecho.

c) Con las observaciones precedentes, el análisis de la teoría de la prevención-integración se ha desplazado al plano ideológico, en el cual aquélla se presenta como una teoría para la fundamentación y la legitimación de la pena. Desde este punto de vista ella se vincula a las actuales teorías expresivas de la pena[10] y, como todas éstas, a su modelo clásico, es decir, a la teoría funcionalista del delito y de la pena de Durkheim. La teoría de la prevención-integración nació a fines del siglo pasado, con Durkheim. El "nuevo" fundamento del derecho penal propuesto por Jakobs en el marco de la teoría sistémica de Luhmann, repropone ahora la concepción durkheimiana, con toda su problemática actual y sin innovaciones sustanciales[11].

Muy lejos de esa concepción, el pensamiento penal después de la segunda guerra mundial se orienta preferencialmente hacia una ideología utilitarista-humanística de la pena, en cuyo ámbito ubicada en primer plano la función de resocialización. En ésta se inspiraron las leyes de reforma del derecho penitenciario introducidas en Italia y en la República Federal de Alemania en 1973 y 1976[12]. Pero contemporáneamente a ese movimiento ideológico que, entre comienzos y mediados de los años 70, culmina con la afirmación de la función resocializante de la pena, un movimiento opuesto se afirma en la realidad institucional y social de los países mencionados. La realidad institucional, en particular la de las instituciones totales, se muestra, a la luz de la experiencia y de controles empíricos más atentos, como absolutamente inadecuada y más bien directamente contraria a los fines de reeducación y reinserción social del condenado (A. Baratta, 1976; 1982, 185 y ss.; M.

Pavarini, 1978; AA. VV., 1977, 259 y ss.).

En la misma época la crisis del Estado asistencial, que comienza justamente en el momento en que la ideología reeducativa alcanza su punto más alto en el pensamiento penal de todos los países occidentales, disminuye la disponibilidad y los recursos de los gobiernos, necesarios para perseguir la finalidad humanitaria; igualmente se imposibilita una conversión funcional del sistema penal en un sistema de reinserción social de los sujetos condenados. La creciente exigencia de disciplina, unida a un aumento de la población marginada o en posición precaria dentro del mercado de trabajo, la extensión de movimientos de protesta política carentes de canales institucionales y la explosión del fenómeno del terrorismo, acompañan a la comprobación científica del deterioro de la ideología penitenciaria-educativa; en ésta se produce así una profunda crisis en todo el mundo occidental. Posteriormente la ideología penal se reacomoda adoptando una función puramente disuasiva y represiva de la pena, en otras palabras, con una nueva fundamentación neoclásica y retribucionista del sistema penal (M. Pavarini, 1980, 143 y ss.; H. J. Otto, 1982).

Por otra parte, teorías expresivas de la pena se afianzan en cuanto reforzadoras de los valores consagrados por el ordenamiento o también como orientadoras de un gran movimiento de reforma penal, como el realizado en el Canadá (Commission de Réforme du Droit du Canada, 1975). Desde esta perspectiva, la teoría sistémico-funcionalista, basada sobre el significado simbólico del delito y de la pena, presenta, frente a las actuales teorías expresivas, una novedad digna de mención, debida, sobre todo, al cuadro teórico dentro del cual ha sido desarrollada. Aquella teoría constituye una de las diversas tentativas por dar una nueva fundamentación a la pena y proteger al sistema penal ante la profunda crisis de legitimación que lo afecta por la convergencia de los hechos antes aludidos.

3. La valoración crítica de este nuevo intento por legitimar el sistema penal mediante la teoría de la prevención-integración, podría ser desarrollada totalmente sólo sobre la base de una mucho más analítica reconstrucción de la misma teoría, lo que excede los límites aquí disponibles. Con fundamento en las observaciones precedentes, se puede intentar establecer cuál sería la tendencia representada por la teoría examinada, en los tres planos en los cuales se ubica dentro de la actual fase del desarrollo del pensamiento penal. Me parece evidente que la teoría de la prevención-integración es funcional respecto del actual movimiento de expansión del sistema penal y de incremento, tanto en extensión como en intensidad, de la respuesta penal.

La relación que, en virtud de dicha teoría, se establece entre la ciencia social y la técnica jurídica, es de tipo tecnocrático. La teoría sistémica, en efecto, es una de las que señalan las condiciones de estabilización de los sistemas sociales mediante el derecho. Como tal, es utilizada por Jakobs y por otros representantes de la misma doctrina, tanto en función técnico-jurídica cuanto en función político-criminal. Según Jakobs, como hemos visto, la dogmática jurídica sigue la reglamentación

dada por el sistema jurídico positivo. Así como esta reglamentación, la dogmática es, pues, funcional a la reproducción y conservación de la realidad social. Esta tenencia inserta la teoría de la prevención-integración en el contexto de un modelo *tecnocrático* y la contrapone a teorías que, en cambio, responden a un modelo *crítico* de la relación entre ciencia social y técnica jurídica (A. Baratta, 1979; 1981; Editoriale di "Dei Delitti e delle Pene", nº 1, 1983).

La valoración de la teoría en cuestión no puede, sin embargo, quedar restringida a la comprobación de la tendencia mencionada. En efecto, se pueden hacer, en primer lugar, una serie de observaciones que se ubican en el punto de vista *interno* de la teoría de la prevención-integración y tienen por objeto examinar su consistencia respecto del marco teórico que ella misma ha adoptado: la teoría sistémica de la sociedad y del derecho. Me limitaré a tres observaciones:

a) La importancia atribuida a la pena dentro de la teoría sistémica del derecho, parece estar equiparada a la del derecho mismo. Resulta claro que en dicha teoría el derecho es un subsistema indispensable para la estabilización de sistemas sociales complejos. Pero cuando el derecho se pasa a la pena, aparecen dificultades para atribuir a esta última la misma consistencia sistémica que corresponde al primero. Desde el punto de vista de la teoría mencionada, no parece poder excluirse que a la función punitiva se pueda aplicar el principio de la equivalencia funcional entre diversas instituciones. Considero, en otras palabras, que dentro de una concepción sistémica son posibles teorías y técnicas basadas en la alternativa radical al sistema penal<sup>[13]</sup>, al menos si éste se entiende en la forma como estamos habituados a interpretarlo. Pero la teoría de la prevención-integración no parece ni siquiera registrar esa posibilidad teórica contenida en la propia teoría sistémica.

b) La segunda observación alude a otra deficiencia en la aplicación de la teoría sistémica respecto de su propio alcance. Me refiero al reconocimiento que resulta posible hacer, en la teoría sistémica, del hecho de que los conflictos en sociedades complejas se manifiestan en lugares del sistema diversos de aquel en el cual se han producido (N. Luhmann, 1974, 42 y s.). La teoría expresiva parece reducir la respuesta penal, necesariamente, a una reacción sintomatológica a los conflictos, que se realiza exclusivamente en el lugar donde ellos se manifiestan, y no en aquel donde se producen. Es decir, frente a conflictos de desviación reacciona dentro de los límites clásicos de la respuesta represiva. También en este caso me parece que la aplicación de la teoría sistémica permanece por debajo de la posibilidad de innovación teórica que sería posible dentro de su mismo marco. En principio, no resultaría imposible utilizar *también* ese marco teórico para una búsqueda de alternativas radicales al sistema penal, de intervenciones institucionales que actúen sobre los conflictos en el mismo lugar en que se producen, y no en aquel donde se manifiestan.

c) La tercera observación para una crítica intrasistemática de la teoría examinada, parte del hecho de que ella toma en consideración sólo los eventuales efectos positivos que el ejercicio de la función

penal, según la misma teoría, puede obrar para la integración, social y el restablecimiento de la confianza institucional. Pero en esto, la teoría de la prevención-integración constituye un caso ejemplar de "*ignoratio elenchi*". Es decir, omite tomar en cuenta los efectos del sistema penal que puedan compensar negativamente sus pretendidos resultados positivos. Desconoce todos los argumentos y observaciones que ponen en evidencia el hecho de que el sistema penal produce altos costos sociales y gravísimos efectos sobre la integración social y la confianza en las instituciones[14]. Piénsese, solamente, en los efectos disgregantes que la pena privativa de libertad produce en el ámbito familiar y social del detenido; en el *distanciamiento social* generado por la estigmatización penal, que interrumpe o de cualquier modo perjudica el contacto social del estigmatizado con el resto de la sociedad; en la profunda desconfianza producida por la percepción del funcionamiento selectivo y desigual del sistema penal y por las distorsiones que tienen lugar en el uso de sus diversos instrumentos institucionales (un ejemplo muy actual es el de la detención preventiva, que ha dejado de tener una función procesal y ha asumido un carácter *punitivo*) (M. Mobili, 1977; L. Ferrajoli, 1977; G. Vassalli, 1980). Obsérvese, finalmente, las dificultades que el proceso penal interpone a la posible reconstrucción de una comunicación entre autor y víctima del delito, en ámbitos en los cuales la naturaleza de los conflictos permitiría un arreglo privado, mucho más funcional que la pena para los fines de la reintegración social (cfr. D. Krauss, 1983).

Terminadas estas pocas observaciones críticas a la teoría de la prevención-integración desde un punto de vista *interno* al marco de la teoría sistémica en el cual aquélla se desarrolla, paso a exponer algunos cuestionamientos desde una perspectiva *externa* a ese marco teórico, las cuales, por ende, se refieren tanto a la versión de la teoría sistémica proveniente de Luhmann como a la adoptada por los autores anteriormente citados. También aquí me limitaré a tres observaciones:

a) La primera se refiere a la sustitución del principio de resocialización por el de la prevención general positiva. Me parece evidente que esa sustitución resulta congruente con una visión funcionalista de la pena y orientada a la teoría sistémica de la sociedad y del derecho. Pero la crisis de la ideología reeducativa ha sido, también y sobre todo, el síntoma de la inadecuación del instrumento penal para la satisfacción de una exigencia social y política que podría (y debería) guiar la intervención institucional en relación con los problemas y conflictos de desviación. La "reinserción" del desviado, en cuanto idea orientadora de las intervenciones institucionales, podría ser realizada bajo dos condiciones. La primera consiste en que sea definitivamente abandonada la ilusión de poder "reeducar" en el interior del sistema penal: allí y sobre todo mediante instituciones totales como la cárcel, el principio de la pena resocializante consagrado en el art. 27 de la Constitución italiana, asume el carácter de norma imposible. La segunda condición es que el concepto de "reinserción social" sea reinterpretado en el marco más amplio de los principios

constitucionales que inspiran el estado social de derecho y, en particular, del principio *dinámico* de igualdad y del principio de la dignidad del hombre. Dichos principios postulan la eliminación de las condiciones que impiden la realización de una efectiva igualdad de oportunidades entre los individuos y de la dignidad de cada uno (Constitución italiana, arts. 2 y 3). En este sentido, "reinserción" no significa manipulación del individuo con base en una escala de valores autoritariamente impuesta, sino, sobre todo, reorganización y reintegración social del mismo ambiente en el cual se han producido graves conflictos de, desviación. Mediante una tal reinterpretación del principio de "reinserción", *el objeto del tratamiento* (penal o pospenitenciario) se transforma en *sujeto de derechos sociales*.

Al mismo tiempo que resulta estéril y caprichoso pretender mantener la ideología reeducativa como simple actitud defensiva respecto del proceso de involución del derecho penal hacia posiciones meramente represivas o retribucionistas, en vez de afrontar seriamente el problema de la transformación radical del sistema penal y de la creación de respuestas institucionales alternativas para los conflictos de desviación, debe tomarse con recelo una teoría que parece dejar sin contenido el núcleo humanístico y emancipador que estaba en la base de la *utopía* de la "reinserción".

La negación de la ideología de la resocialización y el reconocimiento de la no realizabilidad de la utopía de la reinserción en el contexto del sistema penal, no pueden ser considerados por sí solos como un progreso, si tienen lugar junto con una estabilización conservadora y una nueva legitimación de los instrumentos tradicionales del sistema penal (M. Pavarini, 1978). El progreso podría ser visto únicamente en una crítica de la ideología reeducativa, acompañada por la creación de instrumentos alternativos a los del derecho penal, que actuasen sobre los propios orígenes de los conflictos de desviación y fuesen compatibles con la reintegración social del autor, de la víctima y del ambiente.

b) La segunda observación parte de comprobar que la ubicación de una línea de distinción *óptima* entre latencia y visibilidad de los conflictos de desviación, con base en el punto de vista de los intereses de la estabilización de un determinado sistema social, parece desde luego congruente con una concepción sistémico-funcionalista de la sociedad y del derecho. La respuesta penal, entendida como contradicción simbólica del significado expresivo del acto desviado, acepta como idónea esa línea de distinción entre latencia y visibilidad de los conflictos, e incluso hace de ella una de sus condiciones. Es decir que lo que pone en peligro la confianza institucional no son las violaciones latentes de la norma, sino las graves y manifiestas. Es, pues, un determinado nivel de visibilidad social de la desviación, de alarma social, y no la cifra oscura de la delincuencia, lo que provoca una respuesta penal basada en la teoría de la prevención-integración. Ésta, por tanto, legitima el principio de selectividad del sistema y los procesos de inmunización de la respuesta penal, que

dependen estrechamente del grado de visibilidad social de la criminalidad en una determinada sociedad. Desde dicho punto de vista, la teoría en examen está de acuerdo con la enunciada por Popitz (1968), sobre la eficacia preventiva del desconocimiento de una porción (o, mejor, de la mayor parte) de las violaciones a las normas. La no persecución de las infracciones estabiliza la validez de las normas, sostiene Popitz. También para Jakobs, al menos implícitamente, sólo las violaciones conocidas ponen en peligro la validez, es decir, el reconocimiento, de la norma violada y por tanto requieren la aplicación de la pena (G. Jakobs, 1983, 3 y ss.).

Si tomamos en consideración la importancia que los estudios y la atención política han concedido al problema de la cifra oscura de la criminalidad en el ámbito de la criminología crítica, por cuanto con aquélla resulta demostrado el vínculo funcional existente entre la selectividad del sistema penal en el reclutamiento de su clientela y la reproducción de las relaciones sociales de desigualdad (F. Sack, 1968; 1971; A. Baratta, 1982, 179 y ss.), y si recordamos la teoría de Foucault, sobre la función ejercida por el reclutamiento y manipulación de una pequeña "población criminal" como parte de un número muchas veces mayor de violadores de normas, para ocultar e inmunizar la mayor parte de los ilegalismos en una sociedad (M. Foucault, 1975), resulta fácil entender cuán atrasada es la posición político-criminal de Jakobs en comparación con las tendencias críticas y progresistas hoy existentes en la sociología jurídico-penal. La posición de Jakobs no permite identificar como problema político la desigualdad en la distribución del "bien negativo" criminalidad, en perjuicio de los grupos de la población más débiles socialmente<sup>[15]</sup>, y la exigencia de una compensación a esa desigualdad. Tampoco permite, ni siquiera, abordar el hecho de que la invisibilidad y la consiguiente inmunidad de las infracciones a las normas, resultan funcionales a la estabilización de posiciones de privilegio social y pueden ser fácilmente manipuladas en beneficio de ellas, mediante una sabia estrategia de sensibilización de la opinión pública y de inducción de alarma social (G. Arzt, 1976; 1978).

Esta legitimación tecnocrática del funcionamiento desigual del sistema punitivo resulta, por lo demás, coherente con la concepción del individuo en cuanto responsable de la violación visible, en la cual, como se ha visto, él no es entendido como sujeto autónomo, moralmente responsable de sus propios actos, sino apenas como un subsistema sicofísico, convertido en centro de adscripción de responsabilidad sólo con base en una "capacidad" que le es atribuida conforme a criterios puramente normativos y funcionales. El sujeto queda transformado, pues, en portador de una respuesta penal simbólica, de una función preventiva e integradora, que se realiza "a su costa" según la expresión de Jakobs, mientras permanece excluida su condición de destinatario y fin de una política de auténtica reintegración social (G. Jakobs, 1983, 394 y ss.).

c) Las dos observaciones precedentes muestran, desde el exterior del sistema, algunas aporías de la

teoría de la prevención-integración y revelan su función conservadora y legitimante respecto de la actual tendencia de expansión e intensificación de la respuesta penal ante los problemas sociales. En este sentido, resulta claro que la teoría de la prevención-integración hace parte de un modelo tecnocrático del saber social, el cual puede ser considerado alternativo al modelo crítico, en el que actualmente se inspiran la criminología crítica y los movimientos por una reforma radical y alternativa al sistema penal. Estos últimos están guiados por dos principios diferentes pero complementarios y opuestos a los dominantes en la teoría sistémico-funcionalista del delito y de la pena: el *principio de mantenimiento de las garantías*, esto es, de limitación formal del sistema penal respecto de las prerrogativas constitucionales de libertad y autonomía individual. Y el *principio de un proyecto alternativo*, que exige la articulación autónoma de las necesidades de tutela por parte de los mismos interesados en todos los niveles de la escala social y particularmente en los inferiores, donde están ubicadas las *clases* subalternas; es decir, la exigencia de favorecer formas de estructurar y gestionar los problemas y conflictos de la desviación no desde el punto de vista de los intereses de conservación del sistema social, sino desde el de la emancipación del hombre (A. Baratta, 1983, 365 y ss.).

La teoría de la prevención-integración, en cambio, desarrolla una función conservadora y legitimante de las tradicionales concepciones; y gestiones penales de los conflictos de desviación. Su contribución al conocimiento, construcción y gestión de los conflictos, no va más allá de la llamada *cultura del sistema penal*. Antes bien, tal teoría ofrece un nuevo soporte a esa cultura y reconfirma su principal función: la reproducción ideológica y material de las relaciones sociales; existentes. Al fundamentar la función penal dando prevalencia a la conservación del sistema social respecto de las necesidades y valores de los individuos, la teoría de la prevención-integración aplica coherentemente la teoría sistémica, por cuanto mantiene la actual relación; entre el "sistema-sociedad" y el "subsistema-hombre"[\[16\]](#).

La alienación de la subjetividad y la centralidad del hombre en beneficio del sistema, que se encuentra fielmente descrita por la teoría sistémica pero no es criticable (como contradicción entre potencialidad y realidad de la situación humana) desde su propio interior, produce también en la teoría del subsistema penal, como hemos visto, el desplazamiento del sujeto de centro y fin del derecho, a objeto de abstracciones normativas e instrumento de funciones sociales. En especial, en la incriminación de responsabilidad penal el sujeto de ser el fin de la intervención institucional, para convertirse en el soporte sico-físico de una acción simbólica, cuyos fines están fuera de él y de la cual constituye únicamente un instrumento. Parece que la figura del "chivo expiatorio", de la cual se sirve la teoría sicoanalítica del delito y de la pena para mostrar el componente irracional de los sistemas punitivos, es replanteada aunque con fines bien distintos y en el lenguaje más abstracto de

la teoría sistémica. Parece que dicho componente queda elevado, en la teoría de la prevención-integración, al rango de un principio de absoluta racionalidad del sistema. Pero es sólo aparente la paradoja de esta teoría, consistente en centrar la responsabilidad sobre un sujeto que al mismo tiempo resulta desubjetivizado respecto del sistema.

## Referencias Bibliográficas

AA.VV. (1977); *Vollzug der Sanktionen*, en Seminario *Abweichendes Verhalten III, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, a cargo de Klaus Lüderssen, Fritz Sack, Frankfurt/a Main, ps. 259-451.

Achenbach, Hans (1974): *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Schweitzer, Berlin.

Alexander, Franz, y Staub, Hugh (1929): *Der Verbrecher und seine Richter. Ein analytischer Einblick in die Welt der Paragraphen*, en *Psychoanalyse und Justiz*, a cargo de Alexander Mitscherlich, Frankfurt, ps. 205 y ss.

Amelung, Knut (1972): *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum, Frankfurt am Main.

Arzt, Günther (1976): *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, Mohr, Tübingen.

Arzt, Günther (1978): *Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht*, en "Juristische Blätter", cuaderno 7/8, ps. 173-183.

Baratta, Alessandro ( 1966 ) : *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Giuffrè, Milano.

Baratta, Alessandro (1976): *Sistema penale ed emarginazione sociale*, en "La Questione Criminale", 2-3, ps. 237-261.

Baratta, Alessandro (1979) : *Criminologia e dogmatica penale. Fossato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, en "La Questione Criminale", 2, ps. 147-183.

Baratta, Alessandro (1981): *Criminologia critica e riforma penale*.

*Osservazioni conclusive sul dibattito "Il codice Rocco cinquant'anni dopo" e risposta a Marinucci*, en "La Questione Criminale", 3, ps. 349-389.

Baratta, Alessandro (1982); *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna.

Baratta, Alessandro ( 1983 ) : *Problemi sociali e percezione della criminalità*, en "Dei Delitti e delle Pene", 1, ps. 15-39.

Bricola, Franco, a cura di (1977): *Il carcere riformato*, Il Mulino, Bologna.

Calliess, Rolf Peter (1974): *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Fischer, Frankfurt/am Main.

Christie, Nils (1977): *Conflicts as property*, en "The British Journal of Criminology", XVII, 1, ps. 1-15.

Christie, Nils (1981): *Limits to Pain*, Universitet Forluget Oxford, Bergen, Tromdt.

Commission de Réforme du Droit du Canada (1975): Document de travail n° 10, *Les confins du droit pénal*, Ottawa.

Devlin (1965): *The enforcements of morals*, London.

Ellscheid, Günther, y Hassemmer, Winfried ( 1975 ) : *Strafe ohne Vorwurf*, en *Seminar: Abweichendes Verhalten*, a cargo de Klaus Lüderssen, Fritz Sack, Suhrkamp, Frankfurt am Main.

Ferrajoli, Luigi (1977): *Ordine pubblico e legislazione eccezionale*, en "La Questione Criminale", 3, ps. 361-404.

Foucault, Michel (1975) : *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Galimard, Paris.

Frank, Reinhard (1907); *Über den Aufbau des Schuldhegriffs*, Giessen.

Fromm, Erich (1931): *Zur Psychologie der Verbrechens und der strafenden Gessellschaft*, en "Imago", XVII, ps. 226 y ss.

García-Méndez, Emilio (1983): *Dei problemi sociali e della decriminalizzazione*, en "Dei Delitti e delle Pene", 1, ps. 211-219.

Haffke, Bernhard (1976): *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine straftheoretische Untersuchung*, Sauerländer, Aaran, Frankfurt am Main.

Haffke, Bernhard (1978): *Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie*, en "Goldhammers Archiv für Strafrecht", ps. 33-57.

Haffke, Bernhard, y Bierbrauer, Günther ( 1978 ) : *Schuld und Schuldunfähigkeit*, en *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, a cargo de Winfried Hassemer, Klaus, Lüderssen, Beck, München, ps. 121-180.

Hart, Herbert Lionel Adolphus (1951): *The ascription of responsibility and rights*, en *Logic and language*, a cargo de Anthony Flew, Oxford.

Hart, Herbert Lionel Adolphus (1965): *The morality of the criminal law. Two lectures*. Magnes Press, Jerusalem.

Hassemer, Winfried (1973): *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Athenäum, Frankfurt am Main. Hassemer, Winfried (1981): *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Beck, München.

Hassemer, Winfried (1984): *Il bene giuridico tra costituzione e diritto naturale*, comentario al seminario "Criminalità, costruzione dei problemi sociali e referente materiale. La questione dei beni giuridici nell'alternativa e oltre alternativa tra costituzione e diritto naturale", Urbino, 15-16 ottobre 1983, en "Dei Delitti e delle Pene", II, 1.

Hulsman, Louk (1982) : *Peines perdues. Le système pénal en question*, Centurion, Paris.

Hulsman, Louk (1983) : *Abolire il sistema penale?*, en "Dei Delitti e delle Pene", 1, ps. 71-90.

Jäger, Herbert (1974): *Strafrecht und psychoanalytische Theorie*, en *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel*, De Gruyter, Berlin, ps. 125-180.

Jäger, Herbert (1976): *Veränderung des Strafrechts durch Kriminologie? Ansätze zur Konkretisierung interdisziplinärer Kooperation*, en "Kriminologisches Journal", 2, ps. 98-113.

Jakobs, Günther (1976): *Schuld und Prävention*, Mohr, Tübingen.

Jakobs, Günther (1983): *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Gruridlagen und die Zurechnungslehre*, De Gruyter, Berlin, New York.

Kohlrausch, Eduard (1903): *Irrtum und Schuldhegriff im Strafrecht*, Guttentag, Berlin.

Kbaub, Detlef (1975): *Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozess*, en *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Schwartz, Göttingen, ps. 411-431.

Kbaub, Detlef ( 1983 ) : *ha vittima del reato nel processo penale*, en "Dei Delitti e delle Pene", 2, ps. 283-298.

Krümpelmann, Justus ( 1983 ) : *Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs*, en "Goltdammers Archiv für dammers Archiv Strafrecht", ps. 337-360.

Luhmann, Niklas (1964): *Funktionen und Folgen formaler Organisationen*, Duncker und Humblot, Berlin.

Luhmann, Niklas (1974): *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 4ª ed., Westdeutscher Verlag, Opladen.

Luhmann, Niklas (1981): *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt/Main.

Luhmann, Niklas (1983): *Rechtssoziologie*, 2ª ed., Westdeutscher Verlag, Opladen.

Luzón Peña, Diego Manuel (1982): *Prevención general, sociedad y psicoanalyse*, en "Quadernos de politica criminal", 16.

Marconi, Pio (1983): *La strategia abolizionista di Louk Hulsmann*, en "Dei

Delitti e delle Pene", 1, ps. 221-238.

Marra, Realino (1984): *Durkheim sociologo del diritto penale. Sentimenti, riflessioni e valori nella produzione ideale di fatti normativi*, en "Dei Delitti e delle Pene", II, 1.

Mathiesen, Thomas (1974): *The politics of abolition. Essays in political action theory*, en "Scandinavian Studies in Criminology", 4.

Mir Puig, Santiago (1982): *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Urgel, Barcelona,

Müller-Dietz, Heinz (1979) ; *Grundfragen der strafrechtlichen Sanktionssysteme*, Decker's Verlag, Heidelberg, Hamburg.

Müller-Dietz, Heinz (1983): *Vom intellektuellen Verbrechensschaden*, en "Golddammers Archiv für Strafrecht", ps. 481-496.

Muñoz Conde, Francisco (1984): *Derecho penal y control social*, en "Tribuna Penal", 2, ps. 29-39.

Nobili, Massimo (1977): *La procedura penale tra "dommatica" e sociologia; significato politico di una vecchia polemica*, en "La Questione Criminale", 1, ps. 51-91.

Noll, Peter (1966): *Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts*, en *Festschrift für Hellmuth Mayer*, Duncker & Humblot, Berlin, ps. 219-233.

Nowakowski, Friedrich (1957): *Freiheit, Schuld, Vergeltung*, en *Festschrift für Theodor Rittler*, Scientia, Aalen, ps. 55-88.

Otto, Hans-Jörg (1982): *Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle. Wandel vom soziologischen zum ökonomischen Paradigma in der nordamerikanischen Kriminologie?*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i Br.

Otto, Harro (1975): *Personales Unrecht, Schuld und Strafe*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", LVII, ps. 539-597.

Otto, Harro (1979): *Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde*, en "Goltdammers Archiv für Strafrecht", ps. 481-497.

Otto, Harro (1982): *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, De Gruyter, Berlin, New York.

Pavarini, Massimo (1978): "*Concentrazione*" e "*diffusione*" del penitenziario. *Le tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia*, en "La Questione Criminale", 1, ps. 39-61.

Pavarini, Massimo (1980); *Introduzione a... La criminologia*. Le Mounier, Firenze.

Popitz, Heinrich (1968); *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkelfeldziffer. Norm und Strafe*, Mohr, Tübingen.

Reik, Theodor ( 1925 ) ; *Geständniszwang und Strafbedürfnis. Probleme der Psychoanalyse und der Kriminologie*, Internationaler psychoanalytischer Verlag, Leipzig, Wien.

Roxin, Claus (1973): *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, De Gruyter, Berlin, New York.

Roxin, Claus (1974); "*Schuld*" und "*Verantwortlichkeit*" als strafrechtliche Systemkategorien, en *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel*, De Gruyter, Berlin, ps. 171-197.

Roxin, Claus (1977): *Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke*, en *Lebendiges Strafrecht, Festschrift für Hans Schultz*, Stampili & Cie, Bern, ps. 463-481.

Roxin, Claus (1979); *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, en *Festschrift für Paul Bockelmann*, Beck, München, ps. 279-310.

Roxin, Claus (1980); *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, en "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale".

Scheerer, Sebastian (1983): *L'abolizionismo nella criminologia*

*contemporanea*, en "Dei Delitti e delle Pene", I, 3.

Seelmann, Kurt ( 1979 ) : *Hegels Straftheorie in seinen "Grundlinien der Philosophie des Rechts"*, en "Juristische Schulung", cuaderno 10, ps. 687-691.

Seelmann, Kurt ( 1980 ) : *Neue Entwicklungen beim Strafrechtsdogmatischen Schuld begriff*, en "Jura", II, 10, 505-512.

Sack, Fritz (1968): *Neue Perspektiven in der Kriminologie*, en *Kriminalsociologie*, a cargo de René König, Fritz Sack, Akademische Verlagsgesellschaft, Frankfurt am Main, ps. 431-475.

Sack, Fritz (1971): *Selektion und Kriminalität*, en "Kritische Justiz", IV, 4, ps. 384-400.

Sgubbi, Filippo (1975): *Tutela penale di "interessi diffusi"*, en "La Questione Criminale", 3, ps. 439-481.

Streng, F. (1980): *Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe*, en "Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft", LXXXII, ps. 637-681.

Vassalli, Giuliano (1978): *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, en "Giustizia Penale", LXXXIII, 1, ps. 1-46.

Walker, N. D. (1964): *Morality and the criminal law*, en "The Howard Journal", XI, ps. 209 y ss.

Welzel, Hans (1935): *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Deutsches Druck- und Verlagshaus, Mannheim, Berlin, Leipzig.

Welzel, Hans ( 1941 ) : *Persönlichkeit und Schuld*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", LX, ps. 428-474.

Welzel, Hans (1969): *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed.. De Gruyter, Berlin, New York.

---

\* Director del *Institut für Rechts und Soziaphilosophie*, Universidad del Saarland, Saarbrücken (RFA). Traducción de Emilio García-Méndez y Emiro Sandoval Huertas.

[1] K. Amelung (1972) ofrece nuevas definiciones de los conceptos de bien jurídico y de "negatividad social", desde una perspectiva sistémica y funcionalista. Por otra parte, la elaboración de una nueva base de fundamentación material del sistema punitivo, como resultado de una combinación "singular" de la teoría de los sistemas y de un enfoque metafísico de la comunidad, caracteriza los trabajos de H. J. Otto (1975; 1982, 76 y ss.). En este contexto son muy significativas, además, las contribuciones de C. Roxin (1973; 1974; 1977; 1979), quien a partir de un enfoque sistémico-funcional en sentido lato, ha dado una nueva sistematización teleológica a la dogmática del delito, particularmente respecto del concepto de culpabilidad. F. Nowakowski (1957) y P. Noll (1966) pueden ser considerados precursores directos de esas recientes tentativas por concretar los conceptos dogmáticos, en especial el de culpabilidad, desde el punto de vista de la función del sistema penal.

[2] C. Roxin habla de "consolidación de la conciencia jurídica de la comunidad" y de "contribución a la estabilización de la conciencia jurídica común" (1977, 466 y ss.); H. J. Otto (1980) niega que la pena tenga como función primaria el restablecimiento del orden violado y considera que ella posee, ante todo, la función de "mantenimiento de la paz jurídica en su función de derecho de garantía"; de este autor véase también 1982, 11 y ss.

[3] Cfr. A. Baratta (1966, 83 y ss.). Sobre la evolución del concepto de culpabilidad véase además la monografía de H. Achenbach. (1974). Sobre los desarrollos más recientes de esa teoría en Alemania Federal cfr. K. Seelmann (1980).

[4] Sobre el llamado concepto social de culpabilidad cfr. J. Krümpelmann (1983.).

[5] Véase, por todos, D. Krauss (1975).

[6] C. Roxin (1974) distingue entre "responsabilidad" como criterio de fundamentación de la pena para los casos individuales con base en exigencias de prevención general positiva y "culpabilidad" como criterio limitativo de la pena determinada según exigencias de política criminal. "El nivel de responsabilidad -afirma- constituye, por lo tanto, el ámbito mediante el cual en la dogmática penal se introduce directamente una política criminal respecto del autor del hecho" (1974, 182). Del mismo autor véase también 1980.

[7] Cfr. A. Baratta (1982, 45 y ss.).

[8] Cfr. W. Hassemer (1973); R. P. Callies (1974, 122 y ss.). Para Italia cfr. F. Sgubbi (1975).

[9] Cfr. G. Jakobs (1983, 30 y ss.). En sentido crítico véase W. Hassemer (1984).

[10] Cfr., entre otros, C. Devlin (1965). Para un análisis crítico de la teoría expresiva de la pena véase, especialmente, H. L. A. Hart (1965, 31 y ss.). Para ulteriores indicaciones cfr. también N. D. Walker (1964).

[11] También y sobre todo desde este punto de vista, resulta actualmente importante revisar, mediante un atento y profundo análisis crítico, la sociología jurídico-penal de Durkheim. Una notable contribución a tal análisis es el estudio de R. Marra (1984).

[12] Cfr. la ley 353 del 26 de julio de 1975, en Italia, y la Ley Penitenciaria alemana del 16 de marzo de 1976. Para la discusión en Italia véase F. Bricola (1977), y para el debate en Alemania Federal cfr. H. Müller-Dietz (1979, 52 y ss.).

[13] Me refiero, en particular, a la pretensión del método funcionalista, en la cual sus sostenedores encuentran uno de sus resultados más importantes, de indicar diversas posibilidades de solución funcionalmente equivalentes, a partir de un problema dado como punto de referencia (por ejemplo, la estabilización de las expectativas de comportamiento). Cfr. N. Luhmann (1974, 27, 31 y ss.).

[14] Cfr. A. Baratta (1982, 179s y ss.). Es, sobre todo, a estos altos costos sociales que se refieren los partidarios del actual movimiento abolicionista, el cual sostiene que hay necesidad no sólo de una drástica descriminalización, sino también de una radical superación del sistema penal. Para una mejor comprensión de dicho movimiento y para su discusión crítica, cfr. T. Mathiesen (1974); N. Christie (1977; 1981); L. Hulsman (1981; 1983); A. Baratta (1981; 1983); P. Marconi (1983); E. García Méndez (1983); S. Scherer (1983); T. von Trotha (1983).

[15] Cfr. A. Baratta (1982, 179 y ss.), también para ulteriores indicaciones bibliográficas.

[16] En la reciente recensión y discusión de la teoría de la prevención-integración en España, no han faltado reservas y críticas muy pertinentes que, particularmente, han puesto en evidencia las posibles o concretas implicaciones autoritarias o irracionales de esa teoría. Cfr. S. Mir Puig (1982, 32); D. M. Luzón-Peña (1982, 97) y, recientemente, F. Muñoz Conde (1984, 35 y ss.).