

APUNTES SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

Por Pablo Daniel Vega¹

Las relaciones de la filosofía con el discurso jurídico -y en especial con el saber jurídico-penal- se han establecido sobre la base de considerar a aquélla como la principal fuente de sustentación ideológica de éste, y casi que podrían constituir un objeto autónomo de investigación. Desde luego, ello no significa que el discurso técnico en derecho se haya nutrido siempre de elevados niveles de contenido pensante.

En materia específicamente penal surge con meridiana claridad que el poder punitivo ha necesitado de la filosofía -y en ocasiones hasta de cierta teología- para legitimar su operatividad y ocultar la real función política desempeñada en cada contexto histórico-social.

La particular *teología* del *Malleus*, el racionalismo del siglo XVIII, el peligrosismo del siglo XIX, el naturalismo, el neokantismo -entre otros idealismos-, el realismo, el funcionalismo, etc., han sido verdaderas usinas para el desarrollo del discurso jurídico-penal, que, invariablemente, cayó en la legitimación del fenómeno punitivo más allá de las notables diferencias en el modo de hacerlo.

La presente aproximación al desarrollo de la dogmática penal está orientada al relevamiento de las interacciones suscitadas entre las aludidas especulaciones filosóficas y el saber penal centrado fundamentalmente en su faz de la *teoría del delito*², dentro del

1 Abogado, Master en Derecho Penal y Criminología, Docente Universitario en la UNLPam y UBA, correo electrónico: pktvega@hotmail.com.

2 Una reseña sobre las corrientes y tendencias en Alemania puede encontrarse en ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1999, t. III, p. 31 y ss. También resultan de interés los trabajos de SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*,

marco delimitado por el funcionamiento del sistema penal. Ello ya alcanza para comprender que, independientemente de sus íntimas conexiones, no debe confundirse el derecho penal con el poder punitivo, conceptos que resulta menester separar nítidamente por cuanto materializan en el campo de nuestro saber la perenne dialéctica entre *estado de derecho* y *estado de policía*.

1. Positivismo naturalista y escuela clásica

El gran auge y desarrollo de las disciplinas causales-explicativas durante el siglo XIX, llevó al convencimiento de que todo era explicable mediante una cadena de causas y efectos, erigiéndose el método empírico como única fuente idónea para la adquisición del conocimiento. Esta posición extrema culminó relegando por completo toda clase de especulación filosófica. En este sentido, Carpio destaca con claridad:

Hay filósofos que piensan, precisamente, que la empresa de la filosofía, y sobre todo de la metafísica, es empresa inútil, y que es preciso dejarla definitivamente de lado para consagrar el esfuerzo del entendimiento humano a las ciencias, únicas capaces de proporcionar un saber efectivamente válido. Estos filósofos son los positivistas³.

De este modo, aquello que no pudiera percibirse por alguno de los sentidos carecía de relevancia para el pensamiento científico. Pero dicho modelo no se limitaba a las ciencias físicas; también se trasladó al terreno de las denominadas ciencias del espíritu, impactando de lleno en el mundo del derecho.

Ello fue así porque, en líneas generales, los distintos campos del saber fueron acomodando su objeto a un método de conocimiento sustentado en juicios descriptivos que atienden al *ser* de los entes y se rigen por la ley de la causalidad. Tal estructuración tiene como objeto que las proposiciones no caigan en el terreno de lo axiológico e interpretativo, y para ello se procura una labor *aséptica*, limitada tan sólo a generar asertos puramente descriptivos y neutrales desde

Barcelona, J. M. Bosch, 1992, p. 48 y ss.; *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, pp. 13-30; SCHÜNEMANN, Bernd, "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en *El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 31 y ss.; y CREUS, Carlos, *Introducción a la nueva doctrina penal. La teoría del hecho ilícito como marco de la teoría del delito*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1992, p. 23 y ss. En éste último autor puede hallarse un desenvolvimiento histórico de las ideas penales en Argentina (*Ideas penales contemporáneas*, Buenos Aires, Astrea, 1985).

³ Cfr. CARPIO, Adolfo P., *Principios de filosofía (una introducción a su problemática)*, 2ª edición, 4ª reimpresión, Buenos Aires, Glauco, 2003, p. 199.

el punto de vista valorativo.

El positivismo⁴ constituyó una romantización de la ciencia, su exaltación como única guía de la vida particular y asociada del hombre, esto es, como único conocimiento válido. Entre sus principales formulaciones se encuentra la regla según la cual el método de la ciencia es puramente descriptivo, en el sentido de que describe hechos y exhibe las relaciones constantes verificadas entre ellos, las cuales se expresan mediante leyes y permiten la previsibilidad de sus cursos causales.

En armonía con ello, Fernández Carrasquilla sostiene:

(...) lo característico de estos enfoques causales-explicativos es el tomar los fenómenos criminales como hechos naturales, de suyo materiales y perceptibles y a la vez explicables, completamente a la luz del principio de causalidad (que, como se sabe, sólo es propiamente tal en el campo de la física)⁵.

Sobre tales coordenadas, se edificó un concepto de *acción* que sólo aprehendía como único dato óntico cierto elemento acreditable empíricamente, circunstancia que redujo a dicho presupuesto del delito a un *mínimo de voluntariedad en el movimiento corporal* que producía un cambio en el mundo. Tal fue el contenido del carácter genérico del hecho punible en el esquema conocido como *sistema Liszt-Beling*, y sobre la base de éste, el injusto quedó configurado como un ámbito puramente objetivo y descriptivo que sólo captaba meros procesos causales puestos en marcha por el accionar humano, del cual se desprendían resultados desvalorados formalmente por el derecho⁶. De este modo, al relegarse el estudio de todo

4 Según Abbagnano, Saint-Simon fue el primero en adoptar el término para designar el método exacto de las ciencias y su aplicación a la filosofía. Por su parte, Auguste Comte tituló su filosofía con este apelativo, a partir de lo cual el concepto pasó a designar la gran dirección filosófica de la segunda mitad del siglo XIX (Cfr. ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario...*, op. cit., p. 936). Destaca Carpio que si bien la expresión fue puesta en circulación por Comte, también puede adjudicársela a Hume (CARPIO, Adolfo P., op. cit.).

5 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal liberal de hoy*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2002, p. 90.

6 Cfr. LISZT, Franz von, *Tratado de derecho penal*, traducción de Luis Jiménez de Asúa, 3ª edición española, Madrid, Reus, 1926/1927, vols. I y II. Ello constituye una idea de injusto basada exclusivamente en el carácter disvalioso de las consecuencias del acto, circunstancia que supedita la juridicidad del obrar humano a la positiva valoración de sus consecuencias y que se manifiesta objetivamente por el derecho a través de la norma. A propósito de semejante concepción del ilícito, se ha expresado con notable claridad Jaime Malamud Goti. Según él, dicha concepción “se limita a dar cabida en el injusto sólo a la

dato subjetivo al ámbito de la culpabilidad, el sistema dogmático construyó un modelo en el que *todo lo objetivo iba a dar al injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad*, entendida ésta como el vínculo psicológico que une al autor con el injusto.

Sobre la base de lo expuesto, no cabe duda acerca del papel trascendental que cumplía el resultado en la conformación del ilícito, pues éste quedaba limitado al puro desvalor de la consecuencia del acto, conforme a un concepto de acción reducido a mero proceso causal. Resulta obvio que tal razonamiento es incapaz de eliminar del derecho penal la responsabilidad objetiva; por el contrario, su consecuente aplicación conduce forzosamente al *versarii in re illicita*, pues en la medida en que se menoscaba un bien jurídico es necesario que alguien responda por ello.⁷

2. Neokantismo y escuela neoclásica

La crisis de la certidumbre filosófica del positivismo naturalista y de la física newtoniana permitió generar, a comienzos del siglo pasado, las condiciones de posibilidad para que la especulación racional renaciera con vigor. Se impulsó así una renovación de las fuentes ideológicas de sustentación plasmada en una vuelta a los postulados filosóficos de Kant, aunque esta vez llevados al extremo.

Mientras que para Kant las *cosas en sí* eran inaccesibles –dado que sin entendimiento ningún objeto podría ser pensado–, para los neokantianos directamente no existían. El impacto penal de esta última tendencia a través de la escuela de Baden permitió que se afirmara que los valores crean y ordenan los entes que valoran. Ello parece proyectar el discurso filosófico de esta doctrina sobre horizontes a los cuales Kant nunca apuntó, pues tal como señala

valoración de aquello que la acción produce, excluyendo así toda calificación del acto en sí. Esto implica prescindir de la idea de acción prohibida (...). De esta manera el concepto de deber no ingresa para esta corriente como piedra de toque de la antijuridicidad” (MALAMUD GOTI, Jaime E., *La estructura penal de la culpa*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976, pp. 32-33).

⁷ Cabe destacar al respecto, que la tendencia al *versarii in re illicita* del pensamiento dogmático-causal se evidencia en los supuestos de *delitos cualificados por el resultado*, pues en estos casos la ley vincula una pena mayor a la consecuencia especial que se une al hecho. De ahí que fuera necesaria la inclusión del §56 al Código Penal alemán: “si la ley vincula una consecuencia especial del hecho con una pena superior, ésta se le impondrá al autor únicamente cuando produzca la consecuencia por lo menos con culpa”. En igual sentido, y para un análisis más detallado, cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 165 y ss.

Arthur Kaufmann, “lo esencial en la crítica del conocimiento de Kant es que sólo concede al entendimiento la capacidad de pensar el objeto de la percepción sensible, es decir, no le atribuye ninguna facultad de conocimiento creador, sino sólo la espontaneidad de conocimientos”⁸.

Ciertamente, el propio Kant, en las palabras con que inicia la introducción a su *Crítica de la razón pura*, señala que el conocimiento se genera a partir de la experiencia y no consiste exclusivamente en el desarrollo de una pura actividad intelectual:

No hay duda alguna de que todo nuestro conocimiento comienza con la experiencia. Pues, ¿por dónde iba a despertarse la facultad de conocer, para su ejercicio, como no fuera por medio de objetos que hieren nuestros sentidos y ora provocan por sí mismos representaciones, ora ponen en movimiento nuestra capacidad intelectual para compararlos, enlazarlos, o separarlos, y elaborar así, con la materia bruta de las impresiones sensibles, un conocimiento de los objetos llamado experiencia? *Según el tiempo*, pues, ningún conocimiento precede en nosotros a la experiencia y todo conocimiento comienza en ella.⁹

Más aun, el propio Welzel se encargó de denunciar el modo injusto con que la literatura penal de su tiempo se refería a la filosofía de Kant:

Dijimos que se hacía referencia de forma injusta a Kant. Este autor jamás dijo que nosotros hacemos que las cosas sean lo que a nosotros nos parezcan. Cuando dice que la razón prescribe las leyes de las cosas, no hace referencia a nuestra razón, sino al *puro*

8 KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 70. Ciertamente, el propio Kant afirmó que el conocimiento únicamente puede surgir de la unión de dos facultades: a) la *intuición sensible*, es decir, el modo según el cual somos afectados por los objetos y b) el *entendimiento*, esto es, la capacidad de pensar el objeto de la intuición. Al respecto, el filósofo alemán sostenía: “Ninguna de estas propiedades es preferible a la otra: sin sensibilidad ningún objeto nos sería dado, y sin entendimiento, ninguno sería pensado. Los pensamientos sin contenidos son vacíos; las intuiciones sin conceptos son ciegas” (KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Madrid, Alfaguara, 2002, p. 93). Sobre el tema, también puede consultarse, ABBAGNANO, Nicola, *Historia de la filosofía*, traducción de Juan Estelrich y J. Pérez Ballestar, Barcelona, Hora, 1994, v.II, p. 424 y ss. Expresa asimismo Schopenhauer: “Kant, lo mismo que Locke, dejó siempre subsistente la cosa en sí, es decir, algo que independientemente de nuestras representaciones que como tales no nos presentan más que fenómenos, existiera y sirviera de base precisamente a estos fenómenos” (SCHOPENHAUER, *Historia de la filosofía*, traducción de Edmundo González Blanco, Buenos Aires, Quadrata, 2003, p. 69).

9 KANT, Immanuel, *ib.*, p. 41.

entendimiento absoluto como unidad sintética de las categorías. Pero las categorías no son formas de *nuestra* comprensión, de *nuestro* modo de observación, de nuestras *gafas mentales*, sino son de un modo apriorístico puras condiciones lógicas de posibilidad de los objetos de la experiencia. Ellas no dicen nada sobre el modo de nuestra observación, sino sobre la legitimidad objetiva de los objetos.¹⁰

En efecto, según la postura kantiana, para el hombre, conocer no significa crear: el entendimiento humano no produce, al conocerla, la realidad que es su objeto. De esta manera, no es un entendimiento intuitivo para el cual el acto de conocer es un acto creador, dado que el entendimiento humano no intuye, sino que piensa; no crea, sino que unifica, y por ello debe serle dado por otra fuente el objeto que ha de pensar, lo múltiple que ha de unificar. Esta fuente es la sensibilidad.

En consecuencia, para que algo pueda ser pensado debe previamente existir, con lo cual Kant afirma que la existencia es algo exterior al sujeto cognoscente y constituye finalmente un material que es provisto por los sentidos.

No obstante, el cambio operado mediante el neokantismo no modificó el modelo objetivo-subjetivo manejado por el causalismo clásico, y ello es así, porque el nuevo enfoque no variaba en absoluto el concepto de acción que dicha sistemática manejaba.

De las distintas escuelas neokantianas, cabe mencionar, por su plena influencia en la dogmática penal, la *escuela sudoccidental alemana* o *escuela de Baden*, desarrollada en Alemania durante la segunda y la tercera década del siglo pasado.

Se ha dicho que este movimiento no introdujo cambios sustanciales respecto del esquema manejado hasta entonces. Sin embargo, permitió que se filtraran en el tipo penal ciertos elementos valorativos (normativos) y otros subjetivos (no el dolo, puesto que todavía quedaba relegado a la culpabilidad), y que se reconocieran las causas supra-legales de justificación de la mano del concepto de antijuridicidad material, así como el concepto normativo de culpabilidad elaborado por Frank en 1907, hipertrofiándose este último estrato y convirtiéndose en una

¹⁰ WELZEL, Hans, *Estudios de derecho penal*, Buenos Aires, B. de F., 2002, p. 150.

estructura compleja conformada como vínculo psicológico (por dolo o culpa) pero también como reprochabilidad del injusto a su autor. Evidentemente, todo permanecía casi igual. El injusto configuraba un compartimento predominantemente objetivo, fundándose en el desvalor del resultado, y sólo su materialización abría el debate subjetivo en la culpabilidad.

Sin duda, la apelación a las valoraciones y el abandono de la sistemática descriptiva fue un paso muy importante (su más alto desarrollo correspondió a Mezger¹¹). No obstante, las inconsecuencias sistemáticas¹² tampoco fueron superadas por este *nuevo* esquema, lo cual, sumado al riesgo que generaba partir de un idealismo valorativo en el que el valor o el desvalor creaban el ente valorado (o desvalorado), allanó el camino a la *teoría finalista de la acción* de Hans Welzel. Ello dio lugar a una renovación de la sistemática del delito que recibió también componentes fenomenológicos y que alcanzó su mayor apogeo durante los años sesenta y setenta, en pugna abierta contra el neokantismo versión Mezger.

De cualquier manera, el enfoque del neokantismo permitió –según se ha dicho– la incorporación del punto de vista axiológico al estudio técnico-jurídico, lo cual implicó cierto avance en el desarrollo de la dogmática penal con relación al esquema clásico que pretendía describir los fenómenos sociales del mismo modo en que se explica la *ley de la gravedad*.

En consecuencia, la interpretación de un texto legal ya no podía prescindir del criterio axiológico, puesto que de lo contrario resultaría imposible comprender la esencia de ciertas tipificaciones, como sucede con relación a la hipótesis de injuria, la cual sólo se entiende si se considera que algunas palabras se hallan provistas de un desvalor sociocultural –y por ende sustancialmente dinámico y relativo– susceptible de generar la ofensa y con ello el conflicto.

11 Cfr. MEZGER, Edmund, *Derecho penal*, Buenos Aires, Valleta Ediciones, 2004.

12 Acerca de las deficiencias del sistema dogmático con base causal en el ámbito de los delitos imprudentes, cabe remitir a la citada obra monográfica de Malamud Goti (op. cit., p. 34 y ss.). Advierte el autor que “resulta insuficiente para explicar la culpa toda concepción de lo injusto que contemple la mera causación del resultado” (p. 37). Sabido es, por otra parte, que los propios causalistas reconocen dicha insuficiencia y es por ello que pretenden superarla buscando el límite en el terreno de la antijuridicidad. La crítica a esa pretensión es formulada por el autor en el referido trabajo, donde se destaca que ésta conduciría necesariamente a que el derecho apruebe el efecto producido por la acción que en principio estaba prohibida (p. 38).

Suele aludirse casi burlescamente al modo en que un clásico debía de explicar aquel supuesto delictivo, dado que su pretendida neutralidad valorativa le impedía atrapar la esencialidad de la injuria así como el *Kern* del conflicto que producía.

No obstante, resulta claro que en el discurso necesariamente valorativo que reviste toda interpretación, no parece tarea menor la de delimitar con nitidez el objeto del método. En cualquier caso, como bien señala Fernández Carrasquilla:

El peligro de la interpretación jurídica no es, sin embargo, que en ésta haya valores, sino que en el discurso el intérprete sustituya los valores de la Constitución, la ley y los principios por su personal escala axiológica.¹³

3. Realismo aristotélico y finalismo

La filosofía de Aristóteles parte del propósito de acercar las ideas trascendentes de Platón a las cosas reales de nuestra experiencia sensible, para lo cual parte del ente tal como lo vemos y sentimos, individualizando tres elementos diferenciales: a) *substancia*; b) *esencia*; y c) *accidente*.

La palabra *substancia* alude a la cosa de la cual se predicen sus notas distintivas, es decir, tiene el sentido de unidad que soporta todos los caracteres del ente, y en griego se alude con la palabra *hipojéimenes*¹⁴, esto es, “que yace debajo”, que los latinos tradujeron con el término *substare*, “estar debajo”.

Por otro lado, todo lo que se dice de la *substancia*, es decir, el cúmulo de características que predicamos de la *hipojéimenes*, es lo que Aristóteles denomina *esencia*, que a su vez reconoce dos clases de elementos: aquellos sin los cuales la *substancia* no sería lo que es, y aquellos predicados cuya ausencia no afecta su real identidad. A estos últimos los llama *accidente*, porque el hecho de que los tenga o no los tenga, no entorpece para nada que sea lo que es.

Por consiguiente, lo que existe realmente son las *substancias* individuales; existe *fulano de tal* y no el concepto genérico o la idea de hombre. Precisamente por ello para Aristóteles existen las cosas individuales y el concepto desciende del *topos uranos* platónico y se posa sobre la existencia para hacerla inteligible y fijarla en el

13 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, op. cit., p. 54.

14 GARCÍA MORENTE, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 34ª edición, Buenos Aires, Losada, 2001, p. 92.

catálogo general de los seres.¹⁵

Ahora bien, en estrecho vínculo con el concepto de esencia de la cosa, Aristóteles distinguió lo que denominó *forma*, noción que denota el conjunto de caracteres que hacen que los entes sean lo que son, con lo cual *esencia* y *forma* prácticamente se confunden en la identidad de la *substancia*. Pero la forma de las cosas no responde a un capricho de las causas naturales, no es azarosa, puesto que los entes tienen la forma que deben tener, es decir, la forma que define la cosa.

Desde tal perspectiva, para Aristóteles, la forma de algo es lo que a ese algo le da un sentido, y ese sentido es la finalidad, el *telos*. De ahí que las cosas no son apreciadas en cuanto causas mecánicamente dispuestas en el mundo sino en cuanto a su disposición hacia la realización de un fin, y justamente por ello, para el filósofo griego, la definición de la cosa contiene su finalidad¹⁶. Esta teleología de la *naturaleza de las cosas* será transportada por Welzel a la dogmática jurídico-penal en franca contraposición con la construcción del neokantismo de Baden y a partir de acontecimientos políticos concretos.

Cabría preguntarse si las aberraciones acaecidas durante el régimen nacional-socialista en Alemania, no evidenciaron el peligro que se corre al explicar el mundo desde un idealismo extremo que no reconoce ninguna realidad en sí y fuera del sujeto cognoscente, al punto de postular que éste *crea* todos los objetos conocidos (así el acto de conocimiento sería un acto de creación). Desde luego, no puede responsabilizarse al neokantismo de Baden por la inhumanidad de los actos ocurridos durante esta época, pero la vuelta al realismo aristotélico vendría de la mano del descrédito de un momento especulativo que tal vez posibilitó, con su discurso, el afianzamiento de esa coyuntura.

Ciertamente, en ello radicó el gran esfuerzo de Welzel por ligar al legislador y al intérprete a ciertas estructuras de la realidad, a las que llamó lógico-objetivas¹⁷, y que existen como *cosa en sí* en

15 Cfr. GARCÍA MORENTE, Manuel, *ib.*, p. 93.

16 García Morente señala que el término griego *telos* significa “fin” (*ib.*, p. 95).

17 Una crítica a la concepción finalista de las estructuras lógico-reales puede encontrarse en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 101 y ss. Sobre el panorama de las tendencias ligadas a dicha teoría, cfr. BARATTA, Alessandro, “Anuario bibliográfico di filosofia del diritto”, p. 227 y ss.; RECASENS SICHES, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*.

el plano óntico. En efecto, si el legislador quiere regular dichas estructuras, deberá respetar su esencia, su existencia, su modo de *ser*, porque de lo contrario estaría regulando otra cosa distinta de aquello que pretende. La denominada *teoría de las estructuras lógico-objetivas* promueve justamente que el legislador se vincule con el mundo cuando menciona cualquier concepto –y por tanto, que respete el orden del mundo–, constituyéndose tal premisa en condición necesaria para el diseño de un modelo jurídico que procure tener alguna eficacia sobre el *ser*.

En el campo dogmático, la estructura por excelencia fue para Welzel el concepto de acción, que presuponía una voluntad de la que no podía escindir la finalidad *so pena* de dejarlo reducido a un mero proceso causal¹⁸. De este modo, la acción así concebida ingresaba al tipo con su finalidad, dando lugar a que el dolo y la imprudencia pasasen a ser considerados como modalidades típicas y saliesen de la culpabilidad¹⁹, con lo que, por otra parte, se homogeneizaba su carácter normativo, dado que el reproche y su objeto (culpabilidad y dolo) dejaban de situarse en el mismo nivel.

Con esto, la sistemática finalista adoptaba el modelo tripartito del delito, configurando una tipicidad compleja que reconocía dos aspectos: uno *objetivo* (acción, resultado y nexos causal) y otro *subjetivo* (esencialmente integrado por el dolo y la imprudencia). Este *tipo subjetivo* permitía poner coto a la cadena causal de atribución de resultados, funcionando así como verdadero límite en el proceso imputativo. La justificación también pasaba a reconocer su faz subjetiva al exigir voluntad de defensa como requisito de operatividad de la permisión, y finalmente la culpabilidad quedaba reducida a simple juicio de reproche, lo cual permitía distinguir el objeto de valoración de la propia actividad valorativa (valoración del objeto).

Lamentablemente, la recepción del finalismo en América Latina limitó su aporte al aspecto meramente sistemático, soslayando la esencia innovadora de su fundamento filosófico, sustancialmente en lo que atañe a la teoría del conocimiento de innegable base realista

18 Desde luego, para el sistema de comprensión del derecho penal la primera estructura real que debe respetarse es la funcionalidad política de los conceptos jurídicos. En este sentido, cfr. Zaffaroni, E. Raúl; Batista, Nilo; Alagia-Slokar, op. cit., p. 175.

19 En rigor, fue Hellmuth von Weber el primero en exponer un concepto de tipo enteramente mixto, el cual terminó de desarrollar hacia 1935. Al año siguiente, Graf zu Dohna elaboró un concepto complejo de tipo penal.

que adoptó Welzel y sobre la que apoyó su construcción dogmática.

Abbagnano destaca que la mayoría de las veces la defensa del realismo es sugerida por cierta forma de *naturalismo* o es dirigida a fundarla, puesto que dicha clase de gnoseología tiende a tomar como punto de partida de sus especulaciones precisamente la existencia o el modo de ser de la naturaleza. Por ello, según el pensador italiano, las tesis fundamentales de esta tendencia filosófica –sobre cuya base puede ser reconocida– son las siguientes:

- 1) el objeto del conocimiento no es parte o elemento del sujeto que conoce; 2) el objeto tiene un modo propio de ser, independientemente del conocimiento, pero reconocible y capaz de ser descrito.²⁰

Welzel tampoco escapó al casi inevitable naturalismo, y en ese marco, su teoría de las estructuras lógico-reales formó parte de la apelación general a la *naturaleza de las cosas*, en la que sustentó su doctrina de la acción final a partir de sugerencias recibidas de la psicología del pensamiento, en especial de la obra de Richard Höningwald.²¹

20 Abbagnano, Nicola, Historia de la filosofía, op. cit., vol. III, pp. 555-556.

21 En el prólogo a su obra *El nuevo sistema de derecho penal*, Welzel se encargó de desmentir cualquier vinculación de su teoría con el sistema filosófico de Nicolai Hartmann. Sin embargo, la íntima conexión que suele establecerse entre este último autor y el pensamiento welzeliano no parece caprichosa ni tampoco constituye una mera afirmación dogmática.

En su obra *Autoexposición sistemática*, Hartmann advierte que la actividad final es la capacidad de proponerse lo que aún no es real; de escoger medios para lo propuesto –hacia atrás desde él hasta el primer medio, que ha de estar en poder del que obra–; y luego, de realizar lo propuesto mediante la misma serie de los medios. Desde esta perspectiva, la actividad final presupone la previsión y predeterminación de la causalidad, y en ello no cabe duda acerca de la plena coincidencia con la doctrina de Hans Welzel.

Pero lo que, quizás, genere mayor certeza en favor de esta *relación de dependencia* es la concepción de Hartmann relativa a la negación de la posibilidad de una existencia libre dentro de un mundo ordenado por completo teleológicamente, pues el propio hacer y querer del hombre se hallaría incluido en la universal finalidad del proceso del cosmos y toda resolución propia no pasaría de ser una mera ilusión. En palabras del propio autor: “De modo diverso ocurre en un mundo causal: aquí nada está predeterminado, cada determinante que entra de nuevo puede cambiar la dirección del proceso. En un mundo semejante el hombre puede dirigir lo que sin él seguiría adelante en forma ciega (...). Pues él, el hombre, es vidente; su intervención es providente, predeterminante (HARTMANN, Nicolai, *Autoexposición sistemática*, México, Centro de Estudios Filosóficos-Universidad Nacional Autónoma de México, 1964).

Resulta claro que el concepto welzeliano de acción tiene plena correspondencia con el texto citado, bastando recordar al respecto su definición de dicha categoría dogmática como *ejercicio de actividad final*, fundada en la capacidad de previsión que tiene el hombre de las consecuencias de sus actos gracias a su conocimiento de la causalidad. En este sentido, surge incontestable la gráfica expresión de Welzel en

Por otra parte, Welzel sostenía el carácter fragmentario del conocimiento de los objetos a estudiar por las distintas ciencias y por ello advertía que cada saber debía evitar convertir sus abstracciones en la idea del objeto como un todo. Claramente expresa Zaffaroni que la definición de acción que efectúa el derecho penal es un *concepto jurídico* y que “es dudoso que el mismo Welzel haya querido significar otra cosa. En lo que insistía era en que el concepto jurídico no podía inventar lo que en el mundo no existe”.²²

Ello es así porque no hay un concepto de acción real, sino una realidad de la conducta humana respecto de la cual cada saber, conforme a sus intereses, abstrae lo que considera útil para su concepto de acción. Ciertamente, ello no puede ser de otro modo pues pretender que el concepto de acción que maneja el derecho penal es el único que refleja la verdad de dicho ente, implicaría dotar al saber penal de una omnipotencia y omnisciencia impropias de cualquier saber humano. De allí que nuestra aproximación sea fragmentaria y selectiva.

Dentro de lo que Welzel reputó imprescindible seleccionar para definir esa estructura, se encuentra la exteriorización de la voluntad, la mutación física y la finalidad que orienta todo obrar humano; y no porque –cabe reiterar– dichas propiedades pudieran atrapar la onticidad de la conducta como un todo, sino porque ellas permitían cumplir con el objetivo (*telos*) asignado al concepto dentro de su sistema dogmático.

Ciertamente, esta definición resolvía un problema propio de la época: el hallazgo de algún límite a la causalidad que resultaba inalcanzable desde la perspectiva de las construcciones anteriores plasmadas en las escuelas clásica y neoclásica de la teoría del delito.

Fue así como la teoría finalista de la acción excluyó la responsabilidad objetiva por principio: *sólo es posible concebir dentro del injusto una conducta dolosa o imprudente, y por tanto, sólo podemos incluir menoscabos a bienes jurídicos que aparezcan ligados a estas acciones dolosas o imprudentes*; por ello, la imputación personal cumple en el marco del injusto la función contenedora de la causalidad.

Queda claro entonces que Welzel nunca dejó de considerar que el tipo objetivo abarcaba el resultado, tanto en el delito culposo cuanto afirma que “la finalidad es por ello *vidente*, la causalidad *ciega*” (WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal*, Buenos Aires, B de F, 2001, p. 41).

como en el doloso, y que la incardinación del aspecto subjetivo dentro del ilícito operó como límite de la causalidad naturalística que llevaba al absurdo, puesto que se entendía básicamente desde la perspectiva de la *conditio sine qua non*, dado que ni la denominada teoría individualizadora de la causalidad adecuada de von Kries ni la relevancia típica de Mezger ofrecían criterios claros para la imputación de la acción al tipo objetivo.

Bajo tales aspectos, la sistemática welzeliana reconoció una limitación constructiva sustentada en el respeto al mundo y que implicó un giro copernicano respecto de las libres formulaciones del neokantismo. De acuerdo con lo expuesto, el modelo dogmático apuntado se abrió a las estructuras del mundo partiendo del aristotelismo, cuya base filosófica permitió reconocer como dato primario que el mundo existe y que tiene ciertos órdenes, de modo que si el derecho pretende regular algún ente, deberá hacerlo evitando cualquier manipulación del objeto a regular. Tal fue el aporte de la escuela finalista al saber jurídico-penal.

4. El normativismo ultrafinalista

La exaltación de la postura finalista desde el punto de vista de la *teoría de las normas* fue desarrollada por Armin Kaufmann. Este autor parte de que el bien jurídico surge como consecuencia de un primer momento valorativo que es eminentemente positivo (*la vida es sagrada*), y que a éste sigue un segundo juicio de valor plasmado sobre el acontecer, esto es, sobre todo acontecimiento que afecte la situación jurídica valorada positivamente, el cual a su vez podrá ser positivo o negativo según que el devenir fáctico conserve o lesione el producto de la primera valoración:

Todo aquello que afecta la situación jurídica valorada positivamente, es decir todo acontecimiento que lesiona un bien jurídico, cae bajo un juicio de valor negativo (...). Consecuentemente, (...) todo acontecimiento que provoque o facilite la aparición de aquella situación ha de ser valorado positivamente; se trata aquí de *valores de estados de cosas*".²³

Ciertamente, la voz *acontecer* alcanza no sólo a las obras humanas perturbadoras de bienes jurídicos sino también a las propias obras

23 KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Depalma, 1977, pp. 91-92.

realizadas por *seres naturales ciegos*. No obstante, Kaufmann precisa que de todos los sucesos se destacan aquellos producidos por el hombre, es decir, las acciones humanas en cuyo objetivo figuraba el perjudicar un bien tutelado, erigiéndose en el centro de la valoración la dirección final que el hombre imprime a sus conductas.²⁴

De este modo, el acontecimiento se transforma en la obra de la voluntad, la finalidad permite una imputación personal y la valoración alcanza al hombre transformando el *ilícito* en *personal*. Finalmente, Kaufmann concluye:

(...) el contenido de una prohibición es, por tanto, siempre una acción (final); pues sólo aquello para lo cual sería necesaria la dirección de la voluntad, puede ser inhibido por otra dirección correcta de voluntad”.

Tales consideraciones acabaron con la pretensión de una duplicidad normativa –en el sentido de norma de valoración y norma de determinación–, pues la norma es un juicio de *deber hacer* o de *no deber hacer* sustentada en un juicio de valor cuyo objeto se propone alcanzar. Dado que toda norma pretende influir sobre la psiquis del destinatario, necesariamente ha de tener por carácter la *obligatoriedad*, y por ello, sólo las normas de determinación podrán asumir dicho rasgo, pues los juicios de valor, en sí mismos, jamás podrán resultar obligatorios.

Sobre tales bases, Armin Kaufmann propició la equiparación de pena para los supuestos de delito consumado y tentativa acabada y, respecto del delito imprudente, redujo el resultado a mera condición objetiva de punibilidad, aunque no llegó a trasladar dicho esquema al campo de los delitos dolosos.

De todos modos, el pensamiento de Diethart Zielinski se encargó de completar el camino iniciado por Armin Kaufmann y, como en éste, su punto de partida consistió en la comprobación de la *comunicabilidad del contenido normativo*. Siendo que el orden jurídico tiene la misión de regular la convivencia humana, tan sólo podrá cumplir dicha función si se dirige a la voluntad de los hombres a efectos de que orienten sus actividades en el sentido que aquél lo desee –es decir, ejecutando acciones valiosas y omitiendo las disvaliosas. Tales coordinadas llevaron a Zielinski a fundar el ilícito de los delitos dolosos y culposos en la exteriorización de

²⁴ Kaufmann lo expresa con la locución “composición teleológica de la voluntad del hombre”, op. cit., p. 93.

acciones no deseadas por la norma, y ello con prescindencia de que se produzcan los resultados que por su intermedio el derecho pretende evitar.

La investigación llevada a cabo por el autor en cuestión, moldeó un concepto de ilícito en el que el resultado no cumplía función alguna, desempeñando cierto papel en el ámbito de la punibilidad como criterio seleccionador de los delitos punibles (con lo que la norma regularía un ámbito mayor al amenazado con pena en el tipo legal). Así, el ilícito de los delitos dolosos quedaba agotado en la realización de una acción final opuesta al modelo ofrecido por la norma, mientras que en los delitos imprudentes aquél estaba configurado por la mera ejecución de una acción descuidada con la que el resultado se tornaba previsible. En síntesis, *sólo el desvalor de acción fundamenta el ilícito*, a partir de lo cual resultaría consecuente erigir en prototipo del injusto la *tentativa inidónea*.

5. Normativismo de orientación funcionalista

A partir de los años setenta, se da inicio a los ensayos de una construcción sistemática teleológica, cuya esencia prescribe que los conceptos jurídico-penales no pueden prescindir de sus fines político-criminales. Esta vertiente dogmática post-finalista reniega de la exigencia de todo dato óntico en la base del edificio sistemático del delito, pues su método finca en la conformación de un *sistema abierto* a partir de consideraciones axiológicas que permitan identificar los valores de referencia de cada categoría del sistema.²⁵

Se trata de una corriente que recibe una fuerte influencia del funcionalismo sistémico sociológico, doctrina que hace del *sistema social* el eje central de su teoría y cuyos autores más destacados son Talcott Parsons en los Estados Unidos y Niklas Luhmann en Alemania. Pero en lo que a nuestro saber respecta, pueden apreciarse dos corrientes funcionalistas: una moderada, representada por Claus Roxin, y otra radical, cuya cabeza visible es Gunther Jakobs.²⁶

25 Un examen minucioso de la cuestión puede encontrarse en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.

26 Vives Antón distingue dentro del ámbito de la dogmática penal dos clases de funcionalismo: uno que denomina *funcionalismo teleológico*, cuyos planteamientos conducirían a resultados paralelos a los que en sociología obtiene el funcionalismo estructural; y otro que llama *funcionalismo estratégico*, que evidenciaría la presencia de muchos de los rasgos del funcionalismo sistémico. Ahora bien, el autor señala que también se habla de un funcionalismo *moderado* (al cual define como *teleológico*) y de un funcionalismo *radical* (al que caracteriza

Roxin propone un proyecto de sistemática que reivindica al neokantismo en virtud de la clara orientación político-criminal conforme a la teoría de los fines de la pena. En su planteamiento está la necesidad de superar la contradicción entre lo dogmáticamente correcto y lo político-criminalmente necesario, valla que supera orientando lo primero a las valoraciones que proceden del ámbito de lo segundo.

A partir de ello, obtiene dos características específicas para su sistema: por un lado, su teoría de la imputación objetiva²⁷, que tiene por fin la normativización del tipo objetivo para no reducirlo a la simple causalidad, proponiendo su reemplazo por la creación de un riesgo no permitido dentro del fin protector de la norma; por otro lado, amplía la culpabilidad hasta convertirla en una categoría de responsabilidad, en la que debe tomarse ineludiblemente en cuenta la culpabilidad como condición de cualquier pena, pero también la necesidad preventiva (general y especial) de la sanción penal.

Ya se ha dicho que el representante por excelencia de una radicalización de la construcción sistémica del modelo dogmático-penal es Jakobs. Dicho autor –pese a proclamar su filiación welzeliana– invierte por completo la premisa de Welzel, pues sostiene que ningún concepto con relevancia dogmática está vinculado a datos prejurídicos, sino que todos se construyen absolutamente en función de la tarea del derecho penal y, por ello, todos han de resultar conceptos jurídico-penales.²⁸

En este sentido señala Polaino Navarrete que la construcción de Jakobs representa una profunda escisión en la evolución de la dogmática jurídico-penal pues implica el pasaje de un sistema ontológico a uno funcionalista-normativista.²⁹

como *estratégico*), éste último vinculado con el pensamiento de Jakobs y el primero representado por Roxin (vid. VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 434 y ss.).

27 Cabe remontar los antecedentes de la teoría de la imputación objetiva de Roxin a los trabajos del neokantiano Honig y del neohegeliano Larenz (cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, Edersa, 1992, p. 19 y ss. y 34 y ss.).

28 Ello no hace más que evidenciar el claro retorno al idealismo valorativo neokantiano, que conduce a la omnipotencia del derecho, que todo lo crea en función del dato axiológico y con total prescindencia de la realidad (dato óntico). Nótese que Jakobs no sólo se limita a construir los tradicionales conceptos de *acción* y *culpabilidad* sino que su empresa edificante abarca también conceptos tales como el del propio *sujeto* (cfr. JAKOBS, Gunther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, Civitas, 1996, p. 50 y ss.).

29 Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, México D.F., Porrúa, 2001, p. 202.

Al asignarle una función puramente preventiva (general) a la pena³⁰, su concepto de culpabilidad depende exclusivamente de la demanda de prevención general positiva (de reforzamiento de la confianza en el derecho) y, por lo tanto, deja a un lado la real posibilidad que ha tenido el sujeto de poder hacer algo diferente, no lesivo o menos lesivo.

Pero quizás sea el aspecto neohegeliano de su teoría de la pena lo que termine relativizando la función material de garantía que cumple la afectación del bien jurídico en la definición de lo ilícito. En efecto, la pena no haría más que afirmar la vigencia del derecho negando la negación que de éste proclama el delito, con lo que en última instancia el bien jurídico se espiritualiza o queda reducido a la norma misma, y la ilicitud a su desobediencia.

Por consiguiente, la causación de la muerte de otro se convertiría en el homicidio de la norma que prohíbe esa causación y no en el del hombre de carne y hueso que pierde su vida por la acción de un tercero. La posibilidad de pensar siquiera que alguien pueda resultar inculpa por *homicida de la norma* sólo es factible en el marco de un planteamiento transpersonalista, donde lo que pretende tutelarse penalmente es la vigencia de un sistema social por encima de los individuos que lo componen.

Quizás por ello haya cobrado mayor importancia el recurso a la denominada *función simbólica* de la ley penal. Ella presupone de algún modo el carácter mítico del poder punitivo como instrumento estatal susceptible de solucionar el conflicto creado por el delito. Desde esta perspectiva, el fundamento de la pena radicaría lisa y llanamente, en el efecto psicológico que ella generaría en los integrantes de una sociedad, que se expresaría en la convicción de que las normas se aplican y de que así se protegen bienes jurídicos.

31

Pero más allá de esta objeción, cabe someter a enjuiciamiento

30 Cabe aclarar que Jakobs no sólo asigna a la pena la función integradora (prevención-integración) sino que también le confiere un fin retributivo al mejor estilo Hegel. En efecto, la dialéctica triádica hegeliana —en que toda *tesis* reconoce una *antítesis* con la cual se niega y afirma al mismo tiempo en una *síntesis*— intentaba fundar la imposición de un castigo sosteniendo que el delito constituía la negación del derecho y la pena venía a negar el delito y la negación de la negación daba por consecuencia la *afirmación del derecho*. Hoy Jakobs sostiene que el delito desautoriza la norma y que la pena restaura la autoridad de ésta *afirmando su vigencia*.

31 No acepta la pretendida función simbólica del derecho penal, Polaino Navarrete, Miguel, op. cit. pp. 209 y ss.

crítico la propia idea de *tutela penal*, que se concretaría mediante la habilitación de un proceso de criminalización que derive en la imposición de una pena.

De cualquier manera, este debilitamiento del concepto de bien jurídico concretado mediante el funcionalismo sistémico penal no resulta novedoso, sino que más bien implica un retorno a un proceso que, como señala Ferrajoli, tuvo lugar en la sociedad alemana de comienzos del siglo XVIII. Por entonces, el concepto de bien jurídico se desmaterializó definitivamente, transformándose de criterio de delimitación en instrumento positivo de legitimación política de intereses directamente asumidos como valores ético-culturales. Como consecuencia de ello, la línea divisoria entre derecho y moral se desdibujó.³²

Si el aporte de Welzel fue precisamente abrir la ventana del derecho penal, quitarle el velo que le impedía ver el mundo sensible y su realidad operativa, la oportunidad de que el funcionalismo permitiera el ingreso de los datos sociales por dicha abertura no fue finalmente aprovechada, pues su versión más radical cayó en la legitimación de un poder punitivo susceptible de ser activado para mantener un determinado *status quo*, con independencia de su contenido ético.

Las experiencias latinoamericanas de seguridad nacional no son tan lejanas en el tiempo, y las actuales *campanas de ley y orden* sumadas a las leyes de los legisladores que suelen orientar sus decisiones conforme al rédito político, son el caldo de cultivo para el resurgimiento de la amenaza de un nuevo descontrol de las agencias ejecutivas que descargan todo su arsenal contra los sectores más subalternos de la sociedad. Este fenómeno, en países tan poco industrializados como los de nuestro margen, se agudiza de modo casi intolerable.

A esta prolongada coyuntura latinoamericana, sustentada en el *eterno retorno de los discursos de emergencia*³³ que señalan amenazas revestidas de las peores consecuencias para la humanidad,

32 Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón (Teoría del garantismo penal)*, Madrid, Trotta, 1995, p. 469.

33 Bertrand Russel, citado por Borges, afirma: “La hipótesis de que la historia es cíclica puede enunciarse de esta manera: formemos el conjunto de todas las circunstancias contemporáneas de una circunstancia determinada; en ciertos casos todo el conjunto se precede a sí mismo (*An Inquiry into Meaning and Truth*, 1940, p. 102)” (BORGES, Jorge Luis, “El tiempo circular”, en *Historia de la eternidad*, Madrid, Alianza, 1998, p. 110).

los estados responden con su herramienta más poderosa y menos racional: el poder punitivo y su crudeza, proporcional al nivel de violencia que supone la amenaza.

En cualquier caso, ni la conminación penal ni su efectivización en la pena han logrado proteger –hasta el momento– bien jurídico alguno, incluso cuando se considere que, en última instancia, éste se encuentra configurado por propia norma de determinación.

Como bien señala Zaffaroni, el bien jurídico es un concepto indispensable para la concreción del *principio de lesividad*, lo cual ha sido evidente en los momentos más liberales, y no menos claro ha resultado su desplazamiento en procesos totalitarios y a partir de construcciones afiliadas al idealismo hegeliano o al positivismo biológico policial³⁴. Por ello, advierte el valioso autor argentino, no debe confundirse el uso limitativo del concepto de bien jurídico con su uso legitimante, dado que este último deriva en el pre-tendido *bien jurídico tutelado*. Al respecto, Zaffaroni sostiene:

*El mito del bien jurídico protegido o tutelado, que se racionaliza con la teoría imperativista del derecho, presupone aceptar la eficacia protectora del poder punitivo consagrada de modo pretendidamente deductivo, según la cual, si una norma prohíbe una acción que lo lesiona, es porque lo tutela o protege y, por ende, al no poder prohibir resultados la pena adquiere un sentido policial preventivo. Se trata de una premisa que consiste en un juicio falso: las normas protegen o tutelan bienes jurídicos. Este juicio, al verificarse la operatividad de poder punitivo, al menos en la mayoría de los casos, resulta con un valor de verdad falso.*³⁵

En consecuencia, el concepto legitimante y el limitativo de bien jurídico no pueden confundirse, ya que han tenido origen en épocas diferentes y según objetivos político-criminales diametralmente opuestos. La última de las acepciones aludidas resulta indispensable para hacer efectivo el principio de lesividad. Su minimización en la teoría del delito se produce contemporáneamente en los dos momentos de Bonn: el monismo subjetivista y el funcionalismo sistémico de Jakobs.³⁶

Esta última vertiente de la llamada Escuela de Bonn parece reducir

34 Cfr. ZAFFARONI–ALAGIA–SLOKAR, op. cit., p. 486.

35 Ibídem.

36 Ibídem.

el concepto de bien jurídico a la validez fáctica de las normas y establecer su afectación mediante la verificación de la violación al rol que defraudaría las expectativas sociales en él depositadas.