

¿Qué queda del finalismo en Latinoamérica?¹

1. La esencia del aporte del ontologismo welzeliano

En el transporte del finalismo a América latina, muchas veces, desde una perspectiva notoriamente estrecha, se limitó su aporte al aspecto sistemático de la teoría del delito. Si bien éste es innegable, lo cierto es que el tipo complejo había sido concebido por Hellmuth von Weber en 1929² y por Alexander Graf zu Dohna en 1936³, y que su innovadora perspectiva del tipo culposo es una creación tardía dentro de la sistemática welzeliana⁴. Esta estrechez conceptual pasa por alto la esencia innovadora de su fundamento realista, especialmente en cuanto a la teoría del conocimiento que asumió como punto de partida, o sea, en la aplicación de la teoría de las *estructuras lógico-reales* (*sachlogischen Strukturen*) a la elaboración jurídico-penal, que contrastaba frontalmente con el punto de partida de la construcción neokantiana⁵.

Cuando se lo valora desde esta visión de conjunto más amplia, el finalismo aparece enmarcado en un fuerte movimiento de renovación del pensamiento jurídico alemán inmediatamente posterior a la culminación de la contienda mundial y que

¹ Si bien no es académicamente adecuado reiterar la publicación de un trabajo, dado que desde la desaparición de Alessandro Baratta se me han solicitado varias colaboraciones, he decidido violar las reglas usuales. Antes que contribuir con algún tema extraño a las preocupaciones del Prof. Baratta, prefiero reiterar un desarrollo en el que pongo de relieve la forma en que éste conmocionó mi pensamiento y me impulsó a buscar un cambio profundo del punto de vista constructivo tradicional. No podría sintetizar de mejor manera que en este escrito lo que considero su aporte deconstructivo fundamental a la teoría penal. Por ello, desde la primera entrega lo dediqué a su memoria, por su generosidad con nuestra región y porque se nos fue cuando más lo necesitábamos

² Weber, Hellmuth von, *Grundriss des tschechoslowakischen Strafrechtes*, Reichenberg, 1929, pp. 13 a 19; especialmente, *Zum aufbau des Strafrechtssystems*, Jena, 1935.

³ Dohna, Alexander Graf zu, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 1ª ed. Bonn, 1936.

⁴ Welzel en un momento se refirió a la “finalidad potencial” en la culpa, lo que le fue criticado y determinó su nueva elaboración. Sobre las críticas a esta primitiva elaboración, Niese, Werner, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1951; Rodríguez Muñoz, José Arturo, *La doctrina de la acción finalista*, reed. Valencia, 1978.

⁵ Mezger, Edmund, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlin-München, 1950.

corresponde a la etapa de reconstrucción o fundacional de la República Federal⁶. La tónica de los primeros años de posguerra presentaba marcados acentos jusnaturalistas y respondía a la necesidad de proveer a los jueces argumentos limitativos de la potestad del legislador, en un momento en que el constitucionalismo aún carecía de ley fundamental o era incipiente su vigencia, la confianza en su estabilidad estaba debilitada con la triste experiencia de Weimar y el derecho internacional de los Derechos Humanos sólo contaba con una Declaración y estaba huérfano de todo instrumento convencional universal y el regional europeo (Convención de Roma) aún no existía o no había cobrado real vigencia. Siguiendo esta corriente, la jurisprudencia constitucional de la época en varias ocasiones apeló a argumentos jusnaturalistas. En este contexto la teoría de las estructuras lógico-reales forma parte de la apelación general a la *naturaleza de las cosas*⁷ y es la menos pretenciosa de sus manifestaciones⁸, calificada incluso como una suerte de derecho natural en sentido negativo⁹. El propio

⁶ Una idea de este contexto en Jacobsen, Hans Adolf-Dollinger, Hans, *110 Jahre Deutsche Geschichte. Vom Kaiserreich zum Bundesrepublik*, München, 1979, pp. 260 y ss.

⁷ En torno de la “naturaleza de las cosas” se produjo una impresionante bibliografía en su momento, tanto a favor como crítica. Sin ánimo de agotarla, vale la pena mencionar la siguiente: Radbruch, Gustav, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, en “Fest.f. Rudolf Laun”; Tjong, Zong Uk, *Über die Wendung zum Naturrecht bei Gustav Radbruch*, en “ARSP”, LVI, 1970; Ballweg, Ottmar, *Zu einer Lehre der Natur der Sache*, Basel, 1960; Schambeck, H., *Der Begriff der “Natur der Sache”*, Wien, 1964; Recasens Sichez, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*, México, 1971; Maihofer, Werner, *Droit naturel et nature des choses*, en “ARSP”, LI, 1965; del mismo, *Recht und Sein*, Frankfurt, 1954; también, *Naturrecht als Existenzrecht*, Frankfurt, 1963; Stone, Julius, *The “nature of things” on the way of Positivismus?*, en “ARSP”, L, 1964; Garzón Valdez, Ernesto, *Über das Verhältnis zwischen dem rechtlichen Sollen und dem Sein*, en “ARSP”, LI, 1965; Dieter, Lerner, *Die Verbindung von Sein und Sollen als Grundproblem der normativen Kraft der “Natur der Sache”*, en “ARSP”, L, 1964; Tammelo, Ilmar, *The “Nature of things” and the objective import of value judgements*, en “ARSP”, LV, 1969; Kaufmann, Arthur, *Analogie und Natur der Sache*, Karlsruhe, 1965; del mismo, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, 1967; Baratta, Alessandro, *Gedanken zu einer dialektischen Lehre von der Natur der Sache*, en “Gedächtnisschrift f. G. Radbruch”, Göttingen, 1968; del mismo, *Juristische Analogie und Natur der Sache*, en “Fest.f. Erik Wolf”, Frankfurt, 1972; Cerezo Mir, José, *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, en “Rev. Gral. De Legislación y Jurisp.”, Madrid, 1961; Stratenwerth, Günther, *Die rechtstheoretische Problem der “Natur der Sache”*, Tübingen, 1957; Fechner, Erich, *Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1956; del mismo, *Rechtsphilosophie, Soziologie und Metaphysik des Rechts*, Tübingen, 1962.

⁸ Baratta, Alessandro, *Il problema della natura del fatto. Studi e discussioni negli ultimi dieci anni*, en “An. Bib. di Filosofia del Diritto”, 1968, pp. 227 y ss.

⁹ Asi, Julius Moor, cit. por Engisch, Karl, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, München, 1971, p. 240.

Welzel se hizo cargo de la limitada ambición de su jusnaturalismo existencial (por oposición al idealista)¹⁰, advirtiendo que mayor consuelo sólo puede buscarse en el convento¹¹.

El propio autor formuló la síntesis de su teoría, rechazando el pretendido caos del mundo real propio del neokantismo, para afirmar la existencia de un mundo con pluralidad de órdenes a los que se vincula el legislador y el derecho, y cuya desconocimiento provoca ineficacia, salvo el de la estructura lógico-real fundamental, que es el que vincula el derecho con la persona, cuya quiebra implica la negación misma de la juridicidad¹². Sin duda que estas preocupaciones de Welzel estaban próximas a las de Gustav Radbruch, puesto que ambos compartieron las mismas vivencias trágicas de su historia nacional: el acento preferencial por la seguridad jurídica de Radbruch y la excepcionalidad de la negación del derecho en nombre de la justicia¹³, tienen marcado paralelismo con la mera ineficacia que reconoce Welzel a la quiebra de las estructuras lógico-reales y a la excepcional consecuencia del desconocimiento de la estructura fundamental, como también a la curiosa expresión con que descarta las teorías más ambiciosas.

2. La teleología política constructiva de Welzel

De todas formas, como nunca es posible construir una teoría del derecho penal privada de teleología política, ésta se manifestaba expresamente en Welzel de modo diáfano: construía su derecho penal asignándole como objetivo la reafirmación de los valores elementales de la sociedad¹⁴. De allí deducía que cuanto más

¹⁰ Welzel, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1962, pp. 236 y ss.

¹¹ Welzel, Hans, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, en "Fest.f.Niedermayer", Göttingen, 1953.

¹² V. op. cit. y *Das Recht als Gemeinschaftsordnung. Einleitung zur Rechtsphilosophie*, en "Fest.f.Heinrich Henkel", Berlin, 1974, pp. 11 y ss.

¹³ Sobre ello, con abundante información, Vassalli, Giuliano, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001.

¹⁴ Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlin, 1969, p. 5.

elemental es un valor (o sea, cuando de más elemental cumplimiento es la regla que prohíbe su lesión), mayor es la reacción punitiva frente a las conductas que lo ofenden¹⁵. No es posible ignorar que esta teleología política constructiva, conocida y discutida como *etización del derecho penal*, se complementaba con su tentativa de limitar la amplitud de la potestad legislativa bajo el mismo marco político de su tiempo: después del desastre provocado por un Estado criminal, era necesario el reforzamiento de los valores sociales elementales por parte del poder público, para preservarse a sí mismo como Estado de derecho.

La etización welzeliana no sólo requería el respeto por la estructura lógico-real fundamental que vincula al derecho con la persona, sino que también demandaba la observancia de las restantes, pues de lo contrario el derecho penal carecería de eficacia, es decir, no lograría su objetivo ético de reforzamiento de los valores elementales y, aunque siguiese siendo derecho, sería un derecho penal ineficaz. Precisamente esta condición es lo que le impulsa a sostener un concepto de acción o conducta anclado en lo óntico-ontológico, o sea su famoso *concepto finalista de la acción*, que luego llamará también *acción biocibernéticamente anticipada*¹⁶ y que tiene gran similitud con el esquema de Nicolai Hartmann, aunque precisa que ambos se nutrieron de la misma fuente en psicología¹⁷.

Este concepto lo contrasta con el de acción como construcción jurídico-penal del neokantismo de Baden¹⁸. Sobre esa base suprime Welzel la duplicidad de conceptos de acción (óntico y jurídico) de

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969, p. 37.

¹⁷ La procedencia de Hartmann la señaló Karl Engisch (*Der finale Handlungsbegriff*, en "Fest.f. Kohlrausch", Berlin, 1944, pp. 141 y ss.) y Thomas Würtemberger (*Der geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe, 1959, p. 6). Welzel respondió (en el prólogo de *Das neue Bild der Strafrechtssystem*) que tanto él como Hartmann habían tomado la idea de R. Höningwald, *Die Grundlagen der Denkpsychologie*, reimp. Darmstadt, 1965. Una investigación sobre las fuentes señaladas por Welzel, Tjong, Zong Uk, *Der Ursprung und die philosophische Grundlage der Lehre von den "sachlogischen Strukturen" im Strafrecht*, en "ARSP", 1968, pp. 411 y ss.

¹⁸ Mezger, Edmund-Blei, Hermann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1968, pp. 50 y ss.

esa corriente, para reivindicar un único concepto de acción. Desde la perspectiva de su teoría de las estructuras lógico-reales, un derecho penal eficaz requería un concepto jurídico de acción que coincidiese con el óntico-ontológico.

3. ¿Hasta qué punto su concepto de acción era óntico-ontológico?

Welzel no pretendía que su concepto de acción fuese universal, o sea, válido para todos los saberes o ciencias. Semejante pretensión hubiese sido omnipotente e irracional, pues importa nada menos que aspirar al agotamiento del conocimiento del protagonista de la acción, esto es, del ser humano. Nunca la antropología filosófica subyacente en el pensamiento welzeliano podía pretender semejante desatino. Por ende, no podía sustentar un concepto de acción impuesto desde lo óntico, pues ese concepto necesariamente hubiese sido universal. *Y aquí aparecía una contradicción nunca bien explicada: si el concepto era óntico debía ser universal, y si no era universal no podía ser óntico (en el sentido de que la realidad lo proporcionaba o imponía). Si no era universal no era óntico y, por ende, era jurídico-penal.*

Welzel mismo nunca aclaró esta aparente contradicción, quizá porque quedó envuelto en su propia terminología, que al fin resultó poco clara y en medio del debate hubiese sembrado más confusión al aceptar que su concepto también era jurídico-penal. Por otra parte, quizá el mismo objetivo político general de su construcción del derecho penal lo dificultaba: el desvalor, que radicaba en el choque con los valores elementales, requería la voluntad en la acción y su relevamiento penal en el tipo, y aceptar que ese desvalor recaía sobre una construcción conceptual jurídica era bien difícil. Es poco discutible que en este sentido Welzel volvía a fuentes aristotélicas

y escolásticas -especialmente a Duns Escoto¹⁹- y no era nada sencillo compatibilizar éstas con un concepto jurídico-penal de la acción desvalorada.

4. ¿El debate “finalismo-causalismo” fue una confusión?

¿Significa esto que el neokantismo llevaba la razón? ¿Estaba en la verdad éste cuando mantenía la duplicidad? ¿Si el concepto final de acción era jurídico, tenía alguna ventaja sobre el concepto neokantiano conocido como *acción causal*? ¿Todo el debate fue una confusión?²⁰

Estimamos que a algunas décadas de distancia, pasado el debate con el neokantismo, superado el marco político de su época y poniendo entre paréntesis de momento la teleología etizante del derecho penal, es posible plantear más claramente la cuestión. En efecto: el concepto welzeliano de acción era jurídico-penal. La acción o conducta humana nunca puede ser un concepto universal desde la perspectiva de una disciplina particular. Cada disciplina lo construye conforme a sus específicos intereses o preguntas. La sociología releva los aspectos interactivos, la psicología reflexológica y la conductista sus aspectos manifiestos, la profunda sus motivaciones inconscientes, etc. Y el finalismo welzeliano relevaba los aspectos necesarios para el juicio o desvalor de ilicitud o antijuridicidad. No relevaba la motivación porque no hace al

¹⁹ Stratenwerth, Günther, *Die Naturrechtslehre des Johannes Duns Scotus*, Göttingen, 1951.

²⁰ De la magnitud del debate da idea la enorme producción sobre el tema en la época. Sin pretensión de agotarlo, sirva ejemplo recordar: Welzel, Hans, *Um die finale Handlungslehre*, Tübingen, 1949; del mismo, *Vom bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, 1964; Wlf, E.A., *Der Handlungsbegriff in der lehre vom Verbrechen*, Heidelberg, 1964; Busch, Richard, *Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre*, Tübingen, 1949; Mezger, Edmund, *Moderne Wege*, cit., y del mismo, *Die Handlung im Strafrecht*, en “Fest.f.Theodor Rittler”, pp. 119 y ss.; Niese, Werner, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1951; Maihofer, Werner, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, Tübingen, 1953; del mismo, *Der soziale Handlungsbegriff*, en “Fest.f.Eb.Schmidt”, 1961, p. 156; Jescheck, Hans-Heinrich, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung*, en “Fest.f.Eb.Schmidt”, 1961, p. 139; Rittler, Theodor, *Die finale Handlungstheorie im Strafrechtssystem Maurachs*, en “Juristische Blätter”, Wien, 1955, 613; Nowakowski, Friedrich, *Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit*, en “JZ”, 1956, 36; etc.

injusto (*Unrecht*) y menos la motivación inconsciente, que sólo podrá ser una cuestión de ámbito de decisión relevante para la culpabilidad, aunque ónticamente no haya acción humana sin motivación consciente o inconsciente. No era un concepto óntico (impuesto por la realidad), sino un concepto jurídico-penal, elaborado a la medida de lo necesario para establecer el juicio de antijuridicidad.

Pero el concepto finalista es óntico en otro sentido: *toma de la realidad lo que necesita para cumplir con la finalidad política que le asigna al derecho penal, pero sin inventar lo que en la realidad no existe, a diferencia del neokantismo, que inventaba una voluntad sin finalidad.* Deja fuera la motivación y se queda con la voluntad, pero tal como se da en el mundo, o sea, con finalidad. Construye teleológicamente su concepto de acción jurídico-penal, tomando del mundo lo que necesita para la función que le asigna, pero sin inventar elementos o componentes que no existen en el mundo. Respeta el mundo, no lo inventa; lo que construye es el concepto de acción que, *como todo concepto del derecho penal, cumple una función de poder, simplemente porque está destinado a orientar las decisiones de un poder del Estado.* Hoy puede verse más claro que *lo óntico no impone un concepto determinado de acción, pero señala un límite infranqueable a la construcción jurídico-penal del concepto. Los datos ónticos son una barrera en la construcción de los conceptos, pero no lo imponen, sólo lo condicionan.*

Esta limitación constructiva puede llamarse *respeto al mundo*, y no está reducida al plano de la acción, sino que es una regla general para la construcción teórica del derecho penal. En esto -a nuestro juicio- radica el aporte más importante del finalismo. En este sentido implica un giro copernicano respecto de las libres construcciones del neokantismo, que le permitieron transitar los peores momentos políticos refugiado en un mundo imaginario. El

derecho penal que no respeta el mundo puede construirse como una técnica aséptica para resolver casos concretos, que permita a los jueces pasar impávidos por sobre los datos más terroríficos de la realidad. La ventana al realismo que abrieron las estructuras lógico-reales impide este autismo tecnocrático. El mundo existe, tiene órdenes, puede construirse la teoría penal con el objetivo político que se quiera, pero esos órdenes deben respetarse; el ser del mundo debe respetarse. De lo contrario, el derecho penal pierde toda eficacia para sus fines políticos manifiestos (sin perjuicio de que la tenga para los latentes, que prohíbe mencionar, porque los relega a un mundo extraño al jurídico y con el cual no se admite contaminación).

Por supuesto que esto abre una perspectiva totalmente innovadora respecto del falso ontologismo del positivismo criminológico y del constructivismo libérrimo del neokantismo. Sus consecuencias asustaron a muchos. Con toda razón algún reaccionario sagaz lanzó en nuestra región el rumor de que era una teoría *subversiva* y *comunista*. Otro, en una perfecta muestra de proyección psicológica, sostuvo que mencionar datos que el legislador no incorporó era una *ideologización política* del derecho penal²¹. El aporte de Welzel fue, precisamente, abrir la ventana del derecho penal, romper el candado que le vedaba la visión del mundo, aunque deslumbrado por la luz y limitado por su posición en el tiempo no sacase de eso todas las consecuencias, lo que no era humano exigirle.

5. Las ciencias sociales verifican la quiebra de las estructuras lógico-reales

Al mismo tiempo que llegaba el ocaso del debate entre causalismo y finalismo en el derecho penal alemán, la sociología

²¹ Bayardo Bengoa, Fernando, *Dogmática jurídico penal. Reformulación y perspectivas*, Montevideo, 1983, p. 28.

norteamericana sumaba nuevos aportes a otros más venerables y ponía de manifiesto las falsedades que sobre la realidad del ejercicio del poder punitivo eran más corrientes en la construcción de la teoría penal y, sobre todo, en las pretendidas teorías de la pena y sus efectos de *sentido común*. Con el funcionalismo de Robert Merton, la teoría de las subculturas, la asociación diferencial de Sutherland, el interaccionismo simbólico de Mead, el etiquetamiento (*labelling approach*), la construcción social de la realidad descrita por las corrientes fenomenológicas y otras contribuciones, se había ido formando una criminología norteamericana de corte liberal, cuyas conclusiones no era posible negar. Cabe destacar que no se trataba de la criminología crítica ni de la radical, sino de la que se nutría de las tendencias corrientes en la sociología estadounidense. Bastaba con esta sociología, en parte bastante tradicional e incluso fuertemente criticada por los radicales²², para que los datos del *sentido común* incorporados a la dogmática jurídico penal -y que hasta ese momento se habían admitido como verdad de fe- quedasen desbaratados.

Alessandro Baratta, que por cierto dedicó importantes trabajos al movimiento filosófico-jurídico de los primeros años de posguerra, en un breve artículo publicado en 1979, hizo el balance de esta demolición, afirmando que las llamadas *teorías del sentido común* (las *everyday theories*) eran desmentidas desde el campo sociológico. Esquematizaba el núcleo de la ideología penal introducida en la dogmática en los siguientes principios: (a) del bien y del mal, conforme al cual el delito es el mal y la sociedad el bien (puesto en crisis por la teoría de la anomia); (b) de culpabilidad (puesto en crisis por las teorías de las subculturas); (c) de legitimidad, según el cual el poder punitivo expresa la voluntad de la sociedad (puesto en crisis por las teorías psicoanalíticas); (d) de

²² Por todos, Taylor-Walton-Young, *The New Criminology. For a Social Theory of Deviance*, London, 1973.

igualdad (demolido por el etiquetamiento); (e) del fin y la prevención, según el cual la pena cumple fines preventivos en la realidad social (puesto en crisis por todas las investigaciones que muestran el efecto reproductor, como la llamada desviación secundaria)²³.

Baratta planteaba una alternativa que reflejaba la encrucijada en que -sin duda- se hallaba la dogmática jurídico penal: (a) una consistía en mantener la desintegración del saber sobre la cuestión criminal que había inaugurado el neokantismo de Baden y que Mezger había reafirmado en la posguerra²⁴ y profundizarlo por ese o por otro recurso metodológico, ampliando la brecha entre un derecho penal basado en afirmaciones de *sentido común* que eran sociológicamente falsas, (b) y otro, sobre el que daba pocas pistas, que consistía en crear un nuevo modelo integrado de derecho penal y criminología, por supuesto que muy diferente al del viejo positivismo criminológico peligrosista nutrido de racismo y reduccionismos biologizantes, como producto de una alianza de las corporaciones policiales con las médicas de la última parte del siglo XIX.

6. El desarrollo posterior de la dogmática jurídico penal tomó en cuenta la sociología

El riesgo para la dogmática jurídico penal tradicional era enorme, porque a través de la ventana abierta por Welzel amenazaba con introducirse la sociología norteamericana que nutría la criminología liberal y, a modo de vendaval, poner a volar todos los papeles del derecho penal. El mundo imaginario del derecho penal caería como un castillo de naipes al menor soplo de esta

²³ Baratta, Alessandro, *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, en "La Questione Criminale", anno V, n.2, maggio-agosto 1979. En este artículo adelantaba parte de su contenido del libro que publicaría tres años más tarde: *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982.

²⁴ Mezger, Edmund, *Neue Wege*, cit.

información. Aunque la dogmática jurídico penal no hubiese cumplido sus promesas de ofrecer seguridad de respuesta y certeza en la previsión de las decisiones judiciales, de cualquier modo representaba un mínimo garantizador que corría el riesgo de desaparecer ante lo que se presentaba como la amenaza de un reduccionismo sociológico o político del discurso penal, frente al que no se vislumbraba el surgimiento de un nuevo saber jurídico penal alternativo. El penalismo no podía menos que experimentar cierto grado de pánico²⁵.

No puede extrañar que casi todo el penalismo intentase cerrar la ventana al realismo abierta por Welzel con su teoría de las estructuras lógico-reales para preservar la casa de la tormenta que ya se anunciaba con grandes nubarrones. Pero los primeros golpes de viento habían pasado. Aunque el grueso de la doctrina no hubiese optado por la teoría de las estructuras lógico-reales, ya nada era igual. El derecho penal no podía ignorar a la sociología, so pena de caer en el ridículo. De alguna manera debía incorporarla, para mantener su jerarquía científica. Si bien la mayoría de la producción manualística de los años siguientes parece orientarse por un camino *pragmático* que no se hace cargo del problema y se limita a perfeccionar o repetir esquemas teóricos *clasificatorios* que asumen el tipo complejo al estilo de Hellmuth von Weber²⁶, no es menos cierto que las innovaciones que desde el ocaso del finalismo han pretendido introducirse se hacen cargo de la necesidad de tener en cuenta la ciencia social, salvo el *postwelzelianismo* -hoy casi abandonado- del puro disvalor de acto²⁷.

²⁵ En parte también lo experimentamos. En una primera reacción intentamos responder los argumentos de Baratta (*Criminología y derecho*, en XXIX Curso Internacional de la Asociación Internacional de Criminología, Fundación Bartolomé de Carranza, Pamplona, 1980). La reflexión posterior nos convenció de que la tentativa era infructuosa.

²⁶ von Weber, Hellmuth, *Grundriss der Deutschen Strafrechts*, Bonn, 1946.

²⁷ Zielinski, Diethart, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973; Kaufmann, Armin, *Objektive Zurechnung bei Vorsatzdelikt?*, en "Fest.f.Jescheck", Berlin, 1985, pp. 251 y ss.

Las dos grandes exposiciones alemanas de conjunto más salientes y que innovan después del finalismo²⁸, rechazan la teoría de las estructuras lógico-reales, aunque -cada una a su modo- intenta tomar en cuenta la ciencia social. En Jakobs expresamente y en Roxin de modo tácito, se apela al funcionalismo sistémico sociológico. El funcionalismo sistémico parecía ofrecer la posibilidad de no ignorar la ciencia social, sin necesidad de mantener abierta la ventana welzeliana. En este sentido, tomando en cuenta el marcado tinte preventivista especial de la teoría de Roxin, su tentativa de vincular estrechamente la teoría del delito con la política criminal y, sobre todo, el marco ideológico en el que fue elaborando su sistema y el del *alternativ Entwurf* (vinculado al Estado de bienestar y a su consiguiente disminución de *factores sociales* del delito, desde la perspectiva de una criminología etiológica), es difícil negar una influencia -directa o indirecta- de la concepción sistémica de la sociedad de Talcott Parsons, como sociólogo del *New Deal*²⁹. En la teoría de Jakobs, por su parte, es expresa la referencia al funcionalismo sistémico de Niklas Luhmann³⁰.

El atajo que tomó la dogmática penal postwelzeliana para cerrar la brecha con las ciencias sociales sin alterar mayormente los esquemas anteriores, como era de esperar, se basó en una marcada acentuación del aspecto más cerradamente sistémico del funcionalismo. Esta preferencia pasa por alto que, si bien, en sociología es válida tanto una concepción sistémica como una conflictivista de la sociedad, la primera tendrá siempre dificultades

²⁸ Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 1ª ed., München, 1991; Jakobs, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, 1ª ed. Berlin, 1983.

²⁹ Una amplia bibliografía de Parsons, desde 1928 hasta 1982, en Hamilton, Peter, *Talcott Parsons*, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 179-192.

³⁰ Luhmann, Niklas, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, 1984 (*Sistemi Sociali, Fondamenti di una teoria generale*, Il Mulino, Bologna, 1990). Sobre Luhmann son interesantes los estudios de: Navas, Alejandro, *La teoría sociológica de Niklas Luhmann*, Pamplona, 1989; Giménez Alcover, Pilar, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Barcelona, 1993.

para explicar el cambio y la segunda para explicar los datos de permanencia, pero que ninguna de ambas es empíricamente verificable. Lo primordial en la sociología son los datos empíricos, y la concepción de la sociedad (sistémica o conflictivista) sólo es un marco teórico explicativo: es algo así como el armario en que van las tazas. Creemos que las dos formidables construcciones postwelzelianas, más allá de sus méritos y su elevado desarrollo técnico, al incorporar bases sociológicas para evitar un espléndido aislamiento suicida de la ciencia del derecho penal, priorizan el marco teórico (el armario) y dejan los datos (las tazas) en un segundo plano. Es claro que ninguna de ambas se hace cargo del principal dato social acerca del poder punitivo, que es su *extrema selectividad*. Se incorpora el discurso sociológico al derecho penal, pero sin que las objeciones de Baratta encuentren adecuada respuesta.

7. Las dificultades del atajo sistémico en los países poco industrializados

Hace más de dos décadas sostenía Baratta que *solo una scienza giuridica che per un periodo di tempo adeguato trasferisca il peso maggiore del proprio lavoro dalla interpretazione del diritto esistente alla critica di esso e alla progettazione del nuovo diritto può essere un'istanza esterna, non solo un'istanza interna al sistema penale, e raggiungere un campo e un grado di astrazione che le permettano di incontrarsi con la moderna criminologia al livello di questa*³¹. Era claro que depositaba poca confianza en el saber jurídico tradicional y aspiraba a un desplazamiento del eje de éste hacia la crítica de lo existente y la reforma de la ley y del sistema penal. Este reclamo debe contextualizarse advirtiéndole que es previo a la transformación globalizadora del poder planetario con la

³¹ Baratta, , en "La Questione Criminale", cit., p. 172.

ideología única del fundamentalismo de mercado y la broma del fin de la historia, perspectiva temporal desde la cual parecía cercana una rápida evolución social hacia mayores niveles de bienestar y solidaridad.

En las décadas siguientes se ha producido un notorio debilitamiento del poder decisorio de los estados nacionales menos industrializados. Conforme a directivas de burocracias internacionales fuertemente ideologizadas se impusieron modelos que provocaron graves retrocesos y depresiones, aumentaron el peso de fuertes endeudamientos que imponen reducción del consumo e impiden el crédito para el crecimiento, todo lo que se traduce en altísimos índices de desempleo sin red de seguridad, deterioro de los salarios, reducción de los servicios de salud y educación y concentración del escaso crecimiento en beneficio de minorías, reducción marcada de las clases medias y, en general, frustración de los proyectos existenciales, con la consiguiente violencia social y elevación de los índices de criminalidad violenta³². A esto se agrega, dentro del propio sistema penal, un aumento de las facultades policiales, mayores ámbitos de arbitrariedad por los que se agrava la corrupción, fenómenos insólitos de criminalidad policial, deterioro del servicio público de seguridad y crecimiento de la seguridad privatizada concentrada sobre las minorías de mayor renta, aumento de tráficos y servicios ilícitos de todo tipo, percepción de cánones ilícitos por el propio sistema penal con presupuestos cada vez más escuálidos y, en general, un creciente panorama caótico con marcados signos de debilitamiento social, acentuado por campañas mediáticas de *ley y orden* y por políticos desconcertados o inmorales que se montan sobre ellas proyectando y sancionando leyes penales disparatadas, que destruyen progresivamente toda racionalidad legislativa, al tiempo que las

³² Sobre estas políticas recesivas y sus costos, en detalle: Stiglitz, Joseph E., *El malestar en la globalización*, trad. de Carlos Rodríguez Braun, Madrid, 2002.

cúpulas policiales autonomizadas asumen actitudes amenazadoras para el propio sistema político, protagonizando embriones de golpes de estado.

No nos pasa por alto que este fenómeno tiene su reflejo en los países industrializados, notoriamente preocupados por evitar el desplazamiento poblacional desde los no industrializados, con la consecuencia de la reparación del racismo, la xenofobia, las campañas de ley y orden contra extranjeros, el etiquetamiento criminal de los inmigrantes, el surgimiento de partidos antidemocráticos que explotan también los niveles crecientes de inseguridad, pese a que éstos sean siempre muy inferiores a los de los países no industrializados³³. No obstante, estimamos que son colegas más cercanamente vinculados a estas realidades quienes pueden valorarlas con mayor precisión.

Lo cierto es que resulta muy difícil para el teórico penal de los países menos industrializados acentuar los aspectos más fuertemente sistémicos de la teoría social y relegar a segundo plano los datos de realidad. En tanto que en los países industrializados el *labelling* suele recaer sobre los inmigrantes y sus descendientes, en los poco industrializados se nutre de las mayorías que han caído por debajo de la línea de pobreza, que aumenta incesantemente. Por otra parte, en estos mismos países, el aumento de la violencia del sistema penal incrementa las contradicciones entre los sectores excluidos, desatando la violencia en su propio interior, lo que parece anunciarse como técnica de control social de las mayorías carenciadas.

Ninguna teoría del derecho penal nace en el vacío, sino que todas tienen un contexto de poder al que no pueden escapar, salvo

³³ Aunque no sea exacto, no puede negarse la sensación de que el poder planetario actual se manifiesta en forma muy análoga al *apartheid* (sobre ello, Falk, Richard, *Predatory Globalization. A critique*, Polity Press, 1999).

fenómenos de alienación política³⁴. Es la propia realidad social de los países poco industrializados que golpea la ventana abierta por Welzel e impide su clausura e incluso el atajo de optar por los aspectos sistémicos puros. Este contexto, con sus urgencias, también relega para mejor oportunidad la pura crítica externa, en miras a un proyecto de poder diferente y más solidario, como reclamaba Baratta, e impone que dentro del propio sistema se busque la contención inmediata del avance incontrolado del poder punitivo, como urgente demanda de los sectores forenses más esclarecidos.

8. La teoría de las estructuras lógico-reales y el momento actual de los países poco industrializados

Si bien no es posible establecer un paralelo entre la actual situación de los países industrializados con el momento de la reconstrucción alemana en la posguerra, no puede ignorarse que el penalismo de ambos momentos tiene en común la vivencia de construir su teoría penal bajo el peso del fantasma del poder punitivo descontrolado y genocida. Las experiencias latinoamericanas de seguridad nacional no están lejos en el tiempo, y tras las actuales campañas de *ley y orden* y de las leyes de los políticos desconcertados, resurge la amenaza de un nuevo descontrol de las agencias ejecutivas, ahora mucho más deterioradas institucionalmente, por efecto de la corrupción alimentada por la propia autonomización de las cúpulas y el deterioro presupuestario incentivado por los recortes impuestos por las burocracias económicas internacionales.

El dato diferencial más notorio entre ambas circunstancias es que mientras en la reconstrucción alemana se fomentaba una economía en expansión mediante los aportes del plan Marshall y la

³⁴ Nos ocupamos de esto en *Política y dogmática jurídico penal*, INACIPE, México, 2002.

afluencia de capital, en América Latina el FMI promueve políticas recesivas con recortes sistemáticos de gastos que en círculo vicioso reducen la recaudación fiscal y obligan a nuevos recortes mientras el crecimiento se retarda o retrocede, con altos costos en desempleo que provocan violencia social, la que, a su vez, quita estímulo a la inversión y acentúa el estancamiento. Todo esto se traduce en crecimiento de los niveles de conflictividad, en desintegración del *contrato social* y, por ende, de delito³⁵. El delito genera alarma en las clases medias, cuya peligrosa reducción fomenta la búsqueda de *chivos expiatorios* en las minorías inmigrantes y en los excluidos y parados, estimula las campañas de *ley y orden* y los reclamos policiales de mayores poderes arbitrarios, que son fuente de mayor recaudación ilícita por parte de policías deterioradas en sus presupuestos, salarios y condiciones laborales.

En estas condiciones es fundamental apuntalar los límites jurídicos en la teorización destinada a programar las decisiones judiciales y el camino señalado por Welzel al legislador resulta útil, pero, aún más útil resulta ante los datos de realidad social, que no pueden quedar fuera de esa construcción, si aspira en verdad a tener algún efecto sobre el mundo. El inconveniente para el teórico es que el vendaval del mundo real entra por la ventana abierta del realismo.

Justamente por eso, el derecho penal del mundo poco industrializado (a) no puede abjurar de los puentes con la realidad (en los que la contribución de Welzel es fundamental) y, por otra parte, (b) debe consolidarse teóricamente sin apelar a una legitimación del poder punitivo que los datos sociales demuestran. Se trata de una difícil encrucijada para la cual el derecho penal de los países industrializados no ofrece muchas soluciones, pese a su

³⁵ Sobre ello insiste Stiglitz, op. cit.

enorme desarrollo técnico, que, además, (c) el derecho penal de nuestros países tampoco debe despreciar sino, por el contrario, debe asimilar y utilizar. Son tres condiciones difíciles de armonizar.

No obstante, quizá la solución que permite su armonización no se halla tan lejos, sino que, debido a su extrema cercanía es de difícil percepción. Simplemente, creemos que con la profundización de la teoría de las estructuras lógico-reales, aceptando los datos de realidad y llevándola hasta sus últimas consecuencias, aplicada también a la propia estructura y límites del poder del Estado al que está destinada la construcción teórica para su aplicación en la realidad, las tres condiciones se dan de modo casi *natural*.

Excedería este marco meramente valorativo sobre el finalismo pretender exponer una posible salida³⁶, pero de cualquier modo creemos que el paraje por el que ésta debe buscarse no se halla en la vuelta al idealismo, en la ignorancia pragmática de los sistemas meramente clasificatorios ni en el privilegio de los aspectos estructurales de las teorías sistémicas, sino en mantener abierta la ventana que descubrió Welzel, por fuerte que sea el vendaval. *Siempre será preferible que nos vuelen los papeles a que la ventana se cierre y el viento huracanado acabe demoliendo la pared.*

Eugenio Raúl Zaffaroni

Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología
Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires

³⁶ *In extenso* la intentamos en nuestra obra de conjunto: Zaffaroni-Alagia-Slokar, *Derecho Penal, Parte General*, 1ª ed., Buenos Aires, 2001, México, 2001, 2ª ed. Bs. As., 2002.