

Política y dogmática jurídico penal¹

Politics and the Juridic Penal Dogmatics

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

RESUMO

O artigo trata do problema crucial do sentido da pena, pondo em questão as opções político-criminais à sua base, evidenciando a alienação política do modelo teórico vigente.

Palavras-chave: Política criminal, Dogmática jurídico-penal, Direito e política, Função da pena.

ABSTRACT

The article deals with the crucial issue of the meaning of penalty, questioning the political criminal options related to its basis and making clear the political alienation of the theoretical model accepted today.

Key words: Criminal policy, juridic penal dogmatics, law and politics, function of penalty.

¹ Sin duda fue la Profesora Adela Reta una de las personalidades más inteligentes y a la vez simpáticas del derecho penal latinoamericano. Una mujer de entrañable bondad y firmes convicciones liberales, que combinó su labor académica con funciones de responsabilidad política, creemos que merece como respetuoso homenaje a su querida memoria un trabajo que intente enlazar el saber jurídico penal con el más amplio campo de la política. El presente texto es producto de una reordenación de los temas tratados en el curso impartido en noviembre de 2001 en el Master Internacional en "Derecho Penal, Constitución y Derechos", de la Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, México D.F.

Direito e Democracia	Canoas	vol.3, n.1	1º sem. 2002	p.447-217
----------------------	--------	------------	--------------	-----------

POLÍTICA Y NO POLÍTICA CRIMINAL O MERAMENTE PENAL

Partiendo de la asignación arbitraria de cierta función positiva a la pena (siempre preventiva o difusamente retributiva) es corriente afirmar que el legislador distribuye su conminación según opciones político criminales, tutelando bienes jurídicos o reforzando algo (la ética social, el sistema). No obstante, esto se hace (a) sin verificar la función preventiva de la pena (sin constatar si en la realidad el poder punitivo produce los efectos que se pretende que el legislador buscó) y (b) como el legislador histórico es inencontrable (otras veces sus argumentos son insostenibles por el paso del tiempo, por su oportunismo o por sus contradicciones), se apela a un legislador imaginario. De este modo, con un método deductivo puro, a partir de una ley (un texto escrito) se imagina una voluntad, unos efectos y un sujeto que configuran una política penal (o criminal) que es producto de deducciones e imaginación técnica y que opera en un mundo real que no se pregunta cómo funciona. Desde este ámbito tan limitado y con elementos no verificados en la realidad social (o que confesamente provienen de un ámbito imaginario) y que omiten todo contexto de poder político, económico, social y marco cultural, es poco menos que imposible vincular la construcción jurídico penal con la política. Más aún: importa desviar la atención de los verdaderos vínculos entre ambos términos.

La falsa proposición de que la conminación penal tutela (o refuerza o reafirma) algo y que esta función es más fuerte cuanto mayor es la reacción punitiva conminada, es una deducción fundada sobre la premisa no demostrada que la pena cumple alguna función preventiva en la realidad social. Del debe cumplirla se pasa sin más a afirmar que la cumple y se da esto por no necesitado de ulterior verificación. Toda consecuencia política basada en tan endeble puntos de partida, carecerá de brújula en cuanto a sus reales efectos sociales.

EL MÉTODO JURÍDICO PENAL EN RIESGO DE COLAPSO

La desvinculación entre el discurso jurídico penal y la política, pone en serio peligro a la dogmática jurídico penal como método, con consecuencias imprevisibles y siempre negativas:

(a) Como el discurso teórico no toma en cuenta sus efectos

sociales reales (y pueden construirse tantos discursos como sociedades, legisladores e intérpretes se alucinen), el método jurídico, en lugar de hacer previsible las decisiones judiciales, proporciona un inagotable caudal de desconcertantes posibilidades y permite la racionalización de cualquier decisión, mediante el uso antojadizo de discursos diferentes, abriendo el camino a la arbitrariedad judicial.

(b) La discusión jurídico penal por momentos parece caer en

autismo. Cuando se simplifica y se vacía de sentido político la discusión teórica, pareciera que los principales debates de la dogmática jurídico penal del siglo XX se limitaron a discutir en los primeros años si la culpabilidad es una relación psicológica o un juicio de reproche; a mediados del siglo si el dolo está en el tipo, en la culpabilidad o en ambos lugares; y a fines de éste si el criterio de imputación objetiva debe ser el aumento del riesgo o la defraudación de roles. El simplismo de este reduccionismo se halla muy cerca del ridículo que, como es sabido, es el medio más insidioso para desacreditar el saber jurídico, o sea, la inmensa tarea de elaboración dogmática llevada a cabo en los últimos cien años y que de ningún modo puede desperdiciar quien pretenda reducir racionalmente el ejercicio del poder punitivo.

(c) La verificación de lo anterior debilita la vigencia del propio método, con el riesgo de que se apele a su desprecio y consiguiente caída en cualquier irracionalidad (puro discurso político sin mediación técnica; lo que llamaremos *alienación técnica* del discurso).

(d) En cualquier momento es peligroso el naufragio del método jurídico penal, pero mucho más cuando es notorio que la *Kielerschule* fue sólo un episodio anecdótico en el curso de un simplismo penal *völkisch* permanente, que sólo espera las oportunidades que le ofrece el debilitamiento de la racionalidad contentora del estado de derecho, harto frecuente en tiempos de globalización.

LA NATURALEZA POLÍTICA DEL DISCURSO JURÍDICO PENAL

La relación entre la dogmática jurídico penal y la política está opaca-

da porque es demasiado estrecha, dado que un discurso jurídico penal bien estructurado no es otra cosa que un programa político elaborado con precisión pocas veces vista. El poder judicial es un poder (hace parte) del gobierno. Cada decisión judicial (y no sólo de materia constitucional) es un acto de gobierno de características particulares, pero que no por ello desdibujan su naturaleza. Un discurso jurídico penal es una elaboración intelectual que se le ofrece al poder judicial como proyecto de jurisprudencia coherente y no contradictoria, adecuado a las leyes vigentes (a las constitucionales e internacionales en primer lugar). Es en sí mismo una propuesta o programa político.

Se opaca la naturaleza política de los discursos jurídico penales (a) ante todo porque estamos demasiado inmersos en la elaboración de las consecuencias de las opciones políticas básicas en que se asientan (los árboles nos dificultan la visión del bosque), pero también (b) porque no suelen ofrecerse directamente a los jueces, pues -ante todo- son un producto académico destinado al entrenamiento de los juristas, por lo que a veces sólo mediatamente y al cabo de una generación penetran la jurisprudencia, lo que casi nunca logran de modo completo, pues en la jurisprudencia sobreviven discursos anteriores. Puede decirse que llegó a ser dominante en la jurisprudencia alemana el discurso del neokantismo, pero el finalismo no alcanzó esa vigencia y hoy domina un pragmatismo clasificatorio, sin que tengan mayor incidencia las construcciones sistémicas. En Latinoamérica existe una permeabilidad más ágil, debido a la frecuencia del doble rol judicial y académico. Por último, los discursos jurídico penales (c) son textos escritos que configuran una literatura especializada, que como toda literatura, se dirige a un público al que trata de complacer, pero que en este caso se compone fundamentalmente de académicos, entre los que domina la preferencia por los aspectos técnicos. En la literatura general constituye un vicio escribir para los críticos, pero en la jurídico penal está impuesto por la naturaleza de las cosas.

LA ENAJENACIÓN POLÍTICA DEL TEÓRICO

Pese a estas dificultades, a poco que se medite se caen en la cuenta de que todo concepto jurídico penal es un concepto político. Y también es técnico, sin duda, porque es inevitable que todo ámbito político tenga su técnica (toda política es una tecnopolítica). De allí que cuando se pre-

tende eliminar el método jurídico para caer en el puro discurso político, el producto sea un discurso clientelista de oportunidad sin contenido racional (o con racionalidad propia, que es la del estado de policía, o sea la funcionalidad para quien manda). No importa si la naturaleza política del discurso jurídico penal se ha tenido en cuenta al elaborarlo, porque siempre será lo que es, aunque quien lo elabore lo ignore. Pueden elaborarse conceptos y aún enteros sistemas jurídico penales ignorando su esencia política y sus consecuencias reales: esto dependerá de la mayor o menor enajenación o alienación política del teórico.

La enajenación política es de abordaje difícil, en razón de lecturas intencionalistas y de su simétrico rechazo. (a) El intencionalismo pretende que cada discurso se elabora a la medida de una intención política coherente y así se desarrolla hasta sus mínimos detalles, con total consciencia por parte del teórico. (b) En el otro extremo (y muchas veces mediando razones afectivas) se rechaza el análisis político, en razón de que con frecuencia no es posible identificar la ideología política del autor con la que plasma en su discurso jurídico penal.

Ninguna de ambas posiciones es correcta, pues el intencionalismo pretende ver una coherencia ideológica que casi nunca existe, y su atractivo deriva sólo del que produce cualquier versión un tanto paranoica, siempre más imaginativa que la rastrera realidad. Pero si bien es cierto que la enajenación política suele provocar incoherencia manifiesta entre la ideología política y la discursiva penal de los autores en particular, esto no es argumento que neutralice el análisis político de su discurso jurídico, que siempre –y aunque el autor lo haya ignorado por completo– será un discurso político. Menos aún puede negarse esta dimensión de poder del discurso jurídico penal en base a la integridad moral de su autor, negando que éste haya operado como instrumento de poderes concretos. No hay razón para formular juicios éticos personales en muchos casos; en otros pudo haber sintonía con algunos poderes concretos, pero no por ello se puede deducir una instrumentación intencional. Los pocos casos de verdadera instrumentación intencionalista no llegaron al nivel de discurso jurídico penal serio: no puede decirse que lo hayan tenido los mediocres panfletos de la escuela de Kiel ni los balbuceos de penalismo de seguridad nacional rioplatense.

Puede afirmarse que todos padecemos cierto grado de enajenación política, producto de nuestro entrenamiento, que limita nuestras posibilidades de conocimiento. Notamos las alienaciones políticas aje-

nas y especialmente de tiempos lejanos, pero vendrán quienes se ocuparán de las nuestras.

LA ENAJENACIÓN TÉCNICA DEL POLÍTICO

Como fenómeno simétrico de desintegración discursiva puede señalarse la enajenación técnica del político, que no se produce cuando el político elabora un discurso al que aún le falta su articulación técnica (lo que no es más que defecto pasajero, el momento de un curso), sino cuando el político elabora un discurso que abjura de la técnica (un defecto irremediable). La comunicación masiva favorece el desarrollo de estos discursos, que asumen la forma *völkisch* y redundan en banalidades y falsedades clientelistas, refuerzan los prejuicios e identifican chivos expiatorios débiles.

Las más peligrosas combinaciones tienen lugar entre fenómenos de enajenación política de teóricos con otros de enajenación técnica de políticos, pues generan un vacío que permite dar forma técnica a cualquier discurso político. Por lo general, la corporación jurídica suele caer en la enajenación política cuando arrecian los discursos *völkisch*, pues éste siempre es violento, arrollador, injurioso e impone miedo, al que son vulnerables no sólo los políticos profesionales sino que tampoco son inmunes partes considerables de los propios estamentos judiciales y académicos; suele decirse que el positivismo legal es en esos casos una defensa contra el avance de ese discurso (en rigor no es positivismo legal propiamente dicho, sino formulación de una teorización políticamente enajenada). El llamado método técnico jurídico en tiempos del fascismo italiano y ciertos desarrollos del neokantismo en los del nazismo, son ejemplares. En ellos pretendieron atrincherarse quienes sostuvieron luego que buscaban poner límites, frente a otros que se integraban con singular entusiasmo al discurso *völkisch*.

LA DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL

Suele afirmarse que la dogmática jurídico penal como método apareció en el siglo XIX en el derecho privado por obra de Rudolf von Jhering,

lo que es sólo parcialmente cierto, pues con el insigne romanista adquirió expresión formal el método y se perfeccionó su aplicación, pero es incuestionable que el análisis y la reconstrucción de textos nació en la edad media, dado que no otra cosa habían hecho los glosadores y posglosadores y, más técnicamente aún, los prácticos. Es posible que hasta von Jhering se hiciese prosa sin saberlo, y porque no se lo sabía se la hacía con escasa precisión, pero, de todos modos, se hacía prosa. En realidad, el método jurídico de análisis y reconstrucción nació en las universidades de los estudios, especialmente en el norte italiano, muchos siglos antes de que von Jhering fijase sus reglas dándole forma expresa y abriendo la posibilidad de un mayor rigorismo constructivo.

Los prácticos elaboraron un discurso jurídico penal dogmático, en que se construía una rudimentaria teoría del delito. Afectados por considerable grado de enajenación política, algunos (especialmente los tardíos) construyeron discursos jurídico penales técnicos pero políticamente aberrantes, lo que motivó que Carrara calificara su saber como *schifosa scienza*. Contemporáneos de estos prácticos tardíos fueron los primeros discursos iluministas y liberales (cuyo modelo por excelencia fue la obra de Beccaria), pero que eran puramente políticos. Beccaria no ofrecía a los jueces ningún sistema, sino que criticaba desde una perspectiva iluminista el sistema penal de su tiempo. Si este pensamiento se hubiese limitado a producir tales discursos (si el curso ideológico se hubiese interrumpido), no hubiese modificado en nada las decisiones judiciales, es decir, la práctica del derecho. Pero los iluministas y liberales originarios no padecían de enajenación técnica, porque no abjuraban de ésta, sino que aún no la integraban. Fue su siguiente generación (Pagano, Carmignani, Feuerbach) la que integró en el discurso jurídico penal la técnica de los prácticos con las ideas del racionalismo liberal. Para ello tuvieron que apelar al derecho natural contractualista (Feuerbach sostenía que la filosofía era fuente del derecho penal; Carrara afirmaba que su sistema lo deducía de la razón), porque carecían de constituciones o normas de jerarquía superior a la ley penal ordinaria, en las que basar sobre ideas liberales su construcción técnica. Los sistemas que elaboraron los liberales eran jusnaturalistas porque no podían ser otra cosa: sólo la apelación a la razón por vía de la filosofía le permitió a Feuerbach ensayar una reinterpretación jurídica nada menos que de la *Constitutio Criminalis Carolina*.

LOS JUECES EN EUROPA Y EN AMÉRICA

Si la dogmática jurídico penal es un método y sus discursos son en verdad discursos políticos (planificación de una política o de decisiones políticas), no puede pasarse por alto la estructura, naturaleza y poderes de las agencias a las que están dirigidos esos proyectos (en forma directa o bien mediata, por el entrenamiento académico de sus operadores) y, por consiguiente, a la función que tienen asignada dentro de determinado contexto de poder. Así como no parece razonable ofrecer a un gobierno un proyecto elaborado para un estado que dispone de recursos financieros muy superiores (ni tampoco lo contrario), no parece políticamente correcto que quiera ofrecerse el mismo proyecto de jurisprudencia a operadores judiciales que forman parte y son adiestrados en estructuras de poder por completo diferentes y, por ende, con perfiles de jueces y funciones también distintas. Esto fue por lo general ignorado en Latinoamérica, donde ante la ausencia de teorizaciones propias con alto nivel de elaboración, nos hemos introducido a la técnica jurídica con modelos muy elaborados, pero destinados a judiciales europeos continentales.

Las estructuras de los judiciales europeos continentales, derivan todas del modelo napoleónico, en tanto que las americanas (por lo menos hasta décadas recientes) se nutren del modelo originario de los Estados Unidos, más o menos deteriorado por los accidentes políticos latinoamericanos. En tanto que el modelo europeo continental es piramidal y jerarquizado, organizado en forma de burocracia con carreras fuertes (reproducción burocrática del modelo militar), comandado por un tribunal de casación que no tiene poderes de control constitucional (y menos aún sus jueces subordinados), el judicial americano es de nominación partidista, con control difuso de constitucionalidad de las leyes y está comandado por un tribunal político que decide de estas cuestiones en última instancia. El modelo europeo continental deriva de la casación (originariamente un tribunal del poder legislativo) que casa (rompe) las sentencias que se apartan de la ley; el modelo americano deriva de la acción de inconstitucionalidad que invalida las leyes que se apartan de la ley de superior jerarquía. En tanto que originariamente los europeos continentales hacían que los legisladores controlasen a los jueces, en el modelo americano son los jueces los que controlan a los legisladores. Esta situación se altera en Europa continental sólo en la última posguerra, con la consolidación de la justicia constitucional o política en varias constituciones (sistema de control centralizado –modelo austríaco– a través de tribunales consti-

tucionales) y con el sistema europeo de Derechos Humanos. Se ha dicho que en realidad, Europa conocía el derecho administrativo pero no el derecho constitucional hasta la última posguerra (las tentativas de control constitucional de entreguerras naufragaron en pocos años junto a los gobiernos que las llevaron a cabo: Austria, Alemania, Checoslovaquia y España).

Es claro que no es lo mismo un discurso jurídico penal a la medida de una burocracia cuyo mandato es cumplir al pie de la letra la voluntad legislada del poder político constituido, y el que demanda un judicial incumbido de hacer respetar la ley suprema por sobre la voluntad coyuntural de este poder. El acatamiento de estas voluntades mayoritarias resulta incompatible con la función del judicial conforme al modelo americano y los proyectos de jurisprudencia que imponen esa actitud incitan a los judiciales de modelo americano a apartarse de su función constitucional.

LOS MODELOS TEÓRICOS IMPORTADOS EN EL SIGLO XX

A la hora de construir el discurso jurídico penal en nuestra región, (a) desde fines del siglo XIX se echó mano del positivismo criminológico italiano, como correspondía a las filiaciones ideológicas de las repúblicas oligárquicas del momento, pero cuando éstas entraron en crisis (a partir de la Revolución Mexicana) se dirigió la vista a Alemania, trayendo (b) el modelo del positivismo alemán (Franz von Liszt), pronto seguido por (c) el neokantiano (Edmund Mezger), sucedido por (d) el ontologismo finalista (Hans Welzel), culminando en la última década del siglo con las construcciones inspiradas en la (e) sociología funcionalista norteamericana (Claus Roxin) y (f) alemana (Günther Jakobs).

Cada uno de estos modelos responde originariamente a cierto momento de poder político y a un contexto económico, social y cultural del que, por regla general, se hizo caso omiso al transportarlo. La omisión de esta perspectiva deterioró la trascendencia del debate dogmático, pues en nuestra región éste casi se redujo a los aspectos técnicos de los discursos, banalizando la verdadera dimensión de las diferentes posiciones, cuya clave se halla en su aspecto político. La importación de modelos fue considerada técnica, o sea, prescindiendo o minimizando su dimensión polí-

tica. De este modo, la dogmática jurídico penal latinoamericana del siglo XX presentó caracteres de severa enajenación política, no sólo en razón de la alienación política originaria que acarreaba cada modelo (en mayor o menor medida, según los casos), sino también porque fueron importados con notoria privación o recorte de la dimensión política originaria y, además, porque hubo una completa enajenación frente a la dimensión política local o regional.

(a) Por cierto que algunos de los modelos importados (especialmente el neokantiano) desde su origen mismo alimentaban metodológicamente la alienación política, en razón de sus incuestionables puntos de partida deductivos e idealistas, pero a esta alienación política originaria se sumaron datos vernáculos ajenos al modelo mismo en versión alemana.

(b) En principio, la importación del modelo como meramente técnico, acentuó la alienación política originaria, reduciendo a veces la especulación teórica a algo parecido a un juego de ajedrez jurídico incomprendible para los no iniciados e inexplicable para muchos de los propios iniciados. Fue una importación con notoria privación de dimensión política.

(c) A la alienación política originaria y a su privación por importación meramente técnica se sumó la completa enajenación frente a la política local y regional, porque a) no se los vinculó ni especuló sobre sus consecuencias respecto de un poder judicial con diferente estructura y funciones y de un sistema penal que opera de modo muy distinto al del país de origen del modelo, sino que b) tampoco se tuvieron en cuenta los efectos de la jurisprudencia proyectada en esos modelos respecto de la operatividad del poder punitivo en el contexto político, económico, social y cultural local (todo ello sin contar con los accidentes políticos y los frecuentes naufragios de los estados de derecho).

Cada uno de los modelos importados merece una evaluación desde el plano político, teniendo en cuenta estas carencias. Con la perspectiva de un siglo creemos que es posible demostrar que:

(a) el camino correcto no es la importación de programas políticos degradándolos a modelos meramente técnicos,

(b) que sus diferencias fundamentales no estriban en las consecuencias metodológicas técnicas, sino en sus puntos de partida políticos, y

(c) que es indispensable considerar el marco local para prever los resul-

tados de la aplicación de cualquier programa político (proyecto de jurisprudencia) en la realidad social y conforme a los fines establecidos en la Constitución y en el derecho internacional de los Derechos Humanos.

Si bien existen principios metodológicos de validez universal (al igual que reglas de lógica jurídica o de lógica a secas), es elemental considerar que en todo programa político el método siempre está al servicio de objetivos políticos; por ende, la técnica sirve para concretar, expresar y viabilizar una política, pero no para sustituirla.

EL MODELO FERRIANO PROVENIENTE DEL SIGLO XIX

El modelo que dominaba la doctrina de comienzos del siglo XX y que perduró varias décadas era el derivado del positivismo ferriano. La culpabilidad había sido reemplazada por el peligrosidad y el modelo era hijo de una alianza discursiva entre policías y médicos europeos, que se habían impuesto a la hegemonía de las corporaciones de filósofos y juristas liberales y habían desplazado el discurso jusnaturalista de éstos (conforme al contractualismo, reconocían derechos previos al contrato y, por ende, intocables para el estado). El positivismo ferriano se asienta sobre una concepción antropológica groseramente materialista monista, un determinismo derivado de la física mecanicista newtoniana y una biología evolucionista racista que aceptaba el dogma de la transmisión de caracteres adquiridos. Fue la ideología a la medida del control social policial del disciplinamiento de la masa obrera por parte de la burguesía europea asentada en el poder hegemónico, una vez desplazada definitivamente la nobleza. Se basaba en un jusnaturalismo racista biologista y la superioridad de los controladores derivaba, justamente, de su superioridad (salud) biológica, frente a los controlados, que eran inferiores (defectuosos, enfermos o no evolucionados). El comodín de la peligrosidad y la necesidad de neutralizarla para defender la sociedad, servía para resolver todas las preguntas del sistema, siempre a favor de un mayor ámbito de poder punitivo para el estado.

Obreros indisciplinados y el ejército de reserva desocupada aún más indisciplinado, disidentes políticos (especialmente anarquistas y sindicalistas) y todo el que desentonaba con el orden de las nuevas urbes (vagos,

ebrios, curanderos, homosexuales, prostitutas, proxenetas; la mala vida del estado peligroso sin delito) o no se comprendía bien qué hacía o pensaba hacer (bohemios y genios locos o degenerados), era peligroso social al que era menester neutralizar con el poder punitivo configurado sólo por medidas. La policía tomaba cuenta del discurso jurídico penal: todo lo que parecía conspirar contra el orden, la homogeneidad y la estética urbana, era peligroso para la ciudad y, por ende, digno de ser neutralizado. El juez no era más que un supervisor de la función policial, aunque también él asumía función policial, y la propuesta de los teóricos a la jurisprudencia era la asunción lisa y llana de este papel: ante cualquier duda debían inclinarse por la seguridad y optar por neutralizar el peligro, en una completa inversión de todos los principios liberales.

Las elites de las repúblicas oligárquicas de toda Latinoamérica habían acogido con entusiasmo la filosofía del positivismo para legitimar su usurpación de la soberanía popular, por lo que no es de extrañar que en las últimas décadas del siglo XIX y primeras del XX, recibieran con parejos aplausos la llegada de su versión penal. Negros y mulatos, indios y mestizos, inmigrantes europeos poco disciplinados y la mala vida urbana, todos eran peligrosos y la jurisprudencia abría el espacio para su control policial.

En rigor, el plan del positivismo ferriano en la región fue el más coherente de la historia, coincidiendo en plenitud con el momento político de las repúblicas oligárquicas y con la legitimación de sus sectores hegemónicos. Los restantes programas políticos ofrecidos a los poderes judiciales de la región encerraron algunas contradicciones con la hegemonía social de turno, pero el ferriano no tuvo resquicio a este respecto.

EL POSITIVISMO ALEMÁN DE FRANZ VON LISZT

La dogmática jurídico penal moderna llegó a la región con el esquema de Franz von Liszt. El pensamiento ferriano, como puramente médico policial, era muy pobre y no permitía construir un saber más delicado para decidir judicialmente. No pasaba de una construcción bastante grosera. El positivismo alcanzó un nivel de elaboración jurídica mucho más profundo por obra de Liszt, en razón de que éste lo matizó con elementos provenientes de otras posiciones, si bien poco compatibles con el mismo.

Dentro de este esquema no se altera mucho la base newtoniana y biológica, puesto que para nada se abjura del determinismo mecanicista, sólo que se adopta una versión dualista del mismo, con una causalidad física paralela a otra psíquica. Merced a este desmembramiento de las causalidades fue posible introducir en el esquema del delito la distinción entre ilícito y culpabilidad de Jhering, llamando ilícito a la causación física del resultado y culpabilidad a su causación psíquica, consistente en una relación psicológica entre voluntad y resultado. La pena conservaba funciones preventivo especiales, por lo cual poco se diferenciaba de las medidas de seguridad, y la culpabilidad sólo se habilitaba para imputables, entendiendo por tales a los que son capaces de motivarse normalmente, concepto este último de clara procedencia idealista, que Liszt tomó prestado. En rigor, sin ese componente en préstamo, el esquema de Liszt coherentemente considerado debía concluir en que los inimputables podían ser autores de delitos, limitándose la imputabilidad a una cuestión a averiguar fuera del delito, en el nivel de la punibilidad (lo que postuló su discípulo Lilienthal).

La construcción de von Liszt fue ofrecida al poder judicial del imperio guillermino y representa una clara ventaja sobre las ideas ferrianas. Liszt se percató de que era necesario poner un límite al pensamiento policial en derecho penal, lo que consigue al intuir que la política criminal (poder punitivo) y el derecho penal se hallan enfrentados. Si por política criminal se entiende la acción represiva del estado, es claro que el derecho penal es el que debe acotarla, y esto lo percibió claramente. Para ello, mantuvo el esquema policial pero tratando de dotarlo de cierta racionalidad mediante el requisito de la antijuridicidad material y formal, la introducción del concepto de bien jurídico como criterio teleológico de interpretación de los tipos penales y la exclusión de los incapaces mediante un particular concepto de imputabilidad.

Ante el extremo y complejo normativismo de Binding, von Liszt trató de poner alguna cuota de realidad en un esquema bastante simplista, que los jueces podían manejar con soltura, de fácil comprensión y de suficiente claridad como para ser explicable en lo académico en el entrenamiento de los operadores jurídicos. Sin duda que el momento de Karl Binding y el de la teoría de los imperativos (base de lo que algunos llaman la escuela clásica alemana) fue el de la construcción del imperio guillermino por obra de Otto von Bismarck: un normativismo verticalizante, sin plantearse la posibilidad de una ley injusta, inconcebible en un

estado que encarnaba la racionalidad, es el discurso de la etapa de consolidación del estado nacional alemán. El momento político de Liszt (que podría considerarse el positivismo alemán) fue otro: el que corre desde el ocaso del Príncipe Bismarck hasta la primera guerra mundial (1914-1918). Era el primer ensayo mundial de estado providente, para cuya consolidación no podía prescindirse de la represión policial, pero no podía tampoco dejársela operar sin límite alguno, en forma que ésta destruyese lo que el propio estado estaba construyendo. La ambivalencia de ciertos conceptos y criterios políticos de esta versión del positivismo responde a esa dualidad exigida por el objetivo político del momento: construcción de burocracias fuertes, incluyendo la judicial y la policial; construcción del estado de bienestar en base a la eficacia de estas burocracias, pero evitando que ésta resulte disfuncional, especialmente en sus aspectos represivos.

EL NEOKANTISMO PENAL DE EDMUND MEZGER

El modelo de Liszt se hizo insostenible después de la Gran Guerra, no sólo porque sus fundamentos científicos eran falsos (los siguió sosteniendo en parte el nazismo pese a su demostrada falsedad) sino porque incluso se volvía disfuncional. Frente a la caída del imperio, el judicial imperial se conservó como una burocracia intacta en vigencia de la Constitución de Weimar y, para ello, nada mejor que mostrar su tecnicismo con un fino esquema clasificatorio de análisis y decisión de casos, delicadamente elaborado, montado sobre una teoría del conocimiento idealista que lo preservaba de todo contacto con datos del saber empírico (de la realidad social). La típica clasificación neokantiana de las ciencias en naturales y culturales, permitió que el saber jurídico penal se definiese como puramente normativo y deductivo y, al mismo tiempo, asumiendo la función de demarcar los límites epistemológicos de la criminología, dejó a ésta en posición subordinada como indagación etiológica falsa, al privarla de toda pregunta relacionada con la real operatividad del poder punitivo.

La peligrosidad ya no era el criterio para determinar la magnitud de las penas, pues se la reemplazaba por un concepto espiritualizado de culpabilidad que, tergiversando la ética aristotélica, encomendaba a los jueces un juicio de valor sobre toda la elección existencial de los ciudadanos. Tal es la esencia de la culpabilidad de autor en sus diferentes versiones y, más

aún, en sus pretendidas combinaciones con la culpabilidad de acto. Se lograba de este modo un concepto de culpabilidad normativa que sustituía cómodamente a la peligrosidad y cumplía la misma función represiva policial, aunque ya sin ninguna pretensión empírica. El dolo mismo era un concepto normativo que, cuando no tenía suficiente realidad psicológica, era reemplazado por la enemistad o la ceguera al derecho.

Este esquema era la justificación de una aparente asepsia ideológica de las decisiones judiciales, que no podían permitirse el lujo de contaminarse con ningún dato de realidad que resultase disfuncional al poder represivo, aunque arbitrariamente se incluyesen los que eran funcionales al mismo. Todo el neokantismo (y sus actualizaciones) opera con una selección arbitraria de datos de realidad: toma de ella lo que le conviene y rechaza lo que no le conviene, de modo que inventa una sociedad y una función preventiva general de la pena, matizada con apelaciones al kantismo injertadas de modo no muy claro en una pretendida función retributiva.

Este modelo permitió a una burocracia judicial proveniente del imperio pasar por la República de Weimar, contribuir a quebrar su legalidad con su benignidad hacia los delitos del nazismo en ascenso y continuar legitimando los crímenes del régimen sin grandes cambios. Contra lo que usualmente se afirma, el derecho penal neokantiano fue el verdadero saber penal del nazismo. No es verdad que éste haya sido el de la Kielerschule, pues los de Kiel fueron políticos u oportunistas políticos, que escribieron algunos trabajos de muy poco o ningún valor teórico, pero que no servían en absoluto para que los jueces decidiesen. El derecho penal vigente bajo el nazismo, el vivido por las decisiones judiciales, en general siguió los métodos del neokantismo. La jurisprudencia se orientó mucho más por Edmund Mezger que por Georg Dahm o Friedrich Schaffstein, al punto de que el primero llegó a escribir un artículo en el que criticaba a éstos, demostrando que su sistema resolvía mejor la aplicación jurisprudencial de la legislación penal nazista.

De la exaltación normativista del estado para crear el welfare State de Bismarck, se pasó a la evitación de los desbordes represivos que lo destruirían, o sea, al funcionalismo positivista de Liszt, y de éste se saltó hacia una simulación de asepsia ideológica que preservaba a la fuerte burocracia judicial de los accidentes políticos, pero que le permitía ser funcional al esquema crecientemente represivo que culminó en la aberración nazista; esta última función fue la que tuvo a su cargo la estructura teórica del neokantismo. Al afirmar formalmente su función técnica

pura, también deslegitimaba en el fondo cualquier pretensión de control constitucional; por una vía indirecta daba la razón a Carl Schmitt.

EL ONTOLOGISMO FINALISTA DE HANS WELZEL

El renacimiento del derecho natural en los primeros años de la última posguerra tuvo varias versiones, receptadas en algunas sentencias de los primeros años del Bundesverfassungsgericht. La más modesta en cuanto a sus pretensiones fue la de Welzel con su teoría de las estructuras lógico reales (sachlogischen Strukturen). Como afirmó Engisch en su momento, se trataba de un derecho natural en sentido negativo: no pretendía decir cómo debía ser el derecho, sino sólo lo que no era derecho. A diferencia del neokantismo, para el cual el valor era lo que ponía orden en el caos del mundo y lo hacía disponible, para el ontologismo welzeliano el mundo tiene varios órdenes a los que el legislador se vincula por las estructuras lógicas con la realidad. Según Welzel, cuando las ignora o quiebra, el derecho pierde eficacia, salvo que quiebre la que lo vincula a la estructura del ser humano como persona, en cuyo caso deja de ser derecho.

El poder punitivo, según el profesor de Bonn, adquiriría un carácter ya marcadamente simbólico, reforzando una ética mínima en la sociedad, que hacía que la pena tuviese relación directa con la elementariedad del cumplimiento de la regla violada. De este modo, Welzel etizaba el derecho penal en una suerte de funcionalismo ético de la sociedad. Su idea de la culpabilidad estaba asentada sobre igual base: con la culpabilidad normativa se reprochaba no haber contenido las pulsiones que llevaron al delito; en germen se hallaba la idea que el funcionalismo más extremo de fines del siglo llevará a la noción misma de conducta o acto. Igual germen se halla en sus intentos de destrabar serios problemas de imputación en base a la adecuación social de la conducta, titubeando en su ubicación como justificación o como atipicidad.

La tónica etizante y de derecho natural mínimo o negativo de Welzel se inscribe dentro de la experiencia política de los primeros años de posguerra. En efecto: se salía de la catástrofe, Europa estaba reducida a escombros, Alemania destruída, la Constitución de Bonn recién se sancionó en 1949, dos estados se repartían su territorio. Los ensayos constituci-

onales no garantizaban mucho, según la experiencia histórica reciente, el derecho internacional de los Derechos Humanos estaba en pañales (sólo la Declaración Universal de 1948, huérfana de cualquier tratado o ley internacional), la guerra fría era una realidad peligrosa, la amenaza nuclear estaba presente, no había sistema europeo de Derechos Humanos, nacido recién con la Convención de Roma de 1950, de complicada puesta en práctica. Hasta poco antes de la Segunda Guerra podía sostenerse que toda ley era derecho, pero luego se hacía urgente ponerle límites al legislador.

En este contexto floreció el finalismo welzeliano como respuesta al neokantismo. Su originalidad no fue cambiar de lugar al dolo (que ya lo habían hecho von Weber y el Graf zu Dohna), sino darle forma a su teoría con este marco cultural, filosófico y político. Se lo ha caracterizado frecuentemente como un pensamiento penal conservador y en su contexto es posible que lo haya sido hasta cierto punto, porque el funcionalismo ético welzeliano es el marco teórico del saber penal del momento de la reconstrucción del estado de bienestar por la Bundesrepublik. Si exagerásemos un poco, podríamos decir que fue el saber penal de los tiempos de Konrad Adenauer. Desde la perspectiva actual, no sería justo señalar como conservadora la construcción de un estado de bienestar, pero todo esto es opinable y no hace al fondo de la cuestión que aquí tratamos.

EL FUNCIONALISMO SISTÉMICO DE CLAUS ROXIN

Si bien la obra general de Roxin se publica a comienzos de la última década del siglo, lo cierto es que corona una serie de trabajos de muchos años antes. Su obra general es la exposición ordenada de un programa teórico enunciado y en gran parte desarrollado en importantes trabajos parciales desde tempranos años de la década del setenta y aún antes, íntimamente vinculados a sus preocupaciones por la función preventivo especial de la pena, desde su activa participación en el *Alternativenwurf* de 1966.

Con Roxin el saber penal se vincula más estrechamente a la sociología. Si bien no lo menciona expresamente, parece haber en su obra un vínculo a veces directo y otras indirecto con la sociología funcionalista

norteamericana de Robert Merton y, sobre todo, de Talcott Parsons. La insistencia en la función preventivo especial del poder punitivo recuerda muy cercanamente la idea de control social de este último sociólogo, como reaseguro de la socialización, para los casos de personas en las que fallan los procesos normales de socialización. Es una concepción perfectamente compatible con el estado de bienestar social establecido: el estado se organiza en forma tal que interviene cuando fallan los mecanismos ordinarios de socialización de los individuos, y la señal de esa falla es el delito. Éste se manifiesta en una acción en que se expresa anímicamente el ser humano y que tiene por efecto un aumento del riesgo para el bien jurídico, con lo cual el aumento del riesgo pasa a ser el criterio imputativo objetivo. La culpabilidad no es un verdadero reproche de la elección de una acción en lugar de otra, sino una ficción o principio regulativo que da por cierto el indeterminismo a esos efectos, que no lo adopta científicamente, por no ser inverificable, pero que lo demanda como límite máximo a la prevención especial.

Comienza a ser bastante difícil la distinción entre la culpabilidad y la punibilidad, porque ésta se carga de consideraciones sobre necesidades preventivas. La tendencia sistemática revela un retorno al criterio bímembre, en un esquema cercano a la construcción neokantiana de Hellmuth von Weber, aunque en su obra general agrega su concepto personal de acción, que lo aparta un tanto de aquel esquema.

La teorización de Roxin corresponde a los años del estado social de derecho consolidado en Alemania, a la Realpolitik socialdemócrata de los setenta, de Willy Brandt y de Helmut Schmidt, en que la función del poder punitivo era corregir los casos individuales en que fallaba el sistema social en su labor socializadora. Se trata de un momento de expansión del estado providente, en que la economía crece, se recluta mano de obra inmigrante de países no europeos o culturalmente más lejanos (italianos y españoles vuelven a sus países y llegan los turcos), hay pleno empleo, funciona acabadamente el sistema de seguridad social, es decir que el estado benefactor iba eliminando las causas sociales de los delitos y, por lógica, debía entenderse que la etiología de éstos devenía crecientemente de naturaleza individual y, por ende, era menester neutralizarla a tiempo con el ejercicio del poder punitivo, dosificando a ese efecto la prevención especial, aunque sin poder sobrepasar el límite de la reprochabilidad, considerada casi como una ficción necesaria. Es natural en este contexto percibir los ecos teóricos de la sociología de Parsons, que fue la adecuada a la construcción del estado providente del new Deal norteamericano.

EL FUNCIONALISMO SISTÉMICO DE GÜNTHER JAKOBS

Si bien Jakobs coloca como garante de su teoría a Niklas Luhmann, que fue el sociólogo sistémico de la recepción alemana de esa corriente y que la radicalizó en sus elaboraciones, en especial en su teoría de la sociedad, no es menos cierto que esta influencia parece confluir con un acentuado componente hegeliano y una exaltación sociologizada del funcionalismo ético welzeliano. Hay en Jakobs una vuelta radical al normativismo, acompañada de un sinceramiento sin precedentes de la función del poder punitivo, que bordea por momentos los límites de lo éticamente tolerable. Le asigna como objeto el fortalecimiento de la confianza en el sistema (prevención general positiva) mediante la ratificación simbólica de la vigencia de la norma. Si bien se trata de un planteo en clave de comunicación (simbólica), no es menos cierto que se percibe el resabio de la función negadora del delito y reafirmativa del derecho de cuño hegeliano.

Su construcción teórica –si bien no se identifica– se aproxima a la reducción de todas las acciones a omisiones, lo que lo conduce a la normativización jurídica de los roles sociales y al criterio básico de imputación objetiva como violación de roles, entendidos como posiciones de garante tanto en delitos activos como omisivos. El bien jurídico empalidece frente a la general función de fortalecimiento de la confianza en el sistema, que tiende a convertirse en el único bien jurídico, también cercano a la usanza del viejo hegelianismo en que todos los bienes jurídicos parecían disolverse en el estado. La necesidad de reafirmar la vigencia de la norma pasa por sobre el requisito de lesividad, lo que lo lleva a postular la punición de deberes inútiles, es decir, que la lesión es normativa y no real. El extremo normativismo determina una concepción del dolo privado del natural elemento psicológico, de modo que se acerca a la vieja presunción de dolo. La culpabilidad también se concibe normativamente, o sea, construyéndola a partir de la necesidad de prevención general positiva, independiente de todo concepto de persona (ente responsable autodeterminable) y, en definitiva, de modo en que prácticamente se confunde con la punibilidad. El extremo normativismo de todos los conceptos lleva a alterar tan radicalmente los contenidos de las categorías del delito sostenidas anteriormente que, probablemente, dificulte a corto plazo el diálogo entre especialistas que, ateniéndose a las denominaciones, será inevitable que se refieran a conceptos absolutamente diferentes.

Esta teorización aparece en los años ochenta del siglo pasado y coincide con el debilitamiento del estado de bienestar y el consiguiente reforzamiento del control social punitivo interno como consecuencia del deterioro social y del acrecentamiento de riesgos provenientes de la revolución tecnológica. Difícilmente pueda considerarse a este desarrollo en la línea de un pensamiento sistémico sociológico, pues los riesgos son reales, en tanto que los reforzamientos del sistema social son simbólicos, lo que inevitablemente, para un sistémico social, al menos a mediano plazo, representa una disfunción desde su propia perspectiva. El marco político y económico de esta teorización se sitúa en la década de Kohl y en la globalización, tal como es percibida desde una Alemania que debilita su *welfare* justo cuando se hace cargo de serios problemas sociales acarreados por la reunificación y que coincide con una ampliación extensiva de la legislación penal y una intensificación de las conminaciones penales, ante la paralela y creciente incapacidad del estado debilitado para resolver en forma eficaz los conflictos.

LA REVALORACIÓN DEL MARCO POLÍTICO

Es probable que la alienación política haga pensar que la previa valoración de los discursos dogmáticos en los contextos que se acaban de señalar los desvaloriza o cae en un reduccionismo político. Nada está más lejano de nuestra intención ni de la realidad; justamente se revaloran plenamente los programas políticos de esos discursos cuando se quita el velo que los encubre y se pone de relieve su verdadera dimensión. Alemania pasó por grandezas y por miserias, cayó y se levantó y tiene, sin lugar a dudas, un enorme papel protagónico en la actual Unión Europea. Cada período, bueno o malo, mejor o peor, fue acompañado por un programa político ofrecido a sus agencias jurídicas en forma de discurso jurídico penal con alta elaboración técnica. El fenómeno en sí, lejos de ser criticable (o de pretender subestimarlos desde esta perspectiva), es altamente aleccionador y digno de ser imitado. Pero imitarlo no significa copiar arbitrariamente los discursos jurídico penales omitiendo su marco político (que abarca también la estructura de la propia agencia judicial y la operatividad concreta del sistema penal), sino usar la metodología jurídica para crear nuestros propios discursos acordes con los marcos políticos, económicos, culturales y sociales de los momentos de nuestros respectivos países. Sólo podremos revalorar el método jurídico y neutralizar

la amenaza de la irracionalidad *völkisch* cuando revaloremos adecuadamente la dimensión política de sus particulares teorizaciones, lo que la dotará de sentido pleno y la rescatará del borde del abismo en que la sitúa la alienación política de la pura discusión de consecuencias técnicas. Por cierto que es una tarea mucho más difícil que limitarnos a discutir éstas últimas e importa transitar un camino plagado de obstáculos, pero la cómoda situación de alienación política en nos hallamos nos expone inevitablemente a la ridiculización *völkisch* y, objetivamente, nos arrastra a una nueva y más refinada versión de la schifosa scienza, cuya desaparición nadie lamentó y de la que sólo sobrevivió la técnica para dar vida a los nuevos discursos políticos de la etapa liberal, que fue la de mayor contenido pensante del derecho penal.

