

# El saber jurídico penal

## Apuntes de la historia de las Ciencias Penales

1° parte

Por Matías Bailone

*A Raúl Zaffaroni, por su constante magisterio.*

*“..el futuro no será un derecho penal mejor, sino un futuro sin derecho penal...” Gustav Radbruch.*

El siguiente texto no pretende ser lo suficientemente claro ni antológico como para ser un verdadero compendio de historia de las ciencias penales, ni –mucho menos– agotar más de 400 años de saber jurídico penal. La impronta que recorrerá estas modestas páginas, es la que nos enseña el Maestro Raúl Zaffaroni: de que no se puede construir ningún pensamiento jurídico penal sino es funcional en clave de poder, ya que su función es política, porque deben ofrecer a las agencias jurídicas un proyecto de jurisprudencia.<sup>1</sup>

Vale aclarar que el lenguaje coloquial usado en el texto se debe a que son transcripciones de las clases de historia del derecho penal que he dado como ayudante alumno de la cátedra Derecho Penal I de la Universidad Católica de Cuyo (Sede San Luis) durante el año 2003.

### Derecho Penal Primitivo

Como afirma Sebastián Soler, contrariamente a lo que una observación superficial sugeriría, las primitivas formas de ilicitud no estarían marcadas por la transgresión de bienes biológicamente elementales, sino por el contrario son artificiosas y estrictamente sociales. Las sanciones de esta época primitiva tienen un carácter marcadamente expiatorio y religioso, pues la violación del **tabú** trae aparejada una determinada desgracia, sólo morigerada por la pena o el procedimiento expiatorio. La infracción engendra sus consecuencias independientemente de las intenciones del agente, de manera automática. La responsabilidad no es siempre individual ni siquiera exclusivamente humana.

La regla para poner blanco sobre negro en la historia del derecho penal esta dada por la importancia que en cada etapa se ha dado a la víctima. Desde que ella era la causa eficiente y la justificación de la pena, hasta que el conflicto fue confiscado por el Estado a la víctima para poder construir poder.

“La historia de la legislación penal es la de los avances y retrocesos de la confiscación de los conflictos (del derecho lesionado de la víctima) y de la utilización de ese poder confiscador, y del mucho mayor

---

<sup>1</sup> Para entender la génesis del pensamiento de Raúl Zaffaroni en este punto, es necesario recurrir al filósofo francés Michel Foucault, especialmente en las conferencias que dictó en Rio de Janeiro en 1973, recopiladas en ‘La verdad y las formas jurídicas’.-

poder de control y vigilancia que el pretexto de la necesidad de confiscación proporciona, siempre en beneficio del soberano o del Estado”<sup>2</sup>

#### Formas prehistóricas del sistema penal:

- ❑ La Venganza: en aquellos delitos en los que existe una exacta distribución compensatoria como en el robo, la venganza aparece como una indemnización forzada. La venganza de sangre surge como un reclamo del alma de la víctima del homicidio, y conserva un sentido de necesidad mágica.
- ❑ Sistema talional: aquí estamos frente a un poder moderador. La venganza por primera vez se limita a un vademécum de penas imponibles, se circunscribe al equivalente exacto del daño sufrido. En el código de Hammurabi se encuentran numerosas formas de ley talional. Es la primera forma de restricción del poder punitivo. El Talió es una forma de progreso que lleva medida a la pena: no más de un ojo por un ojo.
- ❑ La expulsión de la paz: consiste en la separación de un sujeto del conjunto social al que pertenece. Destierro y ostracismo.
- ❑ Sistema compositivo: entre los pueblos que llegaron a tener moneda de cambio, consiste en compensar las ofensas delictivas mediante un sistema de pagos. No era sin embargo una directa transacción entre la víctima y el victimario, sino que era un procedimiento público en el que una parte del pago estaba destinada a recobrar la protección del poder público.

#### LA DOGMÁTICA:

La dogmática es el método científico de estudio de un derecho positivo dado. La dogmática supone la distinción entre el derecho positivo (de lege lata) y el posible (de lege ferenda), y se ocupa del primero. Es el estudio de la construcción del derecho vigente, sobre bases científicas.

La dogmática como sistema comienza mucho antes de Rudolf Von Ihering, quien es caratulado como su iniciador dentro del derecho privado. Es incuestionable que el estudio de textos jurídicos nació mucho antes en la Edad Media con los glosadores, posglosadores y los prácticos. “Es posible que hasta Von Ihering se hiciese prosa sin saberlo, y porque no se lo sabía se lo hacía con escasa precisión, pero, de todos modos se hacía prosa.”<sup>3</sup> Se la hacía sin un metalenguaje depurado (como llegó a ser la ‘Teoría del Delito’ a comienzos del siglo XX), pero lo cierto es que siempre que hubo saber jurídico hubo dogmática.

### EL DERECHO PENAL LIBERAL

#### El Marqués de BECCARÍA:

César Bonesana (Beccaria) en su libro ‘De los delitos y las penas’ que sería la consumación del pensamiento del Iluminismo en el campo penal, (1764) no pretende hacer ciencia del derecho penal, sino simplemente marcar los lineamientos de la política criminal. Beccaria sienta las bases que servirán posteriormente para construir una ciencia penal guiada

<sup>2</sup> Zaffaroni, Alagia, Slokar: Der. Penal Parte General, Ediar, 2002. 2ª edición.

<sup>3</sup> Zaffaroni, E. R. Conferencia pronunciada en Córdoba, en abril de 2002. Puede verse parte de sus textos en [www.carlosparma.com.ar](http://www.carlosparma.com.ar)

por la idea de establecer un sistema de garantías al sujeto, y que al mismo tiempo den el marco legitimante a la intervención represiva del Estado. Beccaria pone las bases para el establecimiento de un derecho penal de un Estado de Derecho.<sup>4</sup> Beccaria es el menos penalista (en lo que a técnica jurídica o a elaboración de sistema se refiere) del momento fundacional del derecho penal liberal.<sup>5</sup>

"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, no hubiese modificado en nada las decisiones judiciales, es decir, la práctica del derecho. Pero los iluministas y liberales originarios no abjuraban de la técnica jurídica, sino que aún no la integraban. Fue la siguiente generación 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 (Febuerbach 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 iusnaturalistas porque no podían ser otra cosa..."<sup>6</sup>

"Beccaria fue el primero que se atrevió a escribir en forma sencilla, en italiano, en forma de opúsculo, y concebido en escuetos silogismos y no en la de aquellos infolios en que los prácticos trataban de resumir la multiplicidad de las leyes de la época. Sobre todo, Beccaria es el primero que se atreve a hacer política criminal, es decir, una crítica de la ley". Así definía Don Luis Jiménez de Asúa a ese gran espíritu liberal que fue Beccaria, en una conferencia en la Universidad Nacional de Córdoba en su vuelta al país en 1955.

Junto a Beccaria debemos hacer mención a Montesquieu, Marat y Voltaire (Defensa de los oprimidos). Beccaria parte de los presupuestos filosóficos imperantes de la época (el Contrato Social, de Rousseau) como origen de la constitución de la sociedad y la cesión de mínimos de libertad a manos del Estado y su poder punitivo para la conservación de las restantes libertades.

La crítica surgida del libro de Beccaria conduce a la formulación de una serie de reformas penales que son la base de lo que conocemos como Derecho Penal liberal, resumido en términos de humanización general de las penas, abolición de la tortura, igualdad ante la Ley, Principio de Legalidad, proporcionalidad entre delito y pena, etc.

Podemos decir que su obra ha corroborado por escrito las exigencias jurídico-penales de su tiempo, lo que explica el éxito de su libro y su rápida trascendencia legislativa, porque en muy poco espacio de tiempo sus propuestas se formalizaron en una ley.

Como confirmación de la filiación liberal de Beccaria, resta consignar que uno de los más prolíficos difusores de su obra fue Voltaire en Francia. Después de este pequeño libro de política criminal, Beccaria termina sus días escribiendo sobre economía.

### LA 'mal llamada' ESCUELA CLÁSICA: (La Escuela Liberal)

"No resulta fácil establecer el estatuto de las discontinuidades con respecto a la historia en general. Menos aún sin duda con respecto a la historia del pensamiento. ¿Se quiere trazar una partición?. Todo límite no es quizá sino un corte arbitrario en un conjunto indefinidamente móvil. ¿Se quiere recortar un período? Pero, ¿se tiene acaso el derecho de

<sup>4</sup> Ver por todos, Bustos Ramírez, Juan: 'Introducción al derecho penal', Temis, 1998.

<sup>5</sup> Zaffaroni, Alagia, Slokar: op. cit.

<sup>6</sup> Zaffaroni, E. R.: conferencia en Córdoba, 2002.

establecer en dos puntas del tiempo, rupturas simétricas a fin de establecer entre ellas un sistema continuo y unitario?"<sup>7</sup>.

El positivismo impone arbitrariamente a todos los heterogéneos pensadores que los antecediéron el nombre de 'Escuela Clásica'. Sólo de esa circunstancia epistemológica surge este rótulo.<sup>8</sup>

La lista de expositores de esta supuesta 'escuela' se abre con Francesco Carmignani. Sus 'Elementos de Derecho Criminal' proponen un sistema de derecho penal derivado de la razón, a causa de la anarquía legislativa de la península itálica. Entre pensadores como Pagano y Feuerbach, Carmignani es el más afortunado de los primeros que trazaron un sistema científico del derecho penal en lengua no germana.

"El derecho penal liberal requiere un marco liberal, o sea, una constitución; ante la ausencia, primitivismo o rudimentariedad de este instrumento, la intencionalidad política liberal de Carmignani en la construcción del sistema lo llevaba a procurarlos en la razón y a pretender deducirlos de ella."<sup>9</sup>

Siguiendo el sistema de Carmignani, pero superándolo ampliamente, aparece en el escenario de la escuela liberal Francesco Carrara, conocido como 'el Maestro de Pisa'. En su 'Programma del Corso di Diritto Criminale' (1859) la construcción del sistema de derecho penal alcanza los niveles más altos de depuración técnica, tanto que cuando muere Carrara se empieza a visualizar el proceso de demolición del derecho penal liberal, y deja "una de las obras más difíciles de superar que puedan leer ojos de penalista", en el decir de Jiménez de Asúa.<sup>10</sup>

"Ya tenemos el derecho penal liberal construido por unos hombres que lo creen definitivo. Conviene recordar que Carrara le confía a sus discípulos el encargo de dedicarse más bien al derecho adjetivo, al derecho formal y rituario, que al derecho material, el cual creía asentado para siempre."<sup>11</sup>

Después de estos años de consolidación del pensamiento penal liberal vienen los años del desplome. Se creía que la libertad estaba asegurada para siempre, pero siempre hay que estar velando las armas, como Don Quijote, presto a defender el ideario liberal.

La Revolución Francesa había proclamado las insignias de LIBERTAD, IGUALDAD Y FRATERNIDAD. En cada una de esas banderas, el derecho penal construyó su ciencia:

LIBERTAD: 'nullum crimen sine lege'. A este principio liberal el naciente nazismo impone el 'nullum crimen sine poena'.

IGUALDAD: el tipo objetivo, tan deseoso de ser igual, que el Código francés de 1810 no quiso aceptar los atenuantes ni agravantes por presunta vulneración del aquel principio de igualdad. Después comprendieron que estaban equivocados, porque sabemos que la verdadera igualdad consiste en tratar desigualmente a los seres desiguales. Este principio liberal se destruye oponiendo al derecho penal de acto el derecho penal de autor.

FRATERNIDAD: la guillotina fue un síntoma de fraternidad, todas las clases morían del mismo modo y sin experimentar sufrimiento.

En Rusia los avances antiliberales llegaron tan lejos que se ideó un Código Penal (el de Krylenko) sin dosimetría ni parte especial.

## POSITIVISMO

<sup>7</sup> Foucault, Michel: 'Las palabras y las cosas', XXI, 2002, Bs As.

<sup>8</sup> El término 'Escuela Clásica' lo utilizó Ferri al principio de forma peyorativa, porque pretendía incluir bajo este término a todos los autores que se habían ocupado de problemas jurídico-penales antes del surgimiento del Positivismo criminológico que él defendía.

<sup>9</sup> Zaffaroni, Alagia, Slokar, op. cit.

<sup>10</sup> Opúsculo de Der. Penal y Criminología N° 16, Lerner, Cba.

<sup>11</sup> Jiménez de Asúa, op. cit.

En la segunda mitad del XIX ocurrieron 2 cosas que llevaron a un cambio de orientación en los estudios del Der. en general y del DP en particular: el nuevo concepto de ciencia y la variación del carácter del Estado.

Nuevo concepto de ciencia. Debido al gran desarrollo alcanzado por las ciencias de la Naturaleza, estimándose que la definición como ciencia sólo le corresponde a éstas y a las Matemáticas, por estimarse que sólo en ellas concurren los rasgos de exactitud y posibilidad de percepción por los sentidos. Sólo en ellas se puede utilizar el método experimental, el método empírico. Así, arrebatában a la ciencia jurídica el carácter de ciencia, pues le faltaba un objeto estable (las leyes cambian), ausencia de progreso y la consideración de que no contribuían al desarrollo de la humanidad.

Variación del modelo de Estado. El liberal atravesaba una profunda crisis. La Revolución Industrial, la aparición del proletariado (un elemento más de la lucha política) y las revoluciones de 1848 recababan de los poderes públicos la adopción de políticas intervencionistas. Se pedía un modelo de Estado Social intervencionista. En cuanto al DP, el aumento de la criminalidad pedía también una política de intervención contra ella.

Debido al nuevo concepto de ciencia y al afán por superar el Estado Liberal no intervencionista, buscando afrontar su ineficacia respecto al nuevo crecimiento de la criminalidad, nace el positivismo. Ahora se estima que la lucha contra la criminalidad debe hacerse de una forma mucho más global, se pide que el Estado intervenga directamente, que no se limite a aplicar el DP cuando sea quebrantado, sino que además actúe sobre el delincuente en algunos casos y que en otros actúe sobre los factores externos que lo llevaron al delito buscando, en última instancia, la reducción de las tasas de criminalidad.

Las críticas ancestrales contra estos autores se fundan en que se olvidan de las garantías individuales y se deja de lado todo estudio del Der. positivo, del delito como ente jurídico. Lo que tiene en cuenta es la peligrosidad social del delincuente, sin diferenciar entre peligrosidad social y criminal (realización de un delito).

Escuela Positivista Italiana: su fundador fue César Lombroso quien cambió el enfoque del delito como ente jurídico para dirigirlo hacia el delincuente como hecho observable. Lombroso era un alienista italiano que escribe 'L'uomo delinquente' en 1876, y pone en el centro de la escena penal al delincuente como fenómeno patológico. Elabora irreflexivas teorías en las que se afirma que el delincuente tiene una predisposición anatómica al delito. Le llevan a admitir la existencia de un delincuente nato por una malformación en el occipital izquierdo.

Para Lombroso el que delinque es un ser atávico, un europeo que no ha terminado su desarrollo embriofetal, y por ello el resultado era un ser parecido al salvaje colonizado: no tenía moral, se parecía físicamente al indio o al negro, tenía menor sensibilidad al dolor.

Con ello se había llegado a una 'biologización del delito', así la criminología nacía académicamente como un saber ordenado a señalar signos y síntomas de una especie humana inferior.<sup>12</sup>

¿Cómo funcionaba en la práctica estas alienadas teorías de Lombroso? La policía seleccionaba personas con los caracteres que proporcionaba la teoría lombrosiana, y Lombroso (es decir el científico) verificaba que los presos tuviesen esas características. La conclusión de Lombroso era que esas características eran causa del delito, cuando en realidad eran (y todavía lo son) causa de la prisión.

Pero como bien explica Zaffaroni, Lombroso no era un jurista, por lo que Enrico Ferri será quien le de trascendencia jurídica a la locura de

---

<sup>12</sup> Zaffaroni, Alagia, Slokar: op. cit.

Lombroso. Ferri rotula como 'delincuente nato' al 'uomo delinquente' de Lombroso, y ávido de rotulación también crea esa cosa amorfa e inexistente que llama 'escuela clásica', supuestamente fundada por Beccaria y capitaneada por Carrara, donde agrupa a todos los que lo antecedieron y piensan distinto que él.

El punto central de Ferri es que para su positivismo el delito no es la conducta de un hombre, sino el síntoma de un mecanismo descompuesto. El delito es síntoma de peligrosidad, por ello la medida de la pena está dada por la medida de la peligrosidad y no del acto ilícito. El delito es un síntoma, pero no el único. Con el 'estado peligroso sin delito' se quiso limpiar la sociedad de vagos, alcohólicos y todo aquel que demostrara peligrosidad predelictual.

Con Rafael Garófalo completamos el trío positivista italiano, y con él queda demarcada la tesis de 'guerra al delincuente' y la ciencia penal alcanza su más ínfimo nivel de contenido pensante.<sup>13</sup> Con él surge la idea de un 'delito natural', ya que las culturas que no compartían las pautas valorativas europeas eran tribus degeneradas que se apartaban de la recta razón de los pueblos superiores, y que eran a la humanidad lo que el delincuente a la sociedad. El delito natural sería el que lesione los sentimientos de piedad y justicia, que eran los pilares de la civilización occidental. En Rafael Garófalo se encuentran prefigurados todos los argumentos que luego esgrimirán los totalitarismos, un derecho penal protector de un modelo de sociedad autoconsiderado superior<sup>14</sup>.

#### **EL OTRO POSITIVISMO (Versiones positivistas con tendencia al pensamiento)**

Puede afirmarse la existencia de otras ramas del positivismo que no cayeron tan bajo en su nivel científico: como las escuelas alemanas (Von Liszt y su positivismo criminológico, y Binding y su positivismo jurídico) y el positivismo correccionalista español en la figura de Dorado Montero<sup>15</sup>.

Franz Von Liszt ocupó todas las áreas académicas que consideraba lindantes con el delito y formuló lo que llamó 'gesante Strafrechtswissenschaft' (ciencia total del derecho penal), en lo que incluiríamos al derecho penal de fondo, de forma, a la criminología, a la criminalística, política criminal y sus derivados. Von Liszt aporta una sistemática moderna al derecho penal, hasta antes de él no se tuvo una correspondencia con lo que hoy se plantea en un tratado o manual de derecho penal.

Para Von Liszt el derecho penal es 'la carta magna del delincuente'. Es decir, no protege al orden jurídico ni a la comunidad, sino al sujeto que ha obrado contra ella. Dispone para él el derecho a ser castigado sólo si concurren los requisitos legales y dentro de los límites establecidos por la ley.

En su célebre Programa de Marburgo (1882) habla de que "el derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal", es decir que la dogmática penal es la que debe acotar el poder punitivo, ponerle límite al pensamiento policial que se encarnaba en la política criminal.

Von Liszt adjudica a la pena, y como parte de un Estado intervencionista, un fin preventivo especial, rechazando el retribucionismo. Tal prevención tiene, a su juicio, un triple contenido: corrección de los delincuentes corregibles y necesitados de mejora, no intervención en caso de delincuentes no necesitados de mejora y la inocuidad de los delincuentes no susceptibles de mejora o incorregibles. Defiende así la pena

<sup>13</sup> Zaffaroni, Alagia, Slokar: op. cit.

<sup>14</sup> Véase como ejemplo el 'sano sentimiento del pueblo' al que apelaron entre otros el régimen nazionalsocialista alemán.

<sup>15</sup> Se recomienda el trabajo insigne de Manuel de Rivacoba y Rivacoba.

indeterminada. En todo caso, ya admite la doble vía penal: penas más medidas de seguridad.

Karl Binding con su positivismo jurídico desarrolló la teoría de las normas, donde afirma que el delincuente no viola la ley penal sino que la cumple, lo que viola es la norma prohibitiva u ordenatoria que subyace dentro de la norma penal.

El exclusivo objeto de análisis del jurista, en la concepción de Binding, es el Der. Positivo. Se excluye toda valoración metajurídica. Cualquier problema que no quede dentro del Der. no tiene importancia para el penalista. En definitiva, su labor se centra en el estudio de las normas penales como objeto y esencia fundamental del delito. El carácter estrictamente liberal de sus construcciones se ve sobre todo en su Teoría de la Pena. Con Binding se consuma la configuración de la Escuela Clásica de DP, si bien ya se le nota una actitud típicamente positivista. Clásico también porque pone mucho interés en plasmar con toda precisión las garantías del ciudadano frente al Estado. Defiende, por ejemplo, el retribucionismo como límite a los excesos del Estado, al igual que lo plantearon Kant y Hegel. Sin embargo, como buen positivista, se diferencia de la Escuela Clásica al aislar un sector de la realidad, el jurídico, estudiándolo al margen de otros aspectos de la misma realidad (sociológico, criminológico, económico...). El normativismo de Binding no se importó a la Argentina, a diferencia de las otras corrientes.

Dorado Montero fue el primero en afirmar que todos los delitos son creaciones políticas y el Estado es quien las determina a través de las leyes penales.

### **LA CRISIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO**

El Positivismo entra en crisis desde finales del XIX, surgiendo nuevos movimientos doctrinales. Entre ellos el Neokantismo y el Finalismo.

### **NEOKANTISMO (Edmund Mezger)**

En él se encuadran 2 direcciones distintas: la Escuela de Marburgo y la Escuela Sudoccidental Alemana.

La crítica básica del Neokantismo al Positivismo es la insuficiencia de su concepto de ciencia. El método de las Ciencias Naturales sólo da un conocimiento parcial, pues sólo determina aquello que se repite. Es necesario añadir las ciencias del espíritu y otras clases de métodos distintos a los científicos naturales. Es necesario referir los datos de la realidad a los valores de una comunidad, lo que se hace a través de las Ciencias de la Cultura, entre ellas el Derecho.

Por tanto, el Neokantismo distingue entre la Ciencias Naturales, que consideran su objeto libre de valores y de sentido, y las Ciencias de la Cultura, que refieren su objeto a valores y por tanto tienen sentido.

Para los neokantistas, tanto unas como otras son ciencias (al contrario que el Positivismo) con la diferencia de que el objeto y el método es distinto. La ciencia del Derecho es una ciencia del deber ser, porque en su objeto de conocer el Der. Positivo tiene que acudir a valoraciones. Catalogar la ciencia del Der. de esta manera ha estado en la base de los estudios jurídico-penales hasta nuestros días y ha producido efectos de distinto signo:

- Efecto positivo: ha sido la base para el gran desarrollo de la dogmática penal al delimitar con claridad qué es lo que le correspondía estudiar a la ciencia del DP distinguiendo de aquéllo que le correspondía a las Ciencias de la Naturaleza, que en este caso sería la Criminología.

- Efecto negativo: llevó a una radical separación de ambas ciencias, dogmática penal y Criminología.

El Neokantismo es, así, una nueva forma de volver al Positivismo Jurídico, pues ambas parten del mismo hecho: el Der. Positivo.

## FINALISMO

El renacimiento del derecho natural en los primeros años de la segunda posguerra, era un necesario volver a fundar el derecho penal en límites precisos y garantistas. Pensemos que en esa instancia histórica los ensayos constitucionales europeos eran un fracaso rotundo, los tratados internacionales de derechos humanos estaban en pañales (sólo existía la 'declaración' de derechos humanos de 1948, pero una declaración no es un tratado). Hasta antes de la posguerra se decía que toda ley era derecho, y ello llevó a resultados atroces por todos conocidos. Después de la debacle se hacía urgente ponerle límites al legislador, y como el derecho supranacional y supralegal estaba todavía en gestación había que recurrir al derecho natural.

La más modesta de todas las 'remakes' de la doctrina del derecho natural fue la de Hans Welzel con su teoría de las estructuras lógico reales. Se trataba de un derecho natural en sentido negativo: no pretendía decir cómo debería 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 de la realidad. Según Welzel, cuando se 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.<sup>16</sup>

Hans Welzel: Su punto de partida es muy distinto a los anteriores. Pone el acento nuevamente en la dignidad de la persona y en la idea de legalidad, pero sin partir de la existencia de un Der. Natural como algo dado a priori. Los resultados de las Ciencias Culturales no dependen exclusivamente de las valoraciones que el científico introduzca en su consideración del objeto, sino que el objeto que se quiere analizar condiciona los resultados del razonamiento científico.

Sigue distinguiendo entre Ciencias de la Naturaleza y del Der. como los neokantistas. Las primeras buscan el conocimiento de la realidad causal y las del Der. estudian la realidad de las acciones humanas en su finalidad.

Así floreció el finalismo welzeliano como respuesta al neokantismo. Su originalidad no fue de cambiar de lugar el dolo (eso ya lo habían hecho von Weber y Graf zu Dohna) sino darle forma a su teoría dentro del marco histórico que le tocó vivir.

### Teoría de las estructuras lógico objetivas o lógico reales de Welzel

El objeto desvalorado no es creado por la desvaloración sino que es anterior a ella o bien existe con independencia de la misma; el derecho, cuando desvalora una acción no la crea, pues existe independientemente del desvalor jurídico. La desvaloración debe respetar la estructura del ente que desvalora, puesto que su desconocimiento la hará recaer sobre un objeto distinto o en el vacío. Estructuras lógico objetivas son las que vinculan al legislador con el ser de lo que desvalora. Cuando desconoce una estructura de esta naturaleza la legislación es imperfecta, fragmentaria, pero no por ello inválida, porque la valoración sigue siendo tal aunque recaiga sobre un objeto diferente. No obstante, habría un límite

---

<sup>16</sup> Zaffaroni, conferencia, op. cit.



en que ese desconocimiento invalidaría directamente la norma: cuando lo que desconoce es la estructura del ser humano como persona.<sup>17</sup>

### **COROLARIO**

Una primera aproximación a las ideas jurídicas penales de todos los tiempos, y especialmente, a las que están en vigencia en la actualidad, ante esta diversidad dogmática, estamos ante el peligro –como nos previene Zaffaroni– “de caer en el desprecio de la tentativa de hacer una construcción racional del ejercicio del poder punitivo o de la contención del mismo”. En la próxima entrega, se abordará el funcionalismo penal en las versiones de Claus Roxin y Günther Jakobs.

---

### **RESUMEN:**

- Dogmática jurídica. Disciplina estrictamente jurídica cuyo único objeto es el estudio del DP positivo.
- Política criminal. Se ocupa de valorar la legislación penal desde la perspectiva de los fines que con ella se persiguen, proponiendo en el caso de que considere que no los alcanza las correspondientes alternativas.
- Criminología. Su objeto de estudio es el delito entendido como un hecho de la vida social o como un hecho de la vida del individuo.

### **Matías Bailone, 2003**

Ayudante alumno de Derecho Penal I (Universidad Católica de Cuyo, sede San Luis)

Editor de [www.carlosparma.com.ar](http://www.carlosparma.com.ar)

e-mail: [matias.bailone@carlosparma.com.ar](mailto:matias.bailone@carlosparma.com.ar)

---

<sup>17</sup> Zaffaroni, Alagia, Slokar: op. cit.