

ZAFFARONI

**TRATADO  
DE  
DERECHO  
PENAL**

PARTE  
GENERAL

II

EDIAR

IMPRESO EN LA ARGENTINA

*Queda hecho el depósito que exige la ley 11.725*  
Copyright by Ediar Sociedad Anónima Editora,  
Comercial, Industrial y Financiera, Tucumán 927,  
6º piso, Buenos Aires

**1987.**

**EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**

Profesor Titular de la Universidad Nacional  
de Buenos Aires  
Secretario General Adjunto de la  
Association Internationale de Droit Pénal

# TRATADO DE DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

II



**EDIAR**

SOCIEDAD ANÓNIMA EDITORA,  
COMERCIAL, INDUSTRIAL Y FINANCIERA



## TÍTULO II

### FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICO-POLÍTICA DEL HORIZONTE DE PROYECCIÓN DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

- CAPÍTULO VIII: El pensamiento antiguo y medieval.
- CAPÍTULO IX: El racionalismo penal.
- CAPÍTULO X: El romanticismo penal.
- CAPÍTULO XI: El derecho penal y algunas corrientes del pensamiento contemporáneo.
- CAPÍTULO XII: El derecho penal y algunas líneas del pensamiento político.
- CAPÍTULO XIII: Las sendas abiertas hacia una fundamentación antropológica de la ciencia del derecho penal.



## CAPÍTULO VIII

### EL PENSAMIENTO ANTIGUO Y MEDIEVAL

I. — EL CRITERIO EXPOSITIVO: 105. El criterio expositivo. - II. — LAS HEBRAS LEJANAS: 106. El pensamiento oriental. 107. ¿Carecía de fundamentación antropológica el pensamiento prehispánico? - III. — EL PENSAMIENTO GRIEGO: 108. Los presocráticos. 109. Sócrates. 110. Platón. 111. Aristóteles. - IV. — EL PENSAMIENTO POST-ARISTOTÉLICO: 112. El estoicismo. 113. Otras corrientes. - V. — EL DERECHO PENAL Y EL PENSAMIENTO MEDIEVAL: 114. Caracterización. 115. El pensamiento antropológico medieval. 116. San Agustín. 117. La escolástica: Santo Tomás. 118. Duns Escoto y las perspectivas que se desprenden del debate escolástico. 119. La mística.

*“Lo que en un principio movió a los hombres a hacer las primeras indagaciones filosóficas fue, como lo es hoy, la admiración” (Aristóteles, Metafísica, I, 2).*

#### I. — EL CRITERIO EXPOSITIVO

105. El criterio expositivo. Recordaba Carrara que la historia de todas las ciencias, al decir de un filósofo, no es otra cosa que la historia de los errores humanos, reconociendo en ello una verdad dolorosa, pero recalcando que es *“tanto più dolorosa nella scienza nostra; poichè gli errori nella medesima abbiano lasciato dietro a sè un vasto solco di sangue in un mare di lacrime”*<sup>1</sup>. La afirmación del maestro de Pisa se hace más certera y dramática a medida en que las relaciones del mundo se complican, provocando una tem-

<sup>1</sup> CARRARA, *Varietà dell'idea fondamentale del giure punitivo*, en “Opuscoli”, Prato, 1878, I, pp. 115 a 188 (158-9).

pesta axiológica que enfrentan al penalista con la urgencia de resolver problemas concretos en medio de las más graves crisis<sup>2</sup>. Hoy más que nunca se requiere un pensamiento sólido, pero el mismo no puede lograrse sin una toma de posición filosófica<sup>3</sup>.

La solidez del pensamiento jurídico-penal no puede depender exclusivamente de su coherencia interna, prescindiendo de su fundamentación y correlación con las corrientes generales del pensamiento humano. De esta vinculación no sólo se halla necesitado el legislador, sino también —y no menos que el anterior— el intérprete, es decir, la misma construcción dogmática. Pretender que la política penal es la única necesitada de fundamentación filosófica y que una vez plasmada legislativamente, la dogmática puede prescindir de ella y construir teóricamente, sin apoyo alguno fuera de la ley misma, resulta absurdo a esta altura de la ciencia jurídica. La política penal se plasma en la ley tanto como en la dogmática jurídico-penal y ambas deben reconocer un fundamento que, en último análisis, desemboca en la concepción que se tenga del hombre. Ante la magnitud del problema, es bastante explicable que el técnico quiera evitárselo. Quizá sea del caso recordar una de las *Consideraciones* de Kafka: “Puedes mantenerte alejado de los dolores del mundo, eres libre de hacerlo y responde a tu naturaleza, pero tal vez esa abstención tuya es el único dolor que podrías evitar”<sup>4</sup>.

Como consecuencia de las dificultades del problema, se fue haciendo hábito dejar esta problemática fuera de las obras generales y reservarla a otros especialistas o a obras especiales. Este criterio, muy propio de autores contemporáneos, se ha hecho “clásico” desde que se suele afirmar que nos hallamos en la “pax dogmática”, superada ya la vieja “lucha de escuelas”, pero difiere del adoptado por los autores hasta el siglo pasado, que por nuestra parte consideramos preferible, porque lo contrario resulta en cierta medida la negación de toda nuestra tradición cultural. En efecto: el establecimiento de un ideal de cultura como principio formativo, proviene de la *Paideia griega*<sup>5</sup> en su forma consciente, tiñendo desde

<sup>2</sup> NUVOLONE, PIETRO, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, pp. 11-12.

<sup>3</sup> Cf. MARTÍNEZ VAL, JOSÉ M., *El horizonte filosófico del derecho penal*, Madrid, 1958.

<sup>4</sup> KAFKA, FRANZ, *Consideraciones acerca del pecado, el dolor, la esperanza y el camino verdadero*, Bs. As., 1975, p. 32.

<sup>5</sup> Cf. JAEGER, WERNER, *Paideia*, trad. de Joaquín Xirau y Wenceslao Roces, México, 1971, p. 7.



entonces toda la historia europea. Pasar por alto este fenómeno en cualquier manifestación de la vida en co-existencia, y especialmente en el campo del derecho penal, no hace más que sepultar en lo inconsciente —y por ende en lo irracional— lo que los griegos tuvieron la virtud de hacernos consciente y permitírnos de ese modo el intento de hacerlo también racional.

Cualquier desarrollo teórico del derecho penal debe mostrar de dónde viene y adónde va o, al menos, pretender hacerlo con seriedad. Renunciar a ello implica inevitablemente ignorar u ocultar su designio, lo que trunca todo desarrollo constructivo. Con toda razón se ha afirmado: “la más grande de las desdichas que le puede ocurrir a un estudioso del derecho, es la de no haber sentido nunca su disciplina en un estado de ansia filosófica. O mejor aún: en un estado de ansia por no haber comenzado por una plena formación filosófica, para llegar después de ella al trabajo menudo de su ciencia. No hay estado de plenitud científica si no se llega a tocar esta línea limítrofe de una rama particular”<sup>6</sup>

Convencidos como estamos de estas afirmaciones, intentaremos mostrar de dónde partimos y adónde queremos llegar, ocupándonos a ese efecto, en primer lugar, de la relación de nuestra disciplina con el pensamiento filosófico (capítulos VIII a XI) y luego con el político (capítulo XII).

Puede llamar la atención que tratemos por separado la vinculación con el pensamiento político, pero creemos que, pese a estar el mismo frecuentemente imbricado con el filosófico, suele escindirse del mismo, urgido por la necesidad práctica, lo que enturbia su perspectiva general.

Puestos a la tarea de considerar las relaciones del pensamiento penal con el filosófico, tenemos dos sendas para su tratamiento: una de ellas consistiría en historiar el pensamiento filosófico y extraer las consecuencias penales de cada una de sus corrientes, hayan sido o no observadas por otros autores con anterioridad; la otra seguiría la historia del pensamiento penal, señalando las influencias que cada corriente del pensamiento filosófico haya tenido sobre el mismo. Puede decirse, en síntesis, que el hilo conductor de la exposición puede seguirse tomando como referencia el curso del pensamiento filosófico o el del pensamiento penal.

Ambos enfoques conductores tienen inconvenientes. *El primero*

<sup>6</sup> COUTURE, EDUARDO J., prólogo a James Goldschmidt, *Problemas generales del derecho*, Bs. As., 1944, p. 9.

nos obligaría a una revisión de toda la historia de la filosofía, lo que, aparte de ser una tarea individualmente irrealizable, puesto que no se trata de una mera remisión, sino incluso de una reelaboración (dado el peculiar enfoque de nuestro interés), tiene el inconveniente de ser en sí mismo casi impracticable. Debemos tener en cuenta que cada corriente filosófica pertenece a una época, resultando distinto el signo de sus consecuencias jurídico-penales, según que las mismas hayan sido extraídas en el contexto histórico en que el pensamiento fue enunciado, con posterioridad o en nuestro tiempo. *El segundo* camino, por su parte, tiene el inconveniente de privarnos del análisis de las consecuencias penales de pensamientos filosóficos que no hayan sido suficiente o correctamente explotados en nuestro campo, como sucede especialmente con los más contemporáneos. Por otro lado, también aquí puede estar alterado el signo de su ponderación, debido a la no coetaneidad del enunciado filosófico con el de sus consecuencias penales, sin contar con que algunas posiciones penales no reconocen una filiación filosófica clara.

En atención a los inconvenientes apuntados, no nos resta otra solución que elegir un camino *selectivo*, que, como tal, no puede menos que estar cargado de intencionalidad. Apuntamos primordialmente a la imagen antropológica con que debe manejarse el derecho penal en la fundamentación del valor de los valores jurídico-penales. Dentro de esta posición, seleccionamos los puntos de interés conforme a la *vigencia* conservada por el pensamiento que exponemos, entendiendo por tal su *presencia en la actualidad*, sea como dato señalador de una adecuada fundamentación antropológica por indicarnos la senda a este respecto o por indicarnos un camino que debemos evitar.

No creemos que la temática que nos ocupa quede reservada al "filósofo del derecho", si por tal se entiende a quien se ocupa de un coto cerrado. No nos ocuparemos aquí de la naturaleza de la filosofía del derecho, es decir de su pertenencia a la filosofía o al derecho<sup>7</sup>, pero no creemos que pueda escindirse a la filosofía de la ciencia, en el sentido en que Stephen Toulmin afirma que mientras que el lenguaje del filósofo es el del espectador, el del científico es el del participante<sup>8</sup>,

<sup>7</sup> No obstante, nos inclinamos por su pertenencia a la filosofía. Sobre esta discusión, ENGISCH, KARL, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, München, 1971, pp. 1-9; KAUFMANN, ARTHUR, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, en KAUFMANN-HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg-Karlsruhe, pp. 1 y ss.

<sup>8</sup> *The philosophy of Science*, London, 1953, pp. 13-16; cit. por FERRATER MORA, *Indagaciones sobre el lenguaje*, Barcelona, 1970, p. 12.

puesto que ambos son aspectos de un general problema de conocimiento como descubrimiento de la verdad y, por ende, creemos que cada filosofía pertenece a una época, o, como lo expresaba Hegel<sup>9</sup>, es su tiempo apresado en pensamientos, por lo que "hacer una filosofía pasada la nuestra, es tan imposible como producir por segunda vez una obra de arte", pudiéndose solo "copiarla engañosamente"<sup>10</sup>.

Es menester aclarar que no nos proponemos rastrear aquí hasta sus más mínimos detalles y últimas ramificaciones, el origen de las diversas fundamentaciones filosóficas que se han dado o pretendido dar al derecho penal, como tampoco llegar hasta sus mínimas consecuencias, tarea que nadie ha hecho<sup>11</sup> y que además excedería en mucho los límites de una obra general. Aparte de nuestra confesada intencionalidad, que nos orienta hacia el problema antropológico en sus más directas líneas conectivas con el penal —y todo ello limitado por el antedicho criterio de "vigencia" del pensamiento— nos ceñimos a las más gruesas consecuencias. Conforme a lo expuesto, nuestra exposición estará limitada por la selección que deviene de una búsqueda antropológica y por la restricción al pensamiento que conserva vigencia actual para esa búsqueda, reduciéndose también la misma a sus principales consecuencias.

El criterio selectivo, como que apunta a una fundamentación antropológica del derecho penal, es explicable que dentro de lo filosófico otorgue prioridad al aspecto antropológico, es decir, a la pregunta sobre el ser del hombre. Esto último, de toda forma, consideramos que no puede tildarse de parcial, pues cualquier intento de comparación filosófica no puede tener otro denominador común que el hombre<sup>12</sup>.

En la búsqueda que sintetizamos en estos capítulos confesamos andar en pos de una distinción entre el derecho penal antropológicamente fundado y el derecho penal represivo. Si bien todo derecho penal es "represivo" *lato sensu*, *stricto sensu* consideramos represivo al que quiere llevar la modelación del hombre más allá de los límites requeridos por el desarrollo libre del hombre en co-existencia. Esta intencionalidad hará

<sup>9</sup> Sobre ello, KAUFMANN, WALTER, *Hegel*, Madrid, 1972, p. 277.

<sup>10</sup> JASPERS, KARL, *La filosofía desde el punto de vista de la existencia*, México, 1965, p. 118.

<sup>11</sup> Un intento representa la obra de FAUSTO COSTA, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, aunque queda hoy bastante incompleto.

<sup>12</sup> Cfr. RAJU, P. T., en Radhakrishnan-Raju, *El concepto del hombre*, México, 1964, pp. 18-19.

que pasemos por alto algunos aportes fundamentales de los filósofos que mencionaremos a la filosofía general, cuando consideremos que no se hallan en una relación directa con nuestra ciencia en cuanto a su fundamentación antropológica.

## II. — LAS HEBRAS LEJANAS

106. **El pensamiento oriental.** En el pensamiento oriental suele hallarse el germen de muchas posiciones que luego habrán de sostenerse en occidente. Aquí no nos corresponde ocuparnos de la prioridad cronológica, pues aunque ésta no sea cierta en múltiples ocasiones, es demostrativa de que el pensamiento humano, desarrollándose en épocas y culturas diferentes, tiene “algo” de común respecto de nuestra materia.

Los filósofos occidentales suelen pasar por alto el pensamiento oriental, afirmando su carácter irracional y religioso. A título de ejemplo, Guido de Ruggiero y Sciacca<sup>13</sup> ni siquiera mencionan la filosofía oriental, en tanto que Marías se refiere a ella como un “oscuro problema”<sup>14</sup>. En la vertiente de interés jurídico, Verdross limita su estudio a la filosofía occidental<sup>15</sup>, aunque no desconoce la necesidad de entroncar con otros pensamientos; Welzel parte directamente de los griegos<sup>16</sup> y Costa hace una brevisima referencia a la responsabilidad objetiva y colectiva en el antiguo Oriente<sup>17</sup>, que pasa por alto importantísimos aspectos de ese pensamiento.

Es verdad que el pensamiento oriental no tuvo la precisión del pensamiento de occidente, pero no por ello puede ignorarse su curso como expresión de culturas milenarias. Si bien algunos creen que el pensamiento griego arranca en Oriente —lo que otros niegan<sup>18</sup> y otros afirman que es cuestión que deberá esclarecer la antropología—, incluso sería más interesante su análisis si ambos se hubiesen generado con total independencia. Hoy los filósofos orientales miran abiertamente a la filosofía occidental, en tanto que muy pocos occidentales —al menos abiertamente— reparan en la filosofía oriental (Jaspers es uno de los que lo hizo). Sin embargo, los “gérmenes comunes” nos revelan

<sup>13</sup> GUIDO DE RUGGIERO, *Sommario di Storia della Filosofia*, Bari, 1927; SCIACCA, MICHELE FEDERICO, *Historia de la Filosofía*, Barcelona, 1966.

<sup>14</sup> MARIAS, JULIÁN, *Historia de la Filosofía*, Madrid, 1958, p. 9.

<sup>15</sup> VERDROSS, ALFRED, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, trad. de Mario de la Cueva, México, 1962.

<sup>16</sup> WELZEL, HANS, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1962.

<sup>17</sup> COSTA, FAUSTO, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, trad. de Mariano Ruíz Funes, México, 1953, p. 3.

<sup>18</sup> Así, ABBAGNANO, NICOLÁS, *Historia de la Filosofía*, I, Barcelona, 1973, pp. 3-4; también lo niega JASPERS, KARL, *Conferencias y ensayos sobre historia*

una básica coincidencia antropológica, importante por sus consecuencias jurídico-penales<sup>19</sup>.

No obstante que suele atribuirse al pensamiento oriental un carácter religioso<sup>20</sup>, lo cierto es que en la gran mayoría de las múltiples corrientes orientales predomina “el interés por el hombre antes que por la naturaleza o por Dios”<sup>21</sup>, actitud que occidente tardó mucho en conquistar y que aún hoy suele ponerse en duda. Por otra parte, tampoco fueron filosofías que negaron al hombre su individualidad, pese a que no se ocupaban a veces del problema de la inmortalidad del alma y a que muchas de ellas la negasen. “Tanto Buda como Confucio se negaron a contestar preguntas sobre el más allá: el primero explicaba que un médico no tiene tiempo para discusiones metafísicas, y el segundo decía que si no conocemos la vida no podemos esperar conocer la muerte”<sup>22</sup>.

Durante siglos sostuvo un sector de la filosofía jurídica occidental que no es posible un derecho respetuoso de la dignidad humana que no parta de la idea aceptada del destino ultraterreno del hombre. Sin embargo, el antiguo pensamiento oriental —al que como vimos muchos se resisten a calificar de “filosófico”— andaba a la búsqueda de la dignidad del hombre sin sacarlo de la esfera terrena y “mostrable”.

El pensamiento oriental contiene un verdadero canto de fe en el hombre, siendo el problema del hombre el central problema del derecho, que se hace más dramático en su rama penal. En general, sostenía la naturaleza “buena” del hombre —que el pensamiento occidental sostendría con múltiples pensadores (como Rousseau)—, atribuyendo el mal a la ignorancia (posición intelectualista que veremos en Sócrates y en todas las corrientes “correccionalistas”), admitiendo, por ende, que el mal puede ser destruido por el propio hombre. “El hombre es causa de su propia caída. Él debe, y puede, lograr su propia salva-

---

de la filosofía, Madrid, 1972, p. 7; otra opinión parece sostener ZELLER, fundado en el mito órfico-dionisiaco (*Fundamentos de la filosofía griega*, Bs. As., 1968, 22-4); MAULANA ABUL KALAM AZAD, en *Storia della filosofia orientale*, Feltrinelli, Milano, 1978, I, 21 y ss.

<sup>19</sup> Sobre ello, SCHUBART, WALTER, *Europa y el alma de oriente*, Bs. As., 1947.

<sup>20</sup> ABBAGNANO, loc. cit.

<sup>21</sup> CHAN, WING-TSIT, *El espíritu de la filosofía oriental*, en autores varios, “Filosofía de Oriente”, México, 1954, pp. 9 y ss. (19).

<sup>22</sup> Idem, 22-3; también del mismo autor, *Historia de la filosofía china*, en el mismo volumen, pp. 65-6.

ción<sup>23</sup>. Aquí no hay nada parecido a la "natura corrupta", pensamiento que engendró en Europa brutales sistemas penales.

*Confucio* (551-479 a.C.) predicó una verdadera ética de amor<sup>24</sup>, partiendo de la afirmación de que el bien individual no es obtenible, sino es a partir del bien de todos<sup>25</sup>, lo que consignaba con palabras similares a la llamada "regla de oro kantiana"<sup>26</sup>. Su concepto de la veracidad no es un mero "no mentir"<sup>27</sup>, sino que se acerca mucho a la "autenticidad" de que se habla en el pensamiento contemporáneo. En todo esto no hay más que un profundo sentido humanista, que se suele pasar por alto en occidente, pero que es el que nutre las corrientes más duraderas del pensamiento penal<sup>28</sup>.

*Hsün Tsé* (355-288 a.C.) advirtió que "descubrir al hombre y especular sobre la naturaleza es comprender mal los hechos del universo"<sup>29</sup>, principio que es conveniente tener en cuenta hoy más que nunca, frente a la visión deforme a que nos conducen las distintas versiones del positivismo, cuyas consecuencias últimas son sistemas penales autoritarios e irresponsables. *Mo Tsé* (siglo V antes de C.) también predicó una ética humanista fundada en el amor, aunque por un camino más pragmático que Confucio. Para él los valores deben aplicarse a la práctica, para ver si contribuyen a la "promoción del bienestar general y a la desaparición del mal". Este principio lo reencontramos al reaccionar frente a cualquier ideología alienante. La filosofía mohista del "amor universal" también se asentaba en la "regla de oro", que en nuestro tiempo habría de reivindicar en la filosofía jurídica Maihofer<sup>30</sup>. Así "cada uno debe tratar a los otros países como al propio, tratar a las otras familias como a la propia y tratar a las otras personas como a sí mismo"<sup>31</sup>.

<sup>23</sup> Idem, 24-5.

<sup>24</sup> "Yen" es la palabra clave de su filosofía, que significa tanto "amor" como "hombre" (Cfr. CHANG, WING-TSIT, *El concepto del hombre en el pensamiento chino*, en Radhakrishnan-Raju, "El concepto del hombre", México, 1964, pp. 228-236).

<sup>25</sup> WALEY, *The Analects of Confucius*, London, 1932, XII, 22.

<sup>26</sup> Idem, XV, 23. Sobre la influencia del confucianismo en el derecho penal, chino, Tjong, Zong Uk, *Zur Geschichte der Kodifikation des Strafrechts in Ostasien*, en "Zeitschrift StW", 84, 1972, pp. 1088 y ss. (1082-3).

<sup>27</sup> CHAN, op. cit., p. 70.

<sup>28</sup> Sobre Confucio: DOEBLIN, ALFRED, *El pensamiento vivo de Confucio*, Buenos Aires, 1946; KAO, JEAN BAPTISTE, *La filosofía social y política del confucionismo*, Bs. As., 1945; VANNICELLI, LUIGI, *Pensatori cinesi*, Brescia, 1945.

<sup>29</sup> Cit. por CHAN, p. 74.

<sup>30</sup> V. infra, § 177.

<sup>31</sup> CHAN, p. 85.

Hacia el siglo iv surge en China la escuela *Yin-Yan*, cuyos elementos habrán de caracterizar todo el medioevo chino, aunque a veces caiga en una verdadera superstición. No son los detalles de la milenaria evolución de la misma los que nos interesan aquí, sino la ideal central del "*Yin-Yan*", según la cual el hombre es un microcosmos que reproduce el macrocosmos (en su mayor vuelo filosófico esta reproducción es intelectual y en las épocas de decadencia del pensamiento se la tomó al pie de la letra). En el hombre, como en el cosmos, operan dos principios: el *Yin* (principio pasivo o femenino) y el *Yan* (principio activo o masculino). Nada hay que sea *Yin* o *Yan*, sino que ambos principios interaccionan, elaborándose una verdadera concepción dialéctica del hombre y del cosmos, que habría que culminar muchos siglos después, iluminada de racionalismo, en una admirable construcción neo-confuciana que proclamaba la necesidad de mantener la inviolabilidad de los deseos y de los sentimientos, procurando sólo su armonización (siglo xviii). Esta dialéctica culminó en un racionalismo que no negó el sentimiento (como a veces sucedió en occidente, perdiendo así la senda humanista), ni exaltándolo hasta negar la razón (como también llegó a hacer occidente, llegando a la teoría del derecho del más fuerte). El neo-confucianismo de los últimos trescientos años<sup>32</sup> sostuvo una armonización del sentimiento y de la razón parecida a la postulada durante el escolasticismo<sup>33</sup> al menos por un sector del mismo, pero que en lugar de desarrollarse y profundizarse, se perdió en occidente durante siglos, disuelto en un puro racionalismo individualista (generador de una patología del racionalismo) o en un rabioso irracionalismo romántico (que engendra un derecho penal descaradamente autoritario).

El *hinduismo*, por su parte, se nos revela como un pensamiento idealista que se desliza por el camino que esta vertiente siguió en occidente con desgraciada frecuencia, sea como platonismo o como hegelianismo: se convierte en puntal ideológico de una organización social aristocrática. En el caso del hinduismo se trató de una jerarquizada organización de castas. Se ha afirmado con razón que "los *Upanishads*, el Vedanta, Spinoza, Hegel y todos sus seguidores son tan afines, que vistos a cierta distancia desaparecen sus diferencias"<sup>34</sup>. Contra esta filosofía hinduista se alzó un personalismo in-

<sup>32</sup> Sobre él, CHAN, pp. 110 y ss.

<sup>33</sup> *Infra*, § 118.

<sup>34</sup> CONGER, GEORGE P., *Esquema de la filosofía de la India*, en "Filosofía de Oriente", cit., p. 61; todo esto sin perjuicio de reconocer la enorme

dividualista asentado sobre el principio de indeterminación: la filosofía budista<sup>35</sup>, que desconoció la sociedad de castas. La filosofía budista encierra una enseñanza que será reivindicada por el más sano pensamiento filosófico de nuestro tiempo: el hombre no es portador de un sumo principio de libertad, pero puede alcanzar esa libertad. Este principio choca frontalmente contra los intentos de "dar" al hombre su libertad quitándole su elección, que tantos errores ha determinado en el derecho penal occidental<sup>36</sup>.

En síntesis: la filosofía oriental contiene numerosos elementos que estarán presentes luego en la fundamentación filosófica de lo que nosotros llamamos "derecho penal antropológicamente fundado". Si su forma de expresión no coincide con la que estamos habituados, ello no autoriza el desconocimiento de los principios ni la negación de su importancia.

En concreta referencia al pensamiento jurídico y político, cabe destacar la tendencia democrática del pensamiento chino, que llegó a sostener que "la voluntad del pueblo es la voluntad del cielo", considerando al soberano como un representante de estos intereses. Mencio (siglo IV a.C.) dijo: "El pueblo es de primera importancia. El Estado es de menor importancia. El soberano es de la menor importancia"<sup>37</sup>. Se reconoció un derecho de rebelión contra el gobierno arbitrario, lo que revela la existencia de una concepción jusnaturalista de base ética, que se fundaba en cinco relaciones básicas enunciadas por Confucio (soberano y súbditos, padres e hijos, marido y mujer, hermano mayor y menor, amigo y amigo<sup>38</sup>), que recuerda bastante significativamente el "ser-cómo" de Maihofer<sup>39</sup>.

En la India, Manú y Buda insistieron en un código de "diez libertades humanas" que comprendía la "liberación de la miseria", lo que señala un sentido social de este pensamiento, que recién se asentará en occidente en nuestro siglo<sup>40</sup>.

---

diversidad de matices, de los cuales no cabe que nos ocupemos aquí en detalle (sobre ellos, *Storia della filosofia orientale, a cura di Sarvepalli Radhakrishnan*, Feltrinelli, Milano, 1978).

<sup>35</sup> V. TAKAKUSU, JUNJIRO, *El Budismo como filosofía de "asidad"*, en "Filosofía de Oriente", cit., pp. 122 y ss. (128-130 y 147).

<sup>36</sup> Sobre hinduismo, COOMARASWAMY, ANANDA KENTISH, *Hinduisme et Boudhisme*, París, 1949; GUÉNON, RENÉ, *Introducción general al estudio de las doctrinas indúes*, Bs. As., 1945; MASSON-OURSÉL, PAUL, *La filosofía en Oriente*, Bs. As., 1947. Sobre budismo: BERTHÉLEMY-SAINT HILAIRE, JULES, *Buda, Historia de su religión*, Bs. As., 1946; NEGRE, PEDRO, *Budismo*, Barcelona, 1946.

<sup>37</sup> CHUNG-SHU LO, *Los derechos del hombre en la tradición china*, en autores varios, *Los derechos del hombre*, Barcelona, 1973, pp. 280-1.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> *Infra*, § 177.

<sup>40</sup> PUNTAMBEKAR, S. V., *El concepto hindú de los derechos del hombre*, en "Los derechos del hombre", cit., pp. 293 y ss. (296-7).



107. ¿Carecía de fundamentación antropológica el pensamiento prehispánico? En América se produjo un fenómeno de decapitación de culturas, que hizo abortar lo que, de haber seguido su curso, hubiese sido el pensamiento filosófico de los primitivos americanos. Lo cierto es que la historia no se hace con potenciales y, por ende, ese pensamiento no llegó a concretarse. Es factible rastrear indicios y seguir huellas, pero la pretensión de una filosofía prehispánica, al menos en el sentido en que usualmente entendemos la filosofía, es una exageración, no exenta de buenas intenciones.

De cualquier modo, la completa organización política de los habitantes originarios del continente, particularmente de los mexicanos y de los quechuas <sup>41</sup>, su poesía <sup>42</sup> y sus concepciones religiosas, como los datos que nos llegaron de su derecho penal, nos llevan a pensar que su derecho penal no estaba signado por una concepción calichiana, sino que reconocía un fundamento cercano al filosófico, cuyo desarrollo inconsciente no resulta imposible ni aventurado descubrir en sus mitologías<sup>43</sup>.

La visión que los indígenas tuvieron de la conquista nos revela que se hallaban muy lejos de concebir al derecho como un ejercicio arbitrario del poder <sup>44</sup>. En la cultura del Quiché, se recoge la sanción que estaban encargados de aplicar dos semi-dioses a los que se ensoberbeciesen con el poder, sea el dado por la riqueza o por la fuerza física <sup>45</sup>. No hay en ninguna tradición pre-hispánica un culto al poder.

Por otra parte, la misma organización teocrática se distendía, pues no se enseñaba a vivir exclusivamente para la otra vida y despreciando la presente. Si bien no puede generalizarse, el sentido práctico de la

<sup>41</sup> Una síntesis bastante acertada de la organización prehispánica, MARTÍNEZ ESTRADA, EZEQUEL, *Diferencias y semejanzas entre los países de América Latina*, México, 1962, pp. 51 y ss.; sobre el Incanato, la clásica obra de BAUDIN, LOUIS, *El Imperio socialista de los Incas*, Sgo. de Chile, 1962; TELLO, JULIO C., *Origen y desarrollo de las civilizaciones prehistóricas andinas*, Lima, 1942; CUNOW, H., *Organización social del Imperio de los Incas*, Lima, 1933; URTEAGA, HORACIO, *El Imperio Incaico*, Lima, 1931; sobre los aztecas, TOSCANO, SALVADOR, *Derecho y organización social de los aztecas*, México, 1937.

<sup>42</sup> V. por ej., GARIBAY K., ANGEL, *Poesía indígena*, México, UNAM; del mismo, *Epica Náuatl*, México, UNAM; ARGUEDAS, JOSÉ MARÍA, *Poesía Quechua*, Bs. As., 1965.

<sup>43</sup> V. por ej.: *Mitos indígenas*, con estudio preliminar de Agustín Yañez, México, 1964; MEDIZ BOLIO, ANTONIO, *La tierra del faisán y del venado*, México, 1965; BARRERA VÁZQUEZ, ALFREDO-RENDÓN, SILVIA, *El libro de los libros del Chilam Balam*, México, 1965; etc.

<sup>44</sup> V. *Visión de los vencidos, Relaciones indígenas de la conquista*, México, 1951.

<sup>45</sup> V. RECINOS, ADRIÁN, *Popol Vuh, Las antiguas historias del Quiché*, México, 1965, pp. 34-5.

religión de los Incas era bastante evidente, lo que se demostraba por el hecho de que los dioses de los vencidos eran llevados al Cuzco y allí, a la vez que tenidos como rehenes, se los incorporaba al culto oficial como deidades menores, respetándose los cultos extranjeros<sup>46</sup>. Los Incas no conocieron la "guerra santa" y la extensión de su Imperio se manejó con gran racionalidad, lo que hizo que fuese preocupación constante del Inca no verter sangre inútilmente, como se pone de manifiesto en las escenas III y XIV del drama quichua *Ollantay*<sup>47</sup>.

En cuanto al sentido metafísico que puede descubrirse en varias de sus mitologías, es de destacar el símbolo de la serpiente, cadena vertebral del complejo cultural de México y Mesoamérica. Si bien puede sostenerse que la serpiente es un culto totémico primitivo —lo que en cierto sentido original puede ser cierto—, no es menos cierto que el animal llamó la atención por algo. Entre sus varias condiciones, con el avance del símbolo, surge con la serpiente el problema del tiempo. "Pero el hombre avanza en su cultura —dice un conocido antropólogo— y el concepto de la serpiente evoluciona. De la simple superstición pasa a un simbolismo esotérico. En efecto, este ser de poder tan terrible —superior a cualquier otro animal en su poder mortal—, este ser que se muestra también en la celeste forma del rayo —cuya rapidez iguala—, cuando es cóctalo aventaja al hombre en una sabiduría que resulta casi divina: la de medir el tiempo, añadiendo a su cola un cascabel por cada año de vida. Animal sabio, divino o mágico, poseedor de una ciencia a la cual el hombre aspiraba sin llegar aún"<sup>48</sup>. Vemos como el tiempo, un problema ontológico, estaba en el centro del simbolismo de la serpiente, de todas las caras que asumía Quetzalcóatl. Pueden hallarse otros símbolos reveladores, como el del ojo reventado, que "es probable que se trate del símbolo de la vista exterior, sacrificada para alcanzar la suprema clarividencia"<sup>49</sup>.

### III. — EL PENSAMIENTO GRIEGO

108. Los presocráticos. De alguna forma, el pensamiento griego planteó casi todos los problemas político-criminales del futuro y sus posibles perspectivas. Puede afirmarse que hasta hoy casi no se ha hecho más que desarrollar y explicitar las preguntas griegas.

En los mismos orígenes mitológicos griegos se señala al derecho

<sup>46</sup> BAUDIN, LOUIS, op. cit., p. 326.

<sup>47</sup> Cit. por Baudin, p. 321; la conservación del culto dentro del propio "ayllú" la destaca COSSIO DEL POMAR, FELIPE, *El mundo de los Incas*, México, 1969, p. 26.

<sup>48</sup> DÍAZ BOLIO, JOSÉ, *La serpiente emplumada, Eje de culturas*, Mérida, 1964, pp. 10-1.

<sup>49</sup> SÉJOURNÉ, LAURÉTTE, *Pensamiento y religión en el México antiguo*, México, 1970, p. 164.

como un equilibrio dinámico que evita la excesiva preponderancia de un grupo, que es la única senda por la que en la actualidad circula la idea del derecho, si con ella se pretende algo distinto del puro ejercicio de fuerza por parte del grupo dominante.

*Themis* y *Diké* representan en la mitología homérica —y muy especialmente en Hesíodo— la contraposición del derecho objetivo y subjetivo<sup>50</sup>. Solón habló luego de Eunomia, hermana de *Diké*, que representa precisamente el factor equilibrante que impide el desmedido predominio de un grupo<sup>51</sup>.

En la literatura clásica griega se nos plantean ya los problemas que habrán de ser enfrentados más tarde por la ciencia jurídico-penal y por la filosofía jurídica. Del legado literario clásico de los griegos nos interesa en especial Sófocles. Si Edipo y Electra son popularizados en nuestro siglo por el psicoanálisis, los penalistas de todos los tiempos pueden afirmar que el núcleo medular de su drama lo hallarán en la *Antígona* de Sófocles. *Antígona* es el drama que vibra siempre en el derecho penal: la eventual contradicción de la moral, de los dictados de la conciencia individual, con el derecho penal, especialmente en las situaciones extremas. En este drama se canta al Estado y al derecho, pero el coro enmudece —como enmudece por lo general el hombre en parecida situación— cuando el Estado y el derecho penal entran en insoluble conflicto con la conciencia individual. Hace poco —en uno de sus trabajos póstumos— decía Welzel con razón, expresando en definitiva el profundo sentido del drama que nos viene planteado desde *Antígona*, que el derecho es un valor “quebrado”, porque nunca puede ser “bueno” a secas, sino que siempre será “mejor que... el caos”<sup>52</sup>.

En Eurípides se ha visto la influencia de los sofistas y hay aspectos importantes para nuestro desarrollo, pero la importancia de *Antígona* es incomparable. En esta tragedia de Sófocles, como es sabido, Creón, rey de Tebas, ordena no enterrar el cadáver de Polínice, muerto en guerra contra la ciudad. *Antígona*, hermana de Polínice, va de noche a enterrarlo, en cumplimiento de las leyes divinas, siendo descubierta y llevada ante Creón, quien desconociendo la supremacía de la ley di-

<sup>50</sup> Sobre ello, VERDROSS, *op. cit.*, 10-14; JAEGER, *Paideia*, 71-2.

<sup>51</sup> Sobre ello, VERDROSS, 14-7; WOLF, ERIK, *Mass und Gerechtigkeit bei Solon*, en “Fest. f. Rudolf Laun”, Hamburg, 1953, pp. 449 a 460.

<sup>52</sup> Cfr. Welzel, *Derecho y ética*, en “Rev. Arg. de Cs. Penales”, Bs. As., nº 5.

vina invocada por Antígona, la condena a muerte. Antígona se ahorca en la gruta en que está encerrada.

Alguna opinión bastante simple ha pretendido ver en Antígona el planteamiento de una cuestión tan llana como la supremacía de la ley escrita sobre la consuetudinaria. Otra interpretación —más ajustada que la anterior— nos dice: “El coro entona un himno a la grandeza del hombre creador de todas las artes, dominador de las poderosas fuerzas de la naturaleza mediante la fuerza del espíritu y que como el más grande de todos los bienes ha llegado a la fuerza del derecho, fundamento de la estructura del Estado”. . . “Y en el ritmo del coro de Sófocles podemos comprobar el orgullo prometeico que domina este primer ensayo de una historia natural del desenvolvimiento del hombre. Pero con la ironía trágica peculiar de Sófocles, en el momento en que el coro acaba de celebrar al derecho y al Estado, proclamando la expulsión de toda sociedad humana de aquél que conculca la ley, cae Antígona encadenada”<sup>53</sup>.

Es indudable a nuestro juicio que el principal sentido de Antígona es el enfrentamiento de la conciencia con el derecho y, especialmente con el derecho penal. Creer que en ella se oponen la ley positiva y la ley “natural” es inexacto: la ley divina la experimenta Antígona en su conciencia y es su conciencia la que enfrenta al derecho penal. La clave de esta interpretación se halla en el diálogo de Antígona con su hermana Ismene, quien pese a la razón que asiste a Antígona, reprime su conciencia y la deja ir sola, es decir, actúa inauténticamente con tal de no ofender la ley del poderoso. Ismene dice a Antígona “sabe, con todo, que tu marcha es insensata, aunque grata en verdad a los seres queridos”.

En la desesperación que traduce Antígona para el juspenalista, Sokol trata de distinguir su conducta de la del gobernador Wallace, cuando desafiando la orden federal bloqueaba personalmente la entrada de niños negros en las escuelas de su Estado, y pretende hallarla en que Antígona consultaba al mejor saber de su tiempo en tanto que Wallace no lo hacía, pese a que ambos carecían de razón en cuanto a que si no se sepulta a un muerto su alma sigue deambulando y en cuanto a que los niños negros son inferiores a los blancos<sup>54</sup>. El planteamiento de Sokol no logra salvar a Antígona, o, mejor dicho, sacar al derecho penal del callejón sin salida en que la metió Sófocles<sup>55</sup>.

No obstante, la misma tragedia lleva un sentido más profundo: Antígona asume su destino de dolor, pero también lo asume Creón, como todo estadista que lleva al derecho a chocar inútilmente con la moral. A la muerte de Antígona sigue el suicidio del hijo de Creón, Hemón, prometido de Antígona, y a la de éste, la de Eurídice, esposa de Creón y madre de Hemón. Creón queda solo, sollozando. La única causa de sus males ha sido el desconocimiento del relativismo valorativo, lo que

<sup>53</sup> JAEGER, *Paideia*, 259-260.

<sup>54</sup> SOKOL, RONALD P., *Justice after Darwin*, Charlottesville, Virginia, 1975, pp. 22 a 45.

<sup>55</sup> Otra interpretación de ANTÍGONA EN WOLF, ERIK, *Griechisches Rechtsdenken*, I, Frankfurt, 1952, 248-280.

surge claro de las palabras con que Hemón exhortaba: "No te acostumbres, pues, a tener en ti mismo una sola opinión, que lo que tú digas y no otra cosa, está bien". Las palabras finales del Corifeo confirman este sentido: "Las palabras altaneras de los soberbios, pagando su deuda en grandes golpes, les enseñan con la vejez a ser cuerdos".

La *escuela jónica* ha sido lo que se ha dado en llamar el "período cosmológico" del pensamiento griego, que fue el primero en lanzar a la lid la cuestión de la unidad del ser, particularmente con Anaximandro. La unidad de lo cósmico y lo humano en el ser, para lo que Anaximandro quiere una ley común, barre con la distinción entre ley natural y humana. En cierta forma, el pensamiento griego buscó una primera explicación cósmica aplicando a la naturaleza conceptos jurídicos. La justicia (Diké) era una ley cósmica, que pasaba de lo humano a lo cósmico; las leyes cósmicas eran una proyección de la polis<sup>56</sup>. De allí que se afirmase la aplicación del principio inteligente (finalidad) a la naturaleza, proceso que al cabo de milenios se invierte, cuando el materialismo que acompaña al racionalismo quiere aplicar las leyes de la naturaleza, entendidas en forma mecánica, al mismo comportamiento humano, lo que será bien conocido como fenómeno de nuestra ciencia (concepto causal y final de acción).

Aún frente a la clara inadmisibilidad de la identificación de lo humano y lo cósmico, queda abierto el planteamiento según el cual la respuesta que se dé habrá de repercutir de inmediato sobre toda nuestra ciencia: pretensión de extender lo humano a lo cósmico (entelequia), pretensión de extender lo cósmico a lo humano (positivismo cientificista), escisión de lo humano y lo cósmico (iluminismo), son todas respuestas al mismo interrogante. En nuestra disciplina se traducirán en un derecho penal natural y en un delito natural (entendiendo naturaleza como deber ser); en el descubrimiento de un delito natural (entendiendo naturaleza como "ser"); en el entendimiento del delito como "ser" natural (causalidad) y como elección que acarrea responsabilidad moral. Siempre que se pretenda darle una base ontológica al derecho penal, algo de la escuela jónica estará en juego, que no por tener ese origen debe ser rechazado<sup>57</sup>.

Cabe aclarar que la preocupación cósmica de los griegos fue constante, pero no gratuita. Siempre que se preguntaron por el qué

<sup>56</sup> MONDOLFO, RODOLFO, *El pensamiento antiguo*, Bs. As., 1974, I, 35-6.

<sup>57</sup> Así lo critica VERDROSS, p. 362.

y el cómo del cosmos, lo hacían para comprender el qué y el cómo del hombre. La reflexión griega sobre la naturaleza tenía un propósito de búsqueda antropológica, de lo que surge el antropomorfismo de las primeras cosmogonías<sup>58</sup>.

Los *sofistas* presentan para nosotros una importancia fundamental, y entre ellos hay tres que son altamente significativos: Protágoras, Calicles y Trasímaco. En ellos podemos encontrar, respectivamente, las raíces del pensamiento penal democrático, autoritario y socialista<sup>59</sup>.

Es de advertir que para suscribir esta importancia trascendental de los griegos, es menester rechazar una opinión bastante vulgarizada que minimiza a los presocráticos y particularmente a los sofistas, a quienes pretende meros "virtuosos" del intelecto<sup>60</sup>. Aunque de los sofistas no poseemos más que fragmentos, ellos son suficientemente reveladores de la solidez de su pensamiento y las más profundas investigaciones sobre ellos demuestran el error o malentendido que se sostuvo en el tiempo.

a) *Protágoras de Abdera* (hacia el 440 a.C.) consideraba que "no es la más alta sabiduría, sino la predisposición moral, idéntica en todos los hombres, lo que determina la intervención en la vida pública", argumento que sirvió al sofista para fundar la legitimidad de la democracia<sup>61</sup>.

En el pensamiento griego, al igual que en el oriental, el respeto al hombre aparecía traído de la mano por filósofos que no se ocupan del "más allá", sino de los problemas del mundo. Parece ser que Protágoras entendía que lo divino trasciende la esfera de lo que puede llegar a conocer el hombre y, por cierto que, acusado de ateísmo, se vio obligado a abandonar Atenas. La verdad es que "los problemas que lleva Protágoras en su corazón son los de los tribunales, los de la vida política y los de la educación: es decir, los problemas de la vida asociada que surgen en el interior de los grupos humanos o en las relaciones entre los grupos"<sup>62</sup>. Si bien esto no es prueba acabada de que el

<sup>58</sup> Cfr. MONDOLFO, op. cit., I, 16-17.

<sup>59</sup> Sobre el derecho natural de los sofistas, VERDROSS, ALFRED, *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie*, Wien, 1948, pp. 50-55.

<sup>60</sup> En rigor, se hizo un empleo equivoco de la voz "sofista", destacándose con acierto que el propio Aristóteles emplea la calificación en tres sentidos diferentes, siendo el peyorativo sólo una de ellos (Cfr. GOMPERZ, THEODOR, *Pensadores Griegos, Una historia de la filosofía antigua*, Asunción del Paraguay, I, p. 471).

<sup>61</sup> MENZEL, ADOLF, *Calicles*, trad. de Mario de La Cueva, México, 1964, p. 96.

<sup>62</sup> ABBAGNANO, op. cit., I, 48-9.

fundamento antropológico del derecho penal se contenta con una concepción metafísica del hombre que no necesita ser teológica, bueno es apuntarlo como antecedente de lo que luego desarrollaremos.

Protágoras es el autor de la famosa teoría del "homo mensura": el hombre es la medida de todas las cosas. Con ello quiere negar los valores supra-humanos y funda la democracia en la disposición moral de los hombres, superando los vulnerables argumentos que pretendían una justificación biológica<sup>63</sup>. La teoría del "homo mensura" es la enunciación de la dignidad universal del ser humano, llevada hasta sus revolucionarias consecuencias por los sofistas<sup>64</sup>.

No es necesario reflexionar demasiado para reparar en las distintas consecuencias que tiene un derecho penal que se asienta en la negación de valores extraños al hombre y racionalmente evidenciables, con la cosa pública fundada en la disposición moral común a todos los hombres, frente a un derecho penal fundado en ideas conocidas por unos pocos sabios y con la cosa pública fundada en la diferencia "natural" (biológica) de los hombres. Si bien es cierto que los griegos no llegaron a formular una teoría de la persona humana, no es menos cierto que los sofistas prestan los elementos para que ésta se construya. El odio del irracionalismo de todos los tiempos a la teoría del "homo mensura" no es gratuito. Veinticuatro siglos después de Protágoras, Nietzsche no podía contener la furia contra él, atribuyendo a necedad pretender medir los "dominios que no sabrían medirse ni pesarse y que primitivamente ni aún parecían inaccesibles"<sup>65</sup>.

Protágoras predica el relativismo cultural, proclamando la imposibilidad de que la justicia pueda ser objeto de la ciencia. La importancia de este pensamiento surge con toda claridad en cuanto meditamos que nada ha teñido más de sangre la historia de nuestro derecho penal que el objetivismo valorativo en cuanto pretensión de verdad evidente. No obstante, frecuentemente se quiere desvirtuar el pensamiento de Protágoras, haciéndole caer en un escepticismo absurdo. "Se ha difamado a Protágoras, malentendiéndolo y pretendiendo que cuando quería demostrar una cosa y luego su contraria, estaba postulando una inmoralidad, cuando en realidad estaba demostrando el relativismo teórico, sin pretender con ello hacerlo regla práctica"<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> WELZEL, *Naturrecht*, cit., p. 17.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> NIETZSCHE, *Der Wanderer und sein Schatten*, parág. 21.

<sup>66</sup> WOLF, ERIX, *Griechisches Rechtsdenken*, I, Frankfurt, 1952, p. 46.

La teoría del "homo mensura" es susceptible de varias interpretaciones y, de hecho, hay una que es inadmisibles y que neutraliza totalmente su sentido antropológico, pretendiendo que "cada hombre es la medida de todas las cosas y que, cuando los hombres difieren, no hay verdad objetiva en virtud de la cual uno esté en lo cierto y el otro equivocado"<sup>67</sup>. Semejante interpretación nos lleva a un escepticismo total y aún a un subjetivismo irracionalista, que mal puede compaginar con su restante pensamiento, especialmente de su concepto de educación, del que se deriva su edificante y progresista concepto de la pena<sup>68</sup>.

Protágoras parte de su profunda convicción en la posibilidad de educar socialmente al hombre y, conforme a ella, entiende que a la totalidad del Estado le incumbe esta tarea. De acuerdo con esto, expone una teoría correccionalista de la pena, repudiando la idea de la pena como castigo.

"Nadie castiga a un hombre que ha sido malo sólo porque ha sido malo, a no ser que se trate de alguna bestia feroz que castigue para saciar su crueldad. Pero el que castiga con razón, castiga, no por las faltas pasadas, porque ya no es posible que lo que haya sucedido deje de suceder, sino por las faltas que puedan sobrevenir, para que el culpable no reincida y sirva de ejemplo a los demás su castigo. Todo hombre que se propone este objeto, está necesariamente persuadido de que la virtud puede ser enseñada, porque sólo castiga respecto al porvenir"<sup>69</sup>. Protágoras anuncia de este modo la teoría preventiva de la pena, como prevención general y especial. Se ha pretendido que la teoría preventiva es originaria de Platón, error en que se incurrió como consecuencia de así indicarlo Séneca —que la adopta en *De ira*—, pero en realidad no fue Platón sino Protágoras el verdadero enunciador de la teoría preventiva de la pena, que a través de Platón pasó a Séneca, puesto que los sofistas sostuvieron el principio de que no se pena porque se haya pecado sino para que no se peque<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> RUSSELL, BERTRAND, *A History of Western Philosophy*, New York, 1964, p. 77; sobre ello también MARIAS, JULIÁN, op. cit., p. 36.

<sup>68</sup> Sobre ello, JAEGER, *Paideia*, 281 y ss.; también GOMPERZ, THEODOR, *Pensadores griegos*, Asunción del Paraguay, 1952, I, p. 513. Al respecto relata GOMPERZ la larga discusión que se refiere tuvo el sofista con Pericles.

<sup>69</sup> Sobre Protágoras puede verse también: MENZEL, op. cit., 15-19; del mismo, *Protágoras als Kriminalist*, en "Osterreichische Zeitschrift für Strafrecht", T. I.; ABBAGNANO, op. cit., 47-51; FAUSTO COSTA, op. cit., 199; VERDROSS, 32 y ss.; GOMPERZ, Th., op. cit., 489 y ss; aparte del diálogo de Platón, *Protágoras o de los sofistas*, en "Obras completas", Bs. As., Ed. Omeba, 1967, I, p. 300.

<sup>70</sup> Cfr. MENZEL, en op. cit. en "Öst. Z. f. ö. R.", p. 391.



La teoría de Protágoras nos demuestra que no es el relativismo valorativo lo que destruye la idea del derecho, sino que ésta se sustenta sobre el reconocimiento de algo común a todos los hombres, que los hace respetables por igual pese a su diversidad individual, no siendo para ello menester acudir a conceptos y fines meta-humanos. En este sentido, Protágoras fue el primero en buscar un fundamento antropológico al derecho.

Cabe agregar que en Protágoras se encuentra la primera teoría contractualista de la sociedad, pues afirma que los primeros hombres vivieron aislados y su posterior unión tuvo un fin de protección<sup>71</sup>.

β) *Calicles* fue el sostenedor de la teoría del derecho del más fuerte, que nos toca de cerca por sus frecuentes rebrotes doctrinarios más o menos abiertos.

Calicles parece no haber existido, al menos con ese nombre. De él nada nos cuenta Platón y, según Menzel, sería una personificación de Critias, uno de los Treinta Tiranos, tío de Platón<sup>72</sup>.

Sostuvo Calicles: "Respecto a las leyes, como son obra de los más débiles y del mayor número, a lo que yo pienso, no han tenido al formarlas en cuenta más que a sí mismos y a sus intereses, y no aprueban ni condenan nada sino con esta única mira. Para atemorizar a los fuertes, que podrían hacerse más e impedir a los otros que llegaran a hacerlo, dicen que es cosa fea e injusta tener alguna ventaja sobre los demás, y que trabajar por llegar a ser más poderoso es hacerse culpable de injusticia. Porque siendo los más débiles, creo que se tienen por muy dichosos, si todos están por un rasero. Por esta razón es injusto y feo en el orden de la ley, tratar de hacerse superior a los demás, y se ha dado a esto el nombre de injusticia. Pero la naturaleza demuestra, a mi juicio, que es justo que el que vale más tenga más que otro que vale menos, y el más fuerte más que el más débil. Ella hace ver en mil ocasiones que esto es lo que sucede, tanto respecto de los animales como de los hombres mismos, entre los cuales vemos Estados y Naciones enteras, donde la regla de lo justo es que el más fuerte mande al más débil,

<sup>71</sup> V. WILD, JOHN, *El concepto del hombre en el pensamiento griego*, en "El concepto del hombre", edit. por Radhakrishnan-Raju, México, 1964, p. 53. También sobre Protágoras, Dupréel, Eugène, *Les sophistes: Protagoras, Gorgias, Prodicus, Hippias*, Neuchâtel, 1948.

<sup>72</sup> MENZEL, 113 y ss.

y que posea más”<sup>73</sup>. Tal es la síntesis de la teoría de Calicles, según la refiere Platón: las leyes son un recurso de los débiles para someter a los fuertes.

La apología del hombre superior es tema fundamental de esta posición: “Nosotros escogemos, cuando son jóvenes, los mejores y más fuertes; los formamos y los domesticamos como a leoncillos, valiéndonos de discursos llenos de encanto y de fascinación, para hacerles entender que es preciso atenerse a la igualdad, y que en esto consiste lo bello y lo justo. Pero yo me figuro que si apareciese un hombre, dotado de grandes cualidades, que, sacudiendo y rompiendo todas estas trabas, encontrase el medio de desembarazarse de ellas; que, echando por tierra vuestros escritos, contrarios todos a la naturaleza, aspirase a elevarse por cima de todos, convirtiéndose de vuestro esclavo en vuestro dueño; entonces se vería brillar la justicia, tal como la ha instituido la naturaleza”<sup>74</sup>.

Hemos reproducido *in extenso* a Calicles porque en su exposición se hallan abiertamente expuestos conceptos que han hecho mucho daño a nuestro derecho penal, y que es menester puntualizar.

La *pleonexia* o supremacía del más fuerte, es una teoría “anti-contractualista” de la sociedad sólo en apariencia. En el fondo es claramente contractualista: admite que el orden social surge de un contrato de los débiles, sólo que postula que el fuerte puede romperlo. Si una ficción es el contractualismo, otra es el “anticontactualismo” de este corte. El desprecio de la *pleonexia* por el contractualismo social la lleva a ser una teoría contractualista<sup>75</sup>.

La teoría de la *pleonexia* parte de una asimilación indiscriminada del hombre con los demás seres vivos, es decir, que hay una resistencia a una particular señalización diferenciadora del hombre. Esta es una trampa de la teoría: el hombre regido por el derecho del más fuerte es considerado conforme a la naturaleza, dentro de una concepción del hombre como regido por las mismas leyes que los demás animales, es decir, sin admitir la existencia de nada específicamente humano<sup>76</sup>. Veremos que siempre la *pleonexia* se funda en una concepción “biológica” del hombre y viceversa, toda concepción puramente biológica del hombre va a dar en la *pleonexia*.

<sup>73</sup> PLATÓN, *Gorgias o de la retórica*, en *Obras Completas*, cit., II, 506.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> Similar fenómeno se observa en Nietzsche; una comparación entre ambos pensamientos en MENZEL, op. cit., 104 y ss.

<sup>76</sup> Cfr. VERDROSS, 284.

El irracionalismo vitalista y el positivismo tienen en común la consideración del hombre al mismo nivel que los animales. Aunque ambos partan de puntos de vista diferentes, este irracionalismo vitalista de la *pleonexia* no es más que el positivismo llevado hasta sus últimas consecuencias. No en vano Nietzsche será determinista e ironizará contra la razón. Tanto esta teoría como el positivismo, coherentemente desarrollado, terminan afirmando que no sólo el derecho, sino también la religión y la ética forman parte de un gigantesco armazón conspirativo de los débiles para dominar a los fuertes<sup>77</sup>.

Otra de las características de la teoría que nos ocupa es su desdén por el pensamiento. Calicles consideraba que la filosofía es tarea dignísima para la juventud, pero no actividad adecuada para la edad madura. El mismo desprecio hallaremos siempre que convenga a los intereses de un grupo renegar de lo antropológico. “Confieso —decía Calicles— que la filosofía es una cosa entretenida cuando se la estudia con moderación en la juventud; pero si se fija uno en ella más de lo que conviene, es el azote de los hombres”<sup>78</sup>.

Las crónicas relatan que cuando Critias asumió la jefatura de los Treinta Tiranos expidió un decreto prohibiendo la enseñanza de la filosofía<sup>79</sup>. (Cabe recordar aquí que en la Alemania nazi y en la Italia fascista se suspendieron las clases de psicología y sociología)<sup>80</sup>. Es menester señalar que también el positivismo expresa un sentimiento parecido.

γ) *Trasímaco* es otro personaje menor de los diálogos platónicos, que en *La República* declara que la legislación sirve siempre a los intereses del grupo dominante, tesis que en cierta forma reverdecera con el marxismo<sup>81</sup>. “Establecidas las leyes —dice Trasímaco— los gobernantes demuestran que para los gobernados es justo lo que a ellos les conviene. ¿No castigan a quienes violan esas leyes como culpables de una acción injusta? Tal es, querido amigo, mi

<sup>77</sup> Cfr. MENZEL, 123-4.

<sup>78</sup> PLATÓN, op. cit. en “Obras”, cit., II, 507.

<sup>79</sup> V. MENZEL, 54.

<sup>80</sup> PIAGET, JEAN y otros, *Tendencias de la investigación en las ciencias sociales*, Madrid, 1973, p. 96.

<sup>81</sup> ABBAGNANO hace a TRASÍMACO participe de las ideas de Calicles (p. 54), pero, según la opinión de MENZEL (pp. 140-1) y del texto mismo de la *República* (338 b y ss.), resulta que *Trasímaco* describe así al derecho pero se irrita cuando Sócrates le atribuye las ideas de Calicles. La misma interpretación de ABBAGNANO hace RUSSELL (op. cit., p. 79).

pensamiento: en todas las ciudades la justicia no es sino la conveniencia del gobierno establecido”<sup>82</sup>.

A este pensamiento de Trasímaco se le pueden formular dos observaciones fundamentales. En primer lugar, la experiencia histórica demuestra que los grupos de poder político no pueden hacer lo que quieren; los grupos de poder no pueden imponer un derecho penal —o mejor una coerción penal— con absoluta arbitrariedad, so pena de destruirse prestamente. En otras palabras: el margen de arbitrariedad en la coerción penal, si bien es amplio, no por ello deja de tener límites. En segundo lugar, entender que el derecho penal se ajusta en todos sus detalles a los intereses del grupo dominante, constituye un error que hace caer en una interpretación quasi-delirante del mismo, pues se pasa por alto la interferencia de circunstancias bastante imponderables.

Este último género de interpretaciones en el derecho penal, tiene su paralelo en la teoría de la “intención artística” (*Kunstwollen*) que pretende que todo el arte es deliberado e intencional (así, Riegl). Por ejemplo, respecto del arte cristiano primitivo, lo que conforme a esta teoría, en el arte cristiano primitivo se ensalza “como deliberada simplificación y magistral concentración, sublimación querida e idealización de la realidad, no es más que incapacidad y pobreza, renuncia involuntaria a la copia de la forma natural y grosero primitivismo del dibujo”<sup>83</sup>.

Aparte del pensamiento presocrático, un fenómeno político griego que debe tomarse en cuenta lo constituye la figura de Licurgo y la constitución espartana, independientemente de lo que en realidad haya habido de cierto en ello, simplemente por lo que su mito significó para pensamientos que fundaron corrientes penales.

Poco se sabe sobre Licurgo, aunque algunos no dudan de su existencia histórica, aunque sí de su constitución, que la consideran “mítica”<sup>84</sup>. No obstante, hay quienes opinan que el mismo Licurgo fue un personaje mítico, y hasta originariamente un “dios”<sup>85</sup>.

Poco podemos decir de la verdadera vida espartana, puesto que Aristóteles trazó un panorama bastante sombrío de la misma, bien diferente a la exposición idealista del mito de Licurgo que hizo Platón en la *República*. Lo que sobrevivió y ejerció influencia posterior, fue la visión de Plutarco y de Platón. “En verdad, para Platón, así como para otros teóricos posteriores de la educación, fue Esparta, en muchos as-

<sup>82</sup> *República*, trad. de Antonio Camarero, EUDEBA, 1966, p. 113.

<sup>83</sup> HAUSER, ARNOLD, *Historia social de la literatura y el arte*, Madrid, 1969, I, 172.

<sup>84</sup> JAEGER, *Paideia*, p. 88.

<sup>85</sup> Así, RUSSELL, *op. cit.*, p. 97.

pectos, el modelo, aunque alentara en ellos un espíritu completamente nuevo. El gran problema social de toda educación posterior fue la superación del individualismo y la formación de los hombres de acuerdo con normas obligatorias de la comunidad. El Estado espartano, con su rigurosa autoridad, apareció como la solución práctica de este problema. En este aspecto, ocupó el pensamiento de Platón durante toda su vida”<sup>86</sup>.

Plutarco relata: “La educación se extendía hasta los adultos. Ninguno era libre ni podía vivir como quería. En la ciudad, como en un campamento, cada cual tenía reglamentadas sus ocupaciones y su género de vida en relación con las necesidades del Estado y todos eran conscientes de que no pertenecían a sí mismos sino a la patria”<sup>87</sup>.

En la concepción del mito espartano según Plutarco, el hombre aparece disuelto en el Estado, hasta el punto de que la familia deja de ser una cuestión privada para hacerse pública. Así, eran eliminados los niños que no eran suficientemente robustos para la guerra y se aconsejaba a los hombres casados viejos que dejaran yacer a sus mujeres con otros, para que pudiesen tener hijos. El mito se hace eco de una concepción ultra-humana del derecho, en que el hombre es un medio al servicio del Estado. Este pensamiento es la clara expresión de una concepción transpersonalista del derecho, que dará por resultado un derecho penal que tiene como objeto la protección del Estado y del hombre sólo en la medida en que es útil al Estado.

La importancia del mito finca en su influencia sobre Platón, quien extiende su dominio intelectual hasta el cristianismo de los primeros siglos. Por otra parte, también lo recibió Plutarco, quien fue atentamente leído después del Renacimiento, tanto por los liberales como por los románticos, lo que, paradójicamente, lo hizo sobrevivir tanto en Rousseau como en Nietzsche<sup>88</sup>. Siempre la unión del idealismo con la voluntad de poder ha dado lugar a engendros inhumanos que, traducidos en nuestro campo, han tenido consecuencias terroríficas. Los que tienen acceso a las “ideas”, eternas e inmutables, que están más allá de las personas, siempre estarán tentados de orquestarnos a los que no estamos “iluminados” con semejante visión, como medios al servicio de esas “ideas superiores”. Puede decirse que prácticamente todo el derecho penal transpersonalista tiene su origen en este mito de Esparta.

109. **Sócrates.** En el centro mismo de la filosofía de Sócrates yace la pregunta antropológica, pues hace del hombre el núcleo problemático de la misma<sup>89</sup>. Inicia, además, un camino que con desarrollos muy variados campeará toda la historia del derecho

<sup>86</sup> JAEGER, op. cit., p. 89.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> Cfr. RUSSELL, op. cit., 101.

<sup>89</sup> Cfr. CASSIRER, ERNST, *Antropología filosófica*, México, 1963, p. 19.

penal, partiendo del concepto de *justicia como sabiduría*<sup>90</sup>. La circunstancia de que Sócrates haya identificado saber y virtud, sabiduría o ciencia y virtud, no significa que haya querido reducir la virtud a la razón. Esta sería una interpretación simplista del pensamiento socrático, que obedeció al olvido de que en el pensamiento socrático no se hacían las distinciones que luego introdujeron Platón y Aristóteles en las facultades humanas<sup>91</sup>. La concepción socrática no es intelectualista, en el sentido que luego veremos en Platón, porque Sócrates con "conocimiento" no quiere significar una "doctrina teórica pura que necesitaba ser sólo aprendida, sino una incommovible creencia basada en la más profunda intuición y en la comprensión de lo que es realmente valioso en la vida, tal como él mismo la poseyó"<sup>92</sup>.

Sócrates planteó en términos nuevos la libertad del hombre: para él, sólo es libre el hombre que triunfa sobre sus pasiones, en tanto que quien no lo hace no es libre, porque queda preso de sus instintos, haciendo el mal a impulso de éstos, lo que atribuye a ignorancia, a que no sabe. Afirma rotundamente que sólo un loco conociendo el bien puede querer el mal.

De toda forma, pese a que Sócrates no fue el iniciador del intelectualismo, dejó el camino abierto a todos los pensamientos penales idealistas, pues ese conocimiento del bien unos lo obtienen por la razón y otros por la intuición, pero, de cualquier manera liga a la voluntad, porque establece una necesidad entre saber y actuar. El conocimiento (sea adquirido por la razón o por la intuición) obtiene de este modo una preeminencia absoluta sobre la voluntad.

Si bien el pensamiento socrático tuvo la virtud de no identificar libertad con posibilidad de hacer cualquier cosa, como no distinguió suficientemente entre arbitrio de la voluntad y libertad, identificando a la última con la posesión de la verdad, y haciendo de la segunda una esclava de la primera, sus consecuencias penales pueden ser gravemente lesivas, según sea el sentido con que se lo interprete. Es justo advertir que estas consecuencias no surgieron direc-

<sup>90</sup> Sobre ello, WELZEL, *Naturrecht*, 19-20; COSTA, FAUSTO, op. cit., 9-10; BROCHARD, VICTOR CHARLES, *Estudios sobre Sócrates y Platón*, Bs. As., 1945; FESTUGIÈRE, ANFRÉ MARIE JEAN, *Sócrates*, Bs. As., 1943; GOMPERZ, THEODOR, op. cit., II, 81; VERDROSS, *Grundlinien*, 69-72; WOLF, ERIK, *Griechisches Rechtsdenken*, II, Frankfurt, 1954, pp. 9-69.

<sup>91</sup> ABBAGNANO, I, 61.

<sup>92</sup> ZELLER, EDUARD, *Fundamentos de la filosofía griega*, Bs. As., 1968,

tamente de Sócrates, sino de sus seguidores. Sócrates no afirmaba que el hombre es racional, sino sólo que puede llegar a serlo, lo que se repite en la filosofía contemporánea. "Cabe resumir el pensamiento de Sócrates diciendo que define al hombre como aquel ser que si se le hace una pregunta racional, puede dar una respuesta racional"<sup>93</sup>.

A partir del pensamiento socrático puede decirse que el hombre que no se orienta por su razón cae en la pasión, y cuando opera por pura pasión degrada a su semejante, con lo que se degrada a sí mismo. La ausencia de razón que determina al hombre a seguir la conducta instintiva es lo que llama ignorancia. No obstante, cabe aquí formular una advertencia, que más adelante se podrá precisar en mayor medida, y que es que no puede afirmarse que cualquier violación a una ley penal positiva —cualquier delito— configure una conducta degradante para el prójimo y para sí mismo. Esto sería un positivismo inadmisibles, que pasa por alto una circunstancia vital: también el legislador es un hombre y el acto de legislar una acción, que bien puede implicar un mal, una degradación del sometido a la ley y una alienación del propio grupo dominante.

Por lo demás, Sócrates no llega a plantear otros problemas que sólo posteriormente se verán con claridad. Frecuentemente se quiere describir a Sócrates como a un positivista, lo que no es cierto, pues el problema de la sentencia injusta a la que se sometió se planteaba dentro del derecho positivo<sup>94</sup>, de modo que no tiene sentido buscar allí una solución o respuesta a la cuestión de la "ley injusta". No planteó este problema ni afirmó jamás la obligatoriedad de las leyes injustas<sup>95</sup>. Ello no quita a su teoría un carácter marcadamente estatista, que le lleva a ver en la relación del Estado con el ciudadano una relación de naturaleza paterno-filial<sup>96</sup>, lo que, aunado a su concepción de la libertad, bien puede señalarlo como un antecedente de todas las corrientes penales correccionalistas.

110. **Platón.** El pensamiento platónico es sumamente ilustrativo para el penalismo<sup>97</sup>. Platón buscó un apoyo objetivo para su

<sup>93</sup> CASSIRER, op. cit., p. 21.

<sup>94</sup> WELZEL, *Naturrecht*, p. 21.

<sup>95</sup> Cfr. VERDROSS, p. 53.

<sup>96</sup> Idem, p. 52.

<sup>97</sup> En general sobre su pensamiento: GOMPERZ, Th., op. cit., II, 265 y ss.; EGGERS LAN, C., *Introducción histórica al estudio de Platón*, EUDEBA; SZILASI, WILHELM, *Macht und Ohnmacht des Geistes*, BERN, 1946; BROCHARD, op. cit.

construcción y lo halló en las "ideas", que según él no están sometidas a modificaciones. La idea de lo bueno y de lo malo la considera inmutable, absoluta y racionalmente cognoscible. Sigue el camino trazado por Sócrates en cuanto a que la voluntad depende del conocimiento, pero el conocimiento para Platón es el de las ideas, es decir, un conocimiento en sentido intelectual: la voluntad queda atada al intelecto (lo que se conoce como "intelectualismo", posición opuesta a la tesis de la "autonomía de la voluntad").

La admisión de ideas inmutables es lo que dio base al jusnaturalismo platónico, que es un jusnaturalismo idealista. No son sus detalles lo que aquí nos interesa, sino la consecuencia misma de la afirmación de que hay ideas inmutables cognoscibles por la razón. Si tales ideas existen, los que tienen acceso a ellas son los iluminados por la verdad, que serán los naturalmente señalados para gobernar a los demás. De allí que el pensamiento platónico resulte coherente cuando defiende la esclavitud, la eliminación de defectuosos, la negación de asistencia médica a los delincuentes. Su justificación de la mentira y del engaño por parte de los gobernantes<sup>98</sup> y su defensa de la planificación estatal de los matrimonios<sup>99</sup> son perfectamente coherentes con su planteo idealista, aunque resulten contradictorios con su planteo antropológico<sup>100</sup>.

Conforme a su punto de vista, resulta atinado que cuando nos hallamos con sujetos que no pueden ser exteriormente compelidos a "ver" la verdad, sean eliminados. De allí que propugne la eliminación de los que no pueden ser sometidos a correcciones exteriores<sup>101</sup>, agregando que la piedad y la debilidad hacia esos delincuentes equivaldrían a culpa.

A lo largo de toda la historia del derecho penal se oirá una y otra vez el sonsonete platónico de que es deber del gobernante eliminar al delincuente incorregible o irrecuperable, puesto que con ello se mejora la salud de la sociedad. Dicho en otras palabras, significa que deben ser eliminados los que no "ven" las ideas eternas e inmutables a que tienen acceso los hombres del grupo de poder y, por ende, no reconoce la autoridad de éstos, derivada de su acceso a tales ideas "racionales".

"Los puntos de vista de Platón sobre la esencia de la pena su-

<sup>98</sup> *República*, 413 y 459.

<sup>99</sup> *República*, 459.

<sup>100</sup> Cfr. *VERDROSS*, 54-5.

<sup>101</sup> *Leyes*, IX.



fren transformaciones; no es fácil construir una teoría criminal unitaria de los escritos existentes. Pero es seguro que Platón nunca ha sido un enemigo tan enérgico de la teoría de la retribución como Protágoras, al menos en el tiempo que él concibió el diálogo con el mencionado sofista<sup>102</sup>. Si bien es cierto que el intelectualismo es el presupuesto general de toda idea correccionalista, no es del todo claro que pueda sindicarse a Platón como el antecedente del correccionalismo<sup>103</sup>, puesto que resultaba claro que cuando no consideraba viable la corrección apelaba sin miramientos a la eliminación.

Cabe advertir que Platón parece caer en una serie de contradicciones entre su concepción antropológica y su teoría política. En Platón se halla en cierto modo el antecedente de San Agustín y de la filosofía cristiana en general, que finca la dignidad del hombre en su destino ultra-terreno<sup>104</sup>, pero hay una seria inconsecuencia, al pretender deducir la naturaleza del Estado de lo que concibe como naturaleza del hombre, porque construye una estructura del Estado que ignora lo que antes afirmó acerca de la naturaleza del hombre. En Platón tiene también su origen la teoría antropológica que se usaría para fundar las soluciones más terribles en el campo penal: la de la *natura corrupta* del hombre, según la cual, el hombre no puede reconocer racionalmente la verdad. Esta teoría es nefasta para nosotros: si el hombre no puede conocer la verdad, ésta sólo puede dársele por revelación, consecuentemente, sólo los depositarios de la verdad revelada serán depositarios de la autoridad. Su origen es altamente pesimista y antidemocrático y se encuentra en el mito órfico-pitagórico. Platón no conocía el pecado original, pero para él la vida terrena misma es una caída, siendo el cuerpo una enfermedad del alma y el estado natural del alma la carencia de cuerpo. Ésta fue la base de la teoría platónica de la *anamnesis*.

Platón se volvió más autoritario hacia el fin de sus días, parece ser que a causa de influencias orientalistas, que le llevaron al irracionalismo. "Mientras antes Platón había hallado la fuente del terror y del mal en la corporeidad que se opone a la naturaleza suprasensible del alma, en *Las Leyes* este dualismo es desarrollado por la presencia —de indudable influencia oriental o, más exactamente, zoroástrica— de un alma maligna universal, a la cual, a su vez, atribuía todos los males activos y pasivos. Platón atribuyó este terrible poder al ateísmo, que sacudía seriamente los fundamentos de la religión estatal. Esta oreencia senil y su preocupación por el bienestar espiritual de sus ciudadanos fueron los que lo condujeron a proponer medidas para eli-

<sup>102</sup> MENZEL, *Protagoras als Kriminalist*, en "Öst. Z. f. St.", WIEN, 1910, I, 388 a 404 (393).

<sup>103</sup> RIVACOBIA, *Krausismo y Derecho*, Sta. Fe, 1963, pp. 124 y ss.

<sup>104</sup> Cf. VERDROSS, p. 70.

minar mediante la muerte a aquellos que, no obstante la educación recibida, persistían en sus errores. Con este llamado a la fuerza contra la razón, la libertad de pensamiento cayó bajo la censura del Estado y la filosofía se transformó en dogmatismo”<sup>105</sup>. De allí que con razón haya sostenido Kelsen que el derecho natural platónico es más “teología” que “filosofía científica”<sup>106</sup>, queriendo significar con la voz “teología” —quizá indebidamente usada— su profundo sentido dogmático.

Por otra parte, el platonismo proporciona una concepción pesimista al mundo real, porque al crear dos mundos —ideal uno y real otro— y tratar de conectarlos, no podía menos que mostrar al segundo, de menor jerarquía, en una forma de caída hacia el mal, es decir, hacia la falta de perfección<sup>106 bis</sup>.

A esta altura de nuestra búsqueda, podemos ya extraer una consecuencia que no es conveniente olvidar: a un derecho penal que desconozca la dignidad humana, puede llegarse tanto por la vía del objetivismo valorativo como por la del subjetivismo valorativo mal entendido. Si se parte de la afirmación de que hay un orden inmutable de valores que el hombre debe reconocer, quienes tengan acceso a esos valores tendrán autoridad legítima para imponerlos a los demás. Poco importa que el camino de acceso a esos valores sea racional o irracional, esto es, que sean racionalmente reconocibles en la naturaleza, en la sociedad, en la cultura, o que no sean racionalmente cognoscibles, sino que estén revelados por la historia, por la tradición o por un libro sagrado. En síntesis: *cuando se sostiene la existencia de un orden objetivo de valores y de ella se deriva la legitimidad de una legislación penal, este derecho penal, así fundado, no reconoce más limitación que la de los valores mismos en que se funda*, pudiendo arrasar con el ser humano, si éstos no se lo impiden. Se tratará de un sistema cerrado y autoalimentado, frente al que el hombre sólo cuenta como espectador en la medida en que lo reconozca, siendo al efecto indiferente que el reconocimiento responda a senderos racionales o irracionales. El derecho penal fundado en un sendero racionalista de objetivismo valorativo (o pretendidamente racionalista) siempre se remonta a Platón, aún cuando sus sostenedores hagan alarde de materialismo.

¿Es la solución un ilimitado subjetivismo valorativo? Por cierto que el subjetivismo puede ser solución, pero siempre que se le dé

<sup>105</sup> ZELLER, EDUARD, op. cit., p. 151.

<sup>106</sup> KELSEN, HANS, *Platon und die Naturrechtslehre*, en “Österreichische Z. für öffentliches Recht”, Wien, 1957-8, pp. 1-43.

<sup>106 bis</sup> Cfr. MONDOLFO, RODOLFO, *Breve historia del pensamiento antiguo*, Bs. As., 1953, p. 36.

el sentido que oportunamente veremos, pero no lo es cuando se lo interpreta en el sentido de que "mi" valoración tiene carácter absoluto y universal, porque en tal caso cae en un furioso irracionalismo que lleva a consecuencias tan aberrantes como las anteriores, particularmente en nuestro terreno. En efecto: si no hay un orden objetivo de valores y cualquier imposición responde a un criterio subjetivo de verdad, no tiene por qué ser más verdadera la valoración ajena que la propia y, por ende, el grupo dominante puede proteger penalmente sus criterios de verdad hasta la medida en que se lo permita la fuerza de que dispone. Es de este modo como, pretendiendo seguir la vía de un subjetivismo valorativo, se llega a un objetivismo, lo que hemos visto que sucede en la teoría de Calicles: el único valor objetivo es la fuerza del más fuerte. Es evidente que el subjetivismo valorativo no puede manejarse de este modo, porque de hacerlo, se negaría a sí mismo, como sucede en Calicles, Nietzsche o Stirner.

111. Aristóteles. Con Aristóteles, las ideas platónicas descienden a la tierra. Para él las cosas están compuestas de materia y forma. Por "materia" entiende un principio potencial o determinable y por "forma" un principio formal o determinante: ambos co-principios constituyen la substancia corpórea y, como la "forma" determina la especie de la cosa, origina nuestra idea de ella (la idea expresa la especie)<sup>107</sup>.

Aristóteles, "sin desconocer la naturaleza superior y distinta del elemento racional, entiende la necesidad de que forme un todo indivisible con el elemento sensible subyacente. Luego, para él, las ideas no están en una esfera aparte, sino que son formas intrínsecas de la materia, y, puesto que esta última no se presenta nunca como perfectamente formada, la existencia en ella de las ideas es siempre de algún modo latente o potencial, de forma que constituye, sin necesidad de intervención extraña alguna, una última exigencia especificadora y formadora. Así, el devenir, es decir, la génesis y el desarrollo de los seres, que en la filosofía platónica revestirá el carácter de una mera apariencia sensible, opuesta a la realidad, adquiere en esta concepción un carácter real y positivo, puesto que adviene en virtud de las formas agentes en el seno de la materia"<sup>108</sup>.

<sup>107</sup> V. *Aristote: traductions et études*, colección publicada por el Instituto Superior de Filosofía de la Universidad de Lovaina; GOMPERZ, Th., op. cit., III, 11 y ss.; MOREAU, J., *Aristóteles y su escuela*, EUDEBA.

<sup>108</sup> DE RUGGIERO, *Sommario*, pp. 58-9.

No obstante, no debe creerse que el realismo aristotélico destruía totalmente la teoría de las "ideas" platónicas, sino que, simplemente, la "bajaba" a las cosas. Cada forma, "hasta donde es una forma definida, es eterna e inmortal, como las ideas platónicas, pero difiere de éstas en que no se halla fuera de las cosas, y dado que el mundo es eterno, ella no lo ha estado nunca" <sup>109</sup>.

Este realismo aristotélico, aunque no abandona del todo la teoría de las "ideas", le permite a Aristóteles llegar a una concepción antropológica que fundamenta un derecho penal menos autoritario. Aristóteles, pese a que también justifica la esclavitud y concibe a un rey cuyo parecido con el "super-hombre" calicliano se ha observado <sup>110</sup>, no llega a superar los excesos platónicos. El Estado platónico es más siniestro que el aristotélico <sup>111</sup>.

Los aportes y la influencia de Aristóteles al pensamiento humano son enormes, comenzando por su sistematización de la filosofía. Para nuestra disciplina es fundamental su *teoría de la imputación*, particularmente en la forma en que la desarrolla en la *Ética Nicomaquea* <sup>112</sup>, pudiéndose afirmar que la estructura analítica del delito actual —o, al menos, la más difundida y sostenida por nosotros— es una adaptación desarrollada de las líneas generales trazadas en la teoría aristotélica de la imputación. No obstante, no nos ocuparemos aquí de ello, sino que nos ocuparemos de tres de sus aportes fundamentales para el propósito perseguido en esta parte de nuestro trabajo.

α) En principio, nos interesa destacar que Aristóteles plantea el problema que no había planteado Sócrates, o sea, el de la ley "injusta" <sup>113</sup>. Para ello concibe un derecho natural, pero no a la manera de un derecho ideal, capaz de proporcionarnos todas las soluciones perfectas, sino casi como un marco de acción para la ley positiva. Hace derivar al Estado de la naturaleza "política" del hombre, la que a la vez cumple la función de limitarlo. No se trata

<sup>109</sup> ZELLER, op. cit., 181-182.

<sup>110</sup> Sobre la esclavitud, *Política*, Lib. II, II; en cuanto al Rey, MENZEL, op. cit., p. 43.

<sup>111</sup> Sobre el Estado aristotélico, VERDROSS, *Grundlinien*, 126 y ss.

<sup>112</sup> Especialmente en el L. III, I a IV; una síntesis en WELZEL, *Naturrecht*, 33-37. De estos aportes nos ocuparemos en los diferentes temas de la teoría del delito.

<sup>113</sup> LACHANCE, LOUIS, *Le concept de Droit selon Aristote et S. Thomas*, París, 1933.

de una limitación al Estado en función de un orden superior, sino en razón de la misma naturaleza del hombre <sup>114</sup>.

Independientemente de cuál sea el manejo que hizo el Estagirita de este concepto, lo cierto es que se trata de la primera gran tentativa coherente de fundamentar una limitación al positivismo jurídico a partir del hombre mismo y sin apelar a ningún orden ideal, es decir, la primera tentativa importante de limitación y fundamentación antropológica del derecho y del Estado.

En el Estado aristotélico la pena cumplía una función intimidatoria, afirmando que es necesario penar porque la multitud obedece más a la necesidad que a la razón y que las penas son medicinas del alma por la virtud de los contrarios, pero el concepto de intimidación en Aristóteles se mantenía aún en un plano moral, porque consideraba al Estado como un instituto dirigido a la educación moral, en tanto que en Roma el Estado se pone como fin en sí mismo y la intimidación se hace política en defensa del Estado, es decir, intimidación orientada a la incolumidad del Estado <sup>115</sup>, sentido extraño al pensamiento aristotélico.

β) El punto que es imposible pasar por alto en la obra aristotélica es su monumental contribución al echar las bases sistemáticas de lo que a partir de él se llamará "metafísica". Su concepción del saber especulativo por excelencia, es decir, del saber "de los primeros principios", señala una base problemática que con él queda planteada en forma sistemática. A partir de Aristóteles es que se puede afirmar sin duda que la filosofía es una ciencia del ser en cuanto ser (metafísica).

Frecuentemente se piensa hoy en la metafísica como en un complejo de proposiciones inverificables —criterio que difunde el positivismo—, con lo que se confunde todo. Lo cierto es que la metafísica era lo que venía tratado por Aristóteles "después de la física" <sup>116</sup>, de lo que se deduce que su bautismo no resulta más que de un orden de tratamiento. Por otra parte, Aristóteles distinguió la metafísica de la teología, es decir que la ciencia del ser de todos los entes —o mejor, del ser en cuanto tal—, nace con independencia de la "ciencia de Dios", que, por mucho que estudie al más alto de los entes, nunca se ocupará

<sup>114</sup> Cfr. VERDROSS, 74.

<sup>115</sup> PESSINA, E., *Elementos de Derecho Penal*, trad. de Hilarión González del Castillo, Madrid, 1913, p. 81.

<sup>116</sup> Cfr. HEIDEGGER, *Kant e il problema della metafisica*, Milanò, 1962, p. 17.

de todos los entes en cuanto tales. “Este concepto de filosofía como ciencia del ser en cuanto ser, es verdaderamente el gran descubrimiento de Aristóteles”<sup>117</sup>.

La característica de la filosofía como el más general de los saberes —al tiempo que permanece escindida de la teología— coloca al pensamiento filosófico en una posición de la que nadie logró moverlo. Desde entonces, todos aquellos que han querido negar la metafísica no han hecho más que sostener una postura metafísica. El mismo Aristóteles cayó en la cuenta de esto: “Se debe filosofar —escribió— o no se debe filosofar; pero para decidir no filosofar es también siempre necesario filosofar; así, pues, en cualquier caso, filosofar es necesario”.

Desde entonces los detractores de la metafísica han tratado, ora de convertirla en física, ora en teología. Ni lo uno ni lo otro han logrado, porque en sus extremos unos llegan al materialismo ingenuo y otros al panteísmo, pero la problemática ontológica permanece. A falta de todo otro mérito, este sería más que suficiente para recordar a Aristóteles. Para fundamentar antropológicamente al derecho penal no podemos hacer otra cosa que orientarnos por una ontología fundamental y, cualquiera que sea la diferencia que al hacerlo se pueda tener con Aristóteles, no se puede pasar por alto que fue precisamente él el fundador de la ontología.

γ) En cuanto a su concepción antropológica, Aristóteles resulta menos intelectualista que Platón, poniendo en tela de juicio el sometimiento de la voluntad al conocimiento, camino por el que muchos siglos después transitará San Agustín y un respetable sector de la escolástica. Refiriéndose en concreto a la posición socrática —que es la que abre el camino al intelectualismo— dice: “Esta teoría está manifiestamente en desacuerdo con los hechos patentes. Y aún dado que la incontinencia fuese causada por la ignorancia, sería preciso indagar, con respecto a dicho estado, cuál es el modo especial como sobreviene dicha ignorancia, pues es evidente que el incontinente no pensaba así antes de caer en la pasión”<sup>118</sup>.

<sup>117</sup> ABBAGNANO, I, 128.

<sup>118</sup> *Ética Nicomaquea*, VII, II.

## IV. — EL PENSAMIENTO POST-ARISTOTÉLICO

112. El **estoicismo**. El estoicismo, dada su enorme extensión en el tiempo, nos sitúa entre Grecia y Roma, constituyendo la más grande manifestación del pensamiento antiguo posterior a Aristóteles. Su influencia más importante en el pensamiento penal se hará presente con el romanticismo penal, particularmente con el correccionalismo, que la recibe de Krause<sup>119</sup>. Séneca deja una marca preventivista en la ciencia penal española, que habrá de posibilitar el posterior enraizamiento de la misma con el correccionalismo, cuando España recibe el impacto de las ideas krausistas en el siglo XIX<sup>120</sup>.

El estoicismo se inicia con Zenón de Citium (336-264 a.C.) y su historia se divide en tres etapas, la última de las cuales corresponde al período romano, con el emperador Marco Aurelio<sup>121</sup>. Siguiendo el criterio que venimos empleando, no nos detendremos en los detalles del pensamiento estoico, harto complejo en sus matices, sino que nos limitaremos a relevar algunos de sus aspectos de particular importancia para nosotros.

a) Los estoicos parten de un materialismo extremo —al menos la corriente griega— y caen en una fe irracional en lo que llamaron el “gran año”, esto es, un ciclo inmenso en el cual todo se desenvuelve tal cual es, operándose al fin del mismo una conflagración a partir de la cual todo vuelve a repetirse exactamente igual y así indefinidamente, ideología que provenía de los babilonios<sup>122</sup>.

De esta fuerza que mueve todo el cosmos entendido en forma panteísta<sup>123</sup> no podemos librarnos, según la teoría estoica. Frente a ella le quedan al hombre dos caminos: seguirla, en cuyo caso obrará conforme a la “naturaleza”, u oponerse, en cuyo caso estará contra la ley “natural”, pero, a la postre, es lo mismo, porque la fuerza le arrastra. Esta actitud consiste en pintar al hombre como movido por fuerzas que no puede controlar, impotente, y la misma teoría del “eterno retorno” la volveremos a ver en la historia del

<sup>119</sup> V. infra, cap. X.

<sup>120</sup> STAMPA BRAUN, JOSÉ MARÍA, *Las ideas penales y criminológicas de L. A. Séneca*, Valladolid, 1950.

<sup>121</sup> Sobre este pensamiento en general: WENLEY, ROBERT MARK, *El estoicismo y su influencia*, Bs. As., 1948; BARTH, PAUL, *Los estoicos*; ZAMBRANO, M., *El pensamiento vivo de Séneca*, Bs. As., 1944.

<sup>122</sup> Cfr. MONDOLFO, op. cit., I, 14.

<sup>123</sup> Sobre ello, ABBAGNANO, I, 176-7.

pensamiento humano, extremada hasta reducir al hombre a un mero espectador que se solaza en un gran suicidio cósmico repetido al infinito. Esta última no fue la actitud estoica, pero el origen de ella se halla en los estoicos, que son los que difundieron la teoría del "eterno retorno" en el pensamiento occidental.

β) La ley "natural" derivada de este destino<sup>124</sup>, plantea un grave problema, cual es el de compaginar la libertad del hombre con tan tremendo e ineludible determinismo cósmico. La única libertad que encontraron los estoicos fue la de compaginar la vida con ese determinismo, con ese destino, y esto, según ellos, sólo lo lograba el sabio, que era quien podía leer ese destino en la razón<sup>125</sup>. No obstante, observaban que la necesidad impedía esta adecuación vital, por lo que terminaban despreciando y rechazando todo aquello que no podían dominar, con lo que su perfeccionamiento ético fincaba en el dominio de sí mismos, repudiando las emociones y las pasiones. Frente a la teoría del eterno retorno no sintieron el gozo estético que recién surgirá en el pensamiento humano en las mentes enfermas de algunos de los contemporáneos de nuestros abuelos, sino que renuncian al mundo, encerrándose en sí mismos. Es una actitud adecuada "a la edad de decadencia helénica en que nace, cuando, dominada Grecia, no quedaba otra cosa, a los pocos espíritus fuertes aún supérstites, que apartarse desdeñosamente de la vida, que ya no ofrecía —como en la edad clásica— un digno teatro para su actividad. Más tarde, cuando el estoicismo hará su ingreso en Roma, en el último período de la república, sufrirá atenuaciones notables, conforme a las mutadas condiciones del ambiente y no volverá al rigorismo inicial sino bajo el imperio, esto es, en una era de renovada servidumbre civil"<sup>126</sup>. Dice Jellinek que "en los tiempos en que se oprimió a la conciencia, que siempre vuelven a intentar la servidumbre del espíritu, debió el hombre cerrar su mundo interior a toda exigencia formulada categóricamente al mismo, impuesta exteriormente, considerándola injustificada. En ese mundo interior, quería ser él su ilimitado señor"<sup>127</sup>.

Esta posición para la cual los males externos no son más que

<sup>124</sup> En particular, sobre el derecho natural estoico, WELZEL, *Naturrecht*, 38-47; VERDROSS, *Grundlinien*, 164-6.

<sup>125</sup> V. VERDROSS, p. 78.

<sup>126</sup> DE RUGGIERO, op. cit., p. 78.

<sup>127</sup> JELLINEK, GEORG, *Die sozioethische Bedeutung von Recht und Strafe*, WIEN, 1878, p. 45.



ocasión para demostrar la virtud, habrá de repetirse en la historia y por cierto que siempre es harto negativa, pues es la actitud del hombre que procura su propia perfección, pero en el fondo es incapaz del verdadero acto de amor al prójimo. En los mismos orígenes míticos de la cultura occidental, es la propia Temis que aconseja a Afrodita dar un hermano a Eros (Antelos), pues Eros —el Amor— era esmirriado y parecía que nunca iba a crecer <sup>128</sup>.

Esto que Sciacca califica como "egoísmo" y con razón señala como diferencia entre el estoicismo y el cristianismo <sup>129</sup>, obligó a los estoicos a formular una distinción entre los males externos, pues de otro modo su teoría caía en el más completo absurdo. "Nosotros admiramos a un médico que arriesga su vida en una epidemia, porque pensamos que la enfermedad es un mal cuya frecuencia esperamos disminuir. Pero si la enfermedad no es un mal, el médico bien puede permanecer confortablemente en su casa" <sup>130</sup>.

γ) No obstante, hay en los estoicos un mérito real y muy significativo, que finca en su ecumenismo, que hace a todos los hombres ciudadanos del mundo <sup>131</sup>. Si todo hombre podía llegar a ser sabio, es decir, llegar a reconocer el destino cósmico sólo con su razón, esto llevaba a reconocer a todos los hombres su condición moral. Si bien este enunciado ya había sido hecho por la sofística, alcanza aquí un desarrollo más completo y una difusión más amplia, por mucho que lo opaque el fondo irracional sobre el que yace y la inactividad exterior a que ese fondo condena.

Los estoicos quisieron que todos los hombres tuviesen por patria el mundo y, en verdad, la doctrina del derecho natural de la edad moderna puede ser considerada un resurgimiento de la escuela estoica. Las condiciones históricas impidieron al estoicismo materializar sus anhelos de igualdad entre los hombres <sup>132</sup>, pese a que en sus filas contaron al mismo Marco Aurelio, que soñó "una política igual para todos, administrada en torno a igualdad de derechos y de libertad, y un gobierno que respete realmente la libertad del gobernado sobre todo" <sup>133</sup>.

<sup>128</sup> Cfr. SEEMANN, OTTO, *Mitología clásica ilustrada*, Barcelona, 1960, p. 120.

<sup>129</sup> SCIACCA, op. cit., 136.

<sup>130</sup> RUSSELL, p. 255.

<sup>131</sup> Sobre la vocación democrática del pensamiento estoico, en el que cupieron un Emperador y un esclavo, BLOCH, ERNST, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt, 1961, p. 25.

<sup>132</sup> Cfr. MARÍAS, p. 91.

<sup>133</sup> Cit. por RUSSELL, p. 270.

113. **Otras corrientes.** a) El *epicureísmo* participó de una de las características negativas del estoicismo, pese a que su teoría no era un mero hedonismo, como suele creerse<sup>134</sup>.

Para Epicuro, el fin de toda acción era el individuo, pero como no llegaba a concebir un verdadero amor al hombre, su teoría se frustra en un egoísmo de grupo, de minoría iluminada que se desentiende del mundo. No quiere imponerle nada al resto, porque para Epicuro no vale la pena hacerlo, ya que con ello se "perturbaría" el que lo intente, y el placer, la felicidad, consiste precisamente en la "imperturbabilidad"<sup>135</sup>.

La teoría de Epicuro encierra una idea que se traduce en una actitud existencial muy similar al idealismo elitista, no siendo tan importante en sus consecuencias teóricas como en las prácticas. Epicuro parte de la afirmación de que sólo unos pocos pueden ser filósofos y, por ende, hace una apología de la amistad, pero reducida a los integrantes del grupo de "filósofos"<sup>136</sup>. El "placer" es para él una quietud espiritual que sólo se logra apartándose del resto, como si se tratara de una aristocracia del pensamiento y de la razón, que no debe preocuparse por el poder, pues, de ser así, perdería la quietud espiritual que busca.

No hay corriente penal alguna que haya receptado al epicureísmo, pero late su actitud existencial en cualquier época, en teóricos que pretenden desvincular al derecho penal de la realidad política. Epicuro es, en este sentido, el padre espiritual de todos los habitantes de las múltiples y endebles "campanas de cristal" teóricas.

No deja de haber similitudes entre esta teoría y el budismo primitivo, como bien lo observa Jaspers<sup>137</sup>. Esta postura del budismo primitivo provocó una catástrofe política y llevó a la desaparición del mismo de su lugar de origen. "Los budistas fundaron un gran número de grandes monasterios y los hombres y mujeres mejores y más capacitados se hicieron monjes y monjas". "La sociedad se empobreció con ello" y "el ideal monástico significaba una oportunidad inclusive para aquellos que simplemente querían evadir las responsabilidades de la vida para entrar en los monasterios, aunque ni ética ni intelectualmente estaban preparados para la vida de monje. La corrupción penetró así en

<sup>134</sup> V. especialmente su ética en ABBAGNANO, I, 187-9.

<sup>135</sup> V. ZELLER, 244-5; REYES, ALFONSO, *Filosofía helenística*, México, 1965, pp. 160-1.

<sup>136</sup> JASPERS, K., *Conferencias y ensayos sobre historia de la filosofía*, p. 34.

<sup>137</sup> Idem, p. 38.

los monasterios y éstos se convirtieron en una carga para la sociedad, que se deterioró económica, política y moralmente. Estos efectos tienen que ser señalados en un estudio sobre el hombre para medir los efectos de un espiritualismo unilateral y desequilibrado sobre la vida del individuo y de la sociedad”<sup>138</sup>.

No obstante, en Epicuro hay un aspecto positivo y que no es en forma alguna desdeñable, particularmente en la actual etapa de la sociedad y del derecho: Epicuro propugnaba una limitación, por vía de auto-limitación, de las necesidades. Por esta vía pretendía liberar al hombre de prejuicios y de inútiles deseos inquietantes.<sup>139</sup> “Al que lo suficiente le parece poco, nada le parecerá suficiente”, decía<sup>140</sup>. Esta es la primera crítica a lo que hoy se llama “sociedad de consumo”, crítica en la que alienta la teoría que posteriormente desarrollaría la filosofía con el nombre de “alienación” del hombre.

β) El *escepticismo* y el *eclecticismo* no son más que muestras de decadencia del pensamiento, que se repetirán a lo largo de la historia, como actitudes vitales que surgen, precisamente, en tales circunstancias. “Quien ha renunciado a la posibilidad de conocer las cosas, no puede adjudicar a una de ellas mayor valor que a otras”<sup>141</sup>. El escepticismo es una renuncia al conocimiento, planteada frecuentemente en nuestra ciencia, particularmente cuando se cae en una vulgarización simplista de los conceptos.

El eclecticismo también nos revela su naturaleza decadente; las necesidades prácticas obligan en él a apartar todo lo teórico para encontrar coincidencias y, conforme a ellas, indicar el camino práctico. El criterio de verdad del eclecticismo griego —como de cualquier eclecticismo— es el *consensus gentium*, el reconocimiento general<sup>142</sup>.

El eclecticismo griego se apoderó de todas las escuelas que existían en su tiempo<sup>143</sup>. Entonces como siempre, indica una actitud de fatiga ante la tarea del pensamiento. No podremos condenarle totalmente, porque tiene algún sentido positivo frente a algunos excesos de la razón, precisamente, en tratar de hallar qué es lo que hasta ese momento se ha obtenido. Pero básicamente en una actitud segadora del pensamiento, pues, renunciando a lo teórico diferencial, no queda camino para seguir perfeccionando el conocimiento de la práctica. Es una ac-

<sup>138</sup> RAJU, P. T., en op. cit., pp. 339-340.

<sup>139</sup> ZELLER, 245.

<sup>140</sup> Cit. por JASPERS, p. 35.

<sup>141</sup> ZELLER, 248.

<sup>142</sup> V. ZELLER, 253.

<sup>143</sup> V. BROCHARD, VÍCTOR CHARLES LOUIS, *Los escépticos griegos*, Bs. As., 1945; DAL PRA, MARIO, *Lo scetticismo greco*, Milano, 1950.

titud bastante frecuente en el pensamiento penal, aunque, como es lógico, surge en aspectos parciales del mismo, pues un teórico no puede jamás caer en un eclecticismo total.

El eclecticismo filosófico griego, en su afán sintético, proporcionó, con Filón de Alejandría, el primer intento de conciliar el Antiguo Testamento con la filosofía griega, particularmente con Platón. No obstante, las limitaciones del método hicieron que no enfocara los problemas delicados que en grande afrontará luego la escolástica.

#### V. — EL DERECHO PENAL Y EL PENSAMIENTO MEDIEVAL

114. **Caracterización.** Si bien la filosofía patristica se desarrolló en lo que aún se considera Edad Antigua, estando el mismo San Agustín ubicado por muchos “entre dos edades”<sup>144</sup>, cabe tratar el aporte cristiano de la época ya en la Edad Media, pues se trata, de toda forma, de un pensamiento que surge sobre base nueva<sup>145</sup>.

La filosofía medieval se basa en la creación, idea que no era aceptada por el espíritu griego, hasta el punto de que Plotino cayó en el panteísmo como consecuencia del rechazo de esta idea. Todo el panorama medieval es una pugna constante entre dos actitudes: la de la fe y la de la razón. La verdad puesta de manifiesto por la razón dentro de la tradición griega, se enfrentará con la verdad descubierta por la fe; se luchará por armonizarlas y se luchará contra su armonización. Combatirán entre sí quienes pretenden armonizarlas (los que extremaron el pensamiento de Santo Tomás y los que extremaron el de Duns Scotus, por ejemplo) y los combatirán quienes crean que la única fuente es la fe (los místicos). En esta etapa se pondrán de manifiesto dos líneas del pensamiento general que con distintas formas siempre correrán a lo largo del mismo, perfiladas con los caracteres generales que en esos siglos se manifestaron: el racionalismo y el irracionalismo.

Es muy difícil valorar en general el pensamiento medieval, porque tiene apologistas sin límite y detractores ofuscados. Lo cierto es que quien pretenda que más de un milenio pasó por el pensamiento humano sin dejar huella, debe ser necio o ciego, y no menos cierto es que el pensamiento medieval es rico en muchas sugerencias.

<sup>144</sup> Cfr. CASSIRER, op. cit., pp. 26-7; sobre ello, MARROU, HENRI-IRÉNÉE, *Saint Agustin et la fin de la culture antique*, París, 1949.

<sup>145</sup> Cabe observar que los historiadores de la filosofía medieval incluyen a la patristica. Así, p. ej., VERWEYEN, J. M., *Historia de la Filosofía medieval*, Bs. As., 1957, pp. 19 y ss.; VAN STEHENBERGHEM, FERNAND, *Filosofía medieval*, Bs. As., 1968, pp. 25 y ss.; GILSON, ETIENNE, *La filosofía de la Edad Media*, Madrid, 1972, pp. 17 y ss.

cias, hasta el punto de que estamos tentados de afirmar que el curso posterior es su desarrollo más o menos libre de teología. Tan rico nos resulta que creemos que es imposible rastrearlo en cuanto a sus consecuencias para nuestro campo con mediana intensidad, al menos en una obra como la presente, debiéndonos detener sólo en tres grandes hitos que son ineludibles: San Agustín, la escolástica y la mística, que para nosotros representan puntos claves para el concepto de persona, para el racionalismo y para el irracionalismo respectivamente.

La Edad Media no es una época que deba idealizarse, como pretenden los románticos, que llegan por ese camino al absurdo, pero tampoco puede minimizársela, so pena de ignorar una etapa fundamental del pesamiento humano. Su ponderación equilibrada es tarea que escapa a nosotros, pero es menester advertir que, para hablar de la Edad Media, siempre es necesario quebrar prejuicios, que van desde la idealización romántica hasta la "dark age"<sup>146</sup>.

La filosofía medieval está transida de la idea de Dios y, por ende, enteramente teñida de teología, lo que es una característica general de la época, no reducida a la filosofía cristiana, sino también extendida al pensamiento medieval hebreo y musulmán<sup>147</sup>.

La incidencia de la fe ha puesto en tela de juicio el carácter filosófico de muchos pensamientos medievales; no obstante, ello será válido según sea la concepción que se tenga de la filosofía<sup>148</sup> y, por nuestra parte, entendemos que es filosofía, pese a no abrir juicio en este lugar sobre el particular problema de si la problemática de lo divino pertenece o no a la filosofía<sup>149</sup>.

115. **El pensamiento antropológico medieval.** Al colmarse el pensamiento de la Edad Media de la idea de Dios, también se llena con la idea del hombre. Se trata de una señalización del hombre, es decir, de una posición de privilegio entre los entes, que

<sup>146</sup> Cfr. GUGLIELMI, NILDA, *La renovación de la Edad Media*, Santa Fe, 1962.

<sup>147</sup> Un autor tan poco afecto al cristianismo, como es RUSSELL, afirma: "Es cierto que estos méritos estaban oscurecidos por el fanatismo y la superstición, pero sin éstos, no podía haber tenido éxito ningún movimiento de reforma en aquellos tiempos" (op. cit., p. 335).

<sup>148</sup> Cfr. VIGNAUX, PAUL, *El pensamiento en la Edad Media*, México, 1971, p. 7.

<sup>149</sup> Así HEIDEGGER, *Brief*; en contra JASPERS, *Filosofía*.

emerge nada menos que de la imagen divina que en el hombre descubre el pensamiento de este tiempo <sup>150</sup>.

Hemos afirmado repetidamente que ningún derecho penal puede fundamentarse adecuadamente en lo antropológico —y la expresión misma carecería de sentido— si no se admite que el hombre tiene alguna prioridad o preeminencia respecto de los restantes entes terrenos. No obstante y pese a que la concepción antropológica medieval halla esta preeminencia nada menos que en una señalización divina, lo cierto es que, al menos una gran parte del mismo, sirvió para fundamentar un derecho penal brutalmente represivo. ¿Cómo es posible que un pensamiento que llegó a concebir el amor a Dios como amor al hombre, haya llegado a servir de puntal ideológico a todas las hogueras inquisitoriales?

Esta experiencia brinda una enseñanza que es importante tener presente a lo largo de todo nuestro intento: la mera señalización del hombre no garantiza una adecuada fundamentación antropológica al derecho penal, puesto que la misma también puede hacerse mediante una imagen o “idea” del hombre, detallada e inmutable, que choca contra el dinamismo de lo humano y se maneja como un “deber ser” del hombre. En otras palabras un derecho natural idealista (en el sentido de que toma por lo que el hombre es lo que él entiende que debe ser) es tan nefasto en nuestro campo como cualquier otro objetivismo valorativo a ultranza, quíerese o no rellenar con argumentaciones realistas.

116. San Agustín. El pensamiento agustiniano pertenece al neoplatonismo que tiñe los primeros siglos de la filosofía cristiana <sup>151</sup> y, por ende, su posición es idealista. Pese a sus diferencias con algunos puntos de vista neoplatónicos, toda su técnica filosófica provendrá de esta corriente <sup>152</sup>. No obstante, el respeto por el hombre es en San Agustín muy superior al de Platón, como que puede decirse que con él aparece el concepto de persona humana. Este fenómeno obedece a que el idealismo también puede considerar que hay un límite al ejercicio de la coacción —y casi todos los idea-

<sup>150</sup> “La Edad Media trata del hombre en función de Dios, de quien le cree imagen: a las teorías de la Trinidad responden *psicologías trinitarias* (VIGNAUX, PAUL, op. cit., p. 10).

<sup>151</sup> Cfr. VERWEYEN, op. 34; v. JOLIVET, RÉGIS, *San Agustín y el neoplatonismo*, Bs. As., 1941; BELGODERE, FRANCISCO J., *San Agustín y su obra*, México, 1945; CAPÁNAGA, VICTORINO, *San Agustín*, Barcelona, 1951; SCIACCA, MICHELE F., *S. Agostino*, Brescia, 1949.

<sup>152</sup> GILSON, ETIENNE, 119.

lismos, en principio, así lo hacen—, pero, como ese límite no es “exterior” —por así decirlo—, sino que está en función del sistema de “ideas” que adopta, dependerá necesariamente de ese sistema. En el caso de San Agustín, su sistema de ideas permite una coacción menor que la concebida por Platón, puesto que es un sistema de ideas cristianas, lo que le hace reconocer como principio que, si todos los hombres están dirigidos finalmente hacia Dios, todos ellos son, por regla primera, iguales entre sí<sup>153</sup>. Esto obedece claramente a que “mientras que en Platón llegaba a su fin una gran tradición aristocrática, en Agustín comenzaba una tradición nueva”<sup>154</sup>.

Para San Agustín el Estado no era concebido en forma teocrática, sino que el derecho y el Estado tienen una mera función de regulación social, no teniendo nada que ver su finalidad con la vida espiritual, más que al mero nivel de posibilidad de ésta<sup>155</sup>. El Estado tiene su origen en la culpa, en la corrupción, pero no por ello lo considera algo corrupto en sí, sino como algo necesario, impuesto por la culpa original, y que no cumple otra función que la de posibilidad de la vida espiritual<sup>156</sup>. Esta concepción permite la autonomía moral del hombre dentro del derecho.

“Para el griego, la ética y la política se hallaban íntimamente mezcladas entre sí. En tanto existió la *polis* fue absolutamente imposible pensar en el individuo como algo separado de la comunidad”<sup>157</sup>. Ante la falta de todo límite a la acción de la comunidad, los estoicos y los epicúreos hicieron de la felicidad una cuestión absolutamente íntima, pero por esta vía llegaron a la concepción de la persona humana, entendida como ser dotado de autonomía moral y cuya estructura debía el Estado respetar. Se requería un pensamiento que si bien consideraba al ser humano destinado a otra vida, concebía aquel destino marcado por la elección que realizase en esta vida, y que, al mismo tiempo, admitiese esto como condición para todos —y cada uno— de los hombres. Este pensamiento, base de cualquier derecho penal democrático posterior, surge con el cristianismo. Este mérito le es reconocido al pensamiento cristiano en el mismo campo marxista: “Al reivindicar con orgullo la herencia del humanismo y del racionalismo griegos —dice

<sup>153</sup> Cfr. VERDROSS, 107.

<sup>154</sup> TILICH, PAUL, *Pensamiento cristiano y cultura en Occidente*, Bs. As., 1976, p. 130.

<sup>155</sup> V. *De libero arbitrio*, I, 5, 13.

<sup>156</sup> Alguna vez se ha dudado de la posición que ocasionalmente tuvo la Iglesia a este respecto; v. CATHREIN, VIKTOR, *Hat Papst Gregor VII den Staat für ein Werk des Teufels und der Sünde erklärt?*, en “Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie”, Bände X y XI.

<sup>157</sup> ZELLER, 147.

Garaudy— los marxistas saben que el cristianismo creó una dimensión nueva del hombre: la de la persona humana. Esta noción era tan extraña al racionalismo clásico, que los Padres griegos no podían encontrar en la filosofía griega las categorías y las palabras para explicar la nueva realidad. El pensamiento griego no concebía que lo infinito y lo universal pudieran expresarse en una persona. Solo en el siglo IV logró superarse esta contradicción, porque entre los padres griegos subsistía cierto platonismo, y habría de ser sólo San Agustín quien expresaría la dimensión de la subjetividad y su valor”<sup>158</sup>.

Creemos que la circunstancia de que el concepto de persona moral haya nacido vinculado a la idea de trascendencia del hombre, no implica que para sostenerlo en nuestros días haya que partir de la misma idea, pero que la formulación primera se haya hecho sobre esa base no opaca en nada su mérito.

Para San Agustín, el destino final del hombre dependía de la condenación o de la salvación eternas, lo que estaba condicionado a los actos del hombre y a la Gracia. No interesa a nuestros efectos el problema de la combinación de la Gracia con el libre albedrío<sup>159</sup>, pero lo cierto es que el Obispo de Hipona distinguió el libre albedrío de la libertad: la libertad no está en el albedrío, sino que es el resultado del buen uso que de él se haga<sup>160</sup>.

De allí deducía San Agustín su concepto de mal: el mal no tiene entidad, sino que es una ausencia de bien; todo lo creado es bueno, pero cuando no llega a ser lo que le falta para “ser”, es malo y, precisamente el mal es lo que le falta para “ser” lo que debía ser. Lo negativo estaría en no llegar a ser “libre”, en no llegar a ser hombre “completo”. El hombre que no llegaba a ser libre, lo hacía, según San Agustín, por un defecto de su voluntad, de modo que el mal en el hombre lo concibe como un defecto de la voluntad. *La distinción entre albedrío y libertad y la concepción del mal como un defecto de la voluntad (defectus voluntatis)*, son conceptos de importancia fundamental para el pensamiento antropológico contemporáneo.

“Aquella cosa que corrompe no es mala, no es la cosa corrupción. Pues corromper algo es deformar su integridad, quitar algo a su perfección, y lo que no tiene perfección no se corrompe, no puede corromperse”. Así se expresaba San Agustín respecto del mal<sup>161</sup>. El con-

<sup>158</sup> GARAUDY, ROGER, *¿Qué es la moral marxista?*, Bs. As., 1964, pp. 59-60.

<sup>159</sup> Sobre ello, SCLACCA, 187 y ss.

<sup>160</sup> Cfr. GILSON, 127.

<sup>161</sup> *Ideario*, selección de Agustín Martínez, Madrid, 1957, p. 139.



cepto de persona, el de libertad y el del mal, serían suficientes para justificar en nuestro campo un tratamiento más pormenorizado de las ideas agustinianas. Con toda razón dijo Korn que su influencia póstuma escapa a toda medida <sup>162</sup>.

La libertad entendida como un llegar a ser, implica que el hombre no es libre por el mero hecho de ser hombre, sino que debe luchar por su libertad eligiéndola. El punto de partida para San Agustín, como buen neoplatónico, no podía ser la fe, sino que la certeza la extrae de la duda misma. En esto se adelantó muchos años a Descartes: quien duda está cierto de que duda y, por ende, de que vive y piensa <sup>163</sup>.

Esta concepción de la libertad —que presupone el albedrío— enfrentará a San Agustín con cualquier pensamiento determinista. El hombre, concebido como persona moral es responsable de su elección y, el buen uso que de ella haga le llevará a la libertad. El hombre, concebido como persona moral siempre es responsable, porque responsabilidad y personalidad moral son dos conceptos inescindibles y quizá únicos en el fondo. Muchos siglos después, en nuestro campo volverán a enfrentarse ambos criterios: el derecho penal que se basa en una concepción del hombre como persona (responsable) y el que se basa en un hombre cosificado (no responsable). Uno será el derecho penal de culpabilidad y el otro el de peligrosidad. Este debate no hará más que reverdecer los viejos argumentos de la lucha agustiniana. Por supuesto que San Agustín conoció el determinismo de su época bajo un aspecto que hoy parece insólito, pero que en ese momento desempeñaba el mismo papel que un milenio y medio después cumpliría el positivismo mecanicista de los primeros criminólogos: la astrología. El determinismo de aquel tiempo sostenía que todo estaba determinado por los astros y los astrólogos pretendían leer ese destino en el cielo. De allí que llevase su más fuerte ataque contra la astrología. “Nunca San Agustín es tan violento como cuando ataca a los mixtificadores con apariencia de ciencia de su tiempo, a los astrólogos” <sup>164</sup>.

No obstante, San Agustín es el más claro ejemplo de los peligros del idealismo, por mucho que esté teñido de nobles ideas cris-

<sup>162</sup> KORN, ALEJANDRO, *De San Agustín a Bergson*, Bs. As., 1959, p. 32.

<sup>163</sup> Expresamente destaca la similitud con Descartes, ABBAGNANO, I, 278; VERWEYEN, 34.

<sup>164</sup> VAN DER MEER, F., *San Agustín, Pastor de almas*, Barcelona, 1965, pp. 100 y ss.

tianas. Como San Agustín no deja de ser idealista, su certeza acerca de un orden eterno y del destino trascendente del hombre, su idea del hombre libre como el hombre que “debe ser” (la idea del hombre libre manejada como un valor objetivo, como un *deber ser del hombre*), hace que su pensamiento se torne autoritario en cierto momento de su vida. Como todo idealista, que está cierto de las “ideas” que “ve”, con el curso de los años pierde la paciencia, y así fue como San Agustín terminó admitiendo la conversión obligatoria, cuando antes había rechazado toda coacción en materia de fe, como no podía ser de otra manera en quien había llegado a la fe después de la dura prueba de la duda.

Esta involución de San Agustín es ilustrativa a los efectos que antes señalamos: una posición idealista no necesariamente funda un derecho penal autoritario, pero siempre estará tentada de hacerlo. San Agustín se siente seguro de la verdad de su fe y de su Iglesia, y termina creyendo que el mayor bien que se puede hacer es castigar a los heréticos, pues así se salvan los innumerables inocentes a quienes éstos pueden confundir y apartar del camino de la verdad<sup>165</sup>. Para ello se funda en una conminación que hay en el Evangelio de San Lucas: *compelle eos intrare* (obligados a entrar). Considera que los heréticos son más peligrosos que los no cristianos y, por ello, reclamó el apoyo del Estado en su persecución. Su afán pastoral en la superación de la división con los “donatistas” y otros cismáticos, le llevó a apelar a la fuerza para la conversión. “Agustín llegó a ser el creador ideal de la posterior política obligatoria de la Edad Media, el ‘primer dogmático de la inquisición’, como se lo ha llamado por este motivo”<sup>166</sup>.

Este fracaso final del pensamiento agustiniano en nuestro campo, proviene, entre otras cosas, de la misma concepción antropológica de San Agustín, demasiado cargada de platonismo.

La definición del hombre, dialécticamente planteada por Platón en el *Alcibiades* y resumida después por Plotino, ha ejercido una influencia decisiva en el pensamiento de San Agustín: el hombre es un alma que se sirve de un cuerpo. Cuando habla como simple cristiano, San Agustín tiene buen cuidado de recordar que el hombre es la unidad de alma y cuerpo; cuando filosofa, vuelve a caer en la definición de Platón<sup>167</sup>. Esta posibilidad de separación del alma del cuerpo —que Aristóteles no aceptaba— dio lugar a todas las teorías de la transmutación<sup>168</sup>, pero no es eso lo importante para nosotros, sino que, cuando se concibe el alma como lo hacía San Agustín, es decir, inmortal e imperecedera,

<sup>165</sup> En detalle, VAN DER MEER, op. cit., pp. 144 y ss.

<sup>166</sup> VERWEYEN, 58-9; WELZEL, *Naturrecht*, p. 65.

<sup>167</sup> GILSON, pp. 120-1.

<sup>168</sup> Sobre ello, GUTHRIE, W. K. C., *Los filósofos griegos de Tales a Aristóteles*, México, 1970, p. 141.

puede llegarse a sostener que, como el mayor valor es el alma, para salvar esa "substancia inmaterial dotada de las funciones del pensamiento y de la voluntad"<sup>169</sup>, puede hacerse cualquier cosa en el cuerpo, material y corruptible, perecedero, de mucha menor importancia. Por este tortuoso razonamiento, se puede plantear como un estado de necesidad la destrucción del cuerpo para salvar el alma —exceso a que el mismo San Agustín parece haber llegado— y que representa la máxima expresión de autoritarismo penal a que puede conducir un espiritua- lismo desenfrenado.

En lo que hace a la concepción agustiniana de la voluntad, ésta se presenta reivindicando el voluntarismo frente al intelectua- lismo del idealismo griego. Para San Agustín, aunque la voluntad pueda inclinarse al mal, es un bien, considerada en sí misma<sup>170</sup>. Para ello, es independiente del conocimiento, en el sentido de que éste no la obliga. Como el mal es una carencia, es un no-ser, la voluntad que se dirige al mal es una voluntad que se dirige al no-ser; "es el hombre todo que deja de ser cuando peca: deja de ser en el sentido de que toma la nada, lo efímero, por la plenitud, por lo permanente"<sup>171</sup>. De allí que en este pensamiento la libertad se obtenga en el ser y el pecado suma en el no-ser, en tanto que el arbitrio de la voluntad es el que permite ser.

Este pensamiento encierra una duplicidad, que luego será desarrollada, en dos sentidos. En uno de ellos, sostenido en forma idealista y con una teoría objetiva de los valores, tiene para el derecho penal consecuencias desastrosas: siempre quien tenga acceso a los valores (al conocimiento de cómo debe ser el que "es" libre) estará tentado de "liberar" por la fuerza, por la coerción jurídica. En el otro sentido, es el origen del pensamiento acerca de la "alienación", la entrega del hombre a lo no humano.

117. La Escolástica: Santo Tomás<sup>172</sup>. Toda la filosofía medie- val está transida por la idea de Dios, y toda ella —salvo el misti- cismo— trató de conciliar fe y razón, es decir, el racionalismo griego

<sup>169</sup> VERWEYEN, 39-40.

<sup>170</sup> Cfr. WELZEL, *Naturrecht*, 53.

<sup>171</sup> MARTÍNEZ, AGUSTÍN, estudio previo al *Ideario*, cit., p. 54.

<sup>172</sup> En cuanto al pensamiento penal de los escolásticos, resultan parti- cularmente interesantes los trabajos de: LACHANCE, LOUIS, *Le concept de Droit selon Aristote et S. Thomas*, Ottawa-Montreal, 1948; DANIEL, WILLIAM, *The purely Penal Law Theory in the spanish Theologians from Vitoria to Suárez*, Roma, 1968; BEYER, WERNER, *Das italienische Strafrecht der Scholastik nach Albertus Gandinus*, Bielefeld, 1931; KANTOROWICZ, HERRMANN, *Albertus Gan- dinus und das Strafrecht der Scholastik*, Berlín, T. I (1907), T. II (1926).

y el cristianismo. No obstante, la misma pugna entre fe y razón se dio en las corrientes hebrea y mahometana de la época<sup>173</sup>, no siendo, por ende, un fenómeno limitado al pensamiento cristiano.

Las consecuencias del enfrentamiento de los distintos métodos por los que se persiguió la compaginación entre los conocimientos adquiridos por la razón y por la fe se reflejan hasta el presente, puesto que cuando en la filosofía de los siglos posteriores se seculariza la cuestión, la fe cobra nombres y contenidos distintos.

En el campo jurídico daría la sensación de que la búsqueda de la verdad se ha movido pendularmente entre la ciencia y la creencia<sup>174</sup>. En la actualidad, ambos campos no están tan separados como parece a primera vista, puesto que la misma física frecuentemente se contenta con apoyarse en pura hipótesis<sup>175</sup>.

Es incuestionable que la mayor tentativa de armonización entre razón y fe la llevó a cabo Santo Tomás. Uno de sus principales fines era demostrar que "la fe cristiana reposa sobre un fundamento racional y que los principios de la filosofía no llevan necesariamente a una concepción del mundo que excluya al cristianismo"<sup>176</sup>.

Santo Tomás tomó en su retorta dos pensamientos aparentemente bien diferentes: el de tradición griega y el de tradición judía. El principio de armonización lo hizo fincar en el intelectualismo, es decir, en la ligazón de la voluntad al conocimiento. Esta vinculación hay que analizarla a dos niveles distintos que, para evitar malos entendidos, es menester precisar: uno es el nivel de vinculación en la voluntad divina y otro en la humana. En la voluntad divina es donde el intelectualismo era sostenido por el Doctor Angélico en forma absoluta: lo que hace Dios no puede ser malo, porque en Dios no hay conocimiento deficiente. El mal sólo se puede dar en la voluntad del hombre, cuyo conocimiento siempre es deficiente.

<sup>173</sup> Sobre la filosofía mahometana medieval, ABBAGNANO, I, 395 y ss.; STEENBERGEN, 78 y ss.; GILSON, 321 y ss.; sobre la filosofía hebrea, ABBAGNANO, I, 416 y ss.; GILSON, 343 y ss.; STEENBERGEN, 82-4.

<sup>174</sup> Cfr. ESSER, JOSEF, en "Fest. f. Boehmer", 1954, 1.

<sup>175</sup> Cfr. WÜRTEMBERGER, THOMA, *Glauben und Wissen in der Naturrechtslehre des Thomas von Aquin*, en "Hom. al R. P. Julián Pereda S. J.", p. 744. Sobre características diferenciales de ambos conocimientos, idem, pp. 743-4.

<sup>176</sup> COPLESTON, F. C., *El pensamiento de Santo Tomás*, México, 1969, p. 10.

El determinismo intelectualista no se da para Santo Tomás en la voluntad humana. La vinculación de la voluntad con la inteligencia no significa negación de su autonomía. En la concepción tomista, la voluntad depende de la inteligencia en cuanto motivación, pues no se puede querer lo que no se conoce. Pero como el conocimiento humano es limitado, nunca se capta el bien absoluto y, por ello, pueden elegirse bienes aparentes o desordenados. Además —añade Santo Tomás— los bienes que conocemos en esta vida, por ser limitados, tienen un aspecto de “no-bien”, debido a lo cual, por grandes que sean, pueden ser rechazados, al tener en cuenta el aspecto de “no bien”. De allí que en lo antropológico Santo Tomás defiende abiertamente la autonomía de la voluntad, oponiéndose decididamente a toda forma de intelectualismo o de determinismo intelectualista.

En este aspecto hubo una serie de malos entendidos, al extremo de que el más destacado jusfilósofo neo-tomista contemporáneo afirma que “Santo Tomás de Aquino tiene razón cuando al explicar el libre albedrío atribuye una importancia decisiva a la capacidad del intelecto para someter a crítica sus propios juicios, de *suo iudicio iudicare*. Por otro lado, sin embargo, parece que la voluntad no es verdaderamente libre en cuanto que solamente puede actuar sobre la base del juicio del intelecto y tiene que dirigirse automáticamente hacia aquel objeto que el intelecto al valorar le presenta como deseable”<sup>177</sup>. No obstante, el mismo Messner, que no está de acuerdo con el intelectualismo, halla base para rechazar el planteo en el mismo Doctor Angélico, en un comentario de éste a la *Ética* de Aristóteles<sup>178</sup>.

En realidad, tampoco podía ser Santo Tomás un tributario obtuso del intelectualismo —ni mucho menos— en lo que hace a humano, porque en su obra desempeña un papel importantísimo el elemento emocional analizado en la conducta humana<sup>179</sup>, al punto de que Copleston lo considera un antecedente de Hume<sup>180</sup>, quien afirmaba que la moralidad es algo “que se siente más que se juzga”.

En tanto que San Agustín consideraba que la vida terrena no era más que una preparación para la vida eterna, como correspondía a su platonismo, en Santo Tomás los entes de este mundo también cobran finalidad “según su naturaleza”, reconocible por la razón. La idea de finalidad cubre todo el pensamiento tomista: el hombre se realiza moralmente cuando adecua su conducta a su naturaleza, que está conformada finalmente o teleológicamente. De

<sup>177</sup> MESSNER, JOHANNES, *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, Madrid, 1967, p. 151.

<sup>178</sup> *Idem*, p. 152.

<sup>179</sup> *Suma teológica*, I-II, c. 22-48.

<sup>180</sup> COPLESTON, *op. cit.*, pp. 252-3.

allí que Santo Tomás reivindique la entelequia aristotélica y haga de la antropología el fundamento de su derecho natural<sup>181</sup>.

Santo Tomás distinguía el conocimiento racional y la fe, asignando al primero la condición de "cognitio per causas", lo que le permitía distinguir una teología "natural" al lado de una teología "revelada". Desde el punto de vista de su teología "natural", Dios era la causa primera, con lo que probaba su existencia.

Fundaba la ley natural en la participación del hombre de la ley eterna, pues "es expresión del plan divino del mundo y emanación de la razón divina universal". Pese a ello, no sólo encuentra al derecho natural mediante la fe en la revelación divina, sino que trata de hallar su más fuerte fundamento en el mismo orden del ser. Es así como Santo Tomás procura fundar una teoría del derecho natural en la ontología, lo que hace que le otorgue un amplio papel a la razón, lo que es bien importante, aunque no sea del caso magnificar, considerando que todos los teóricos del jusnaturalismo pretendieron fundarlo también en la razón. No obstante, hay que puntualizar que Santo Tomás concedió a la razón una importancia mucho mayor en el conocimiento, de la que luego le concediera el protestantismo, puesto que siempre la teología católica fue más racionalista que la protestante, más inclinada al camino de la fe en la revelación (teología *fidei*)<sup>182</sup>.

En su concepción antropológica Santo Tomás incluía la mutabilidad del hombre. Distinguía, en consecuencia, dos grados en el conocimiento del derecho natural: el que corresponde a los primeros principios —como que hay que hacer el bien y evitar el mal— y el correspondiente a la relación de estos principios con las situaciones concretas. En tanto que los primeros son considerados inmutables y conocidos por la "síndéresis", los segundos son mutables, porque distinto es el contenido de la situación concreta. El problema de la pena de muerte pertenece, para Santo Tomás, a esta segunda categoría de principios mutables del derecho natural, para cuya justificación se hace menester consultar el bien común en la relación situacional concreta<sup>183</sup>.

El pensamiento tomista tiene el mérito de querer fundamentar todo el derecho natural a partir de una imagen del hombre, es decir, de lo antropológico, pero esa imagen del hombre no era al-

<sup>181</sup> WÜRTEMBERGER, Th., *op. cit.*, p. 753.

<sup>182</sup> *Idem*, p. 749.

<sup>183</sup> *Idem*, p. 754-5.

canzada sólo por la razón, sino también en respetable medida por la fe, al punto de que toda su antropología concebía al hombre como contrafigura de Dios, destinado a Dios como fin último.

Santo Tomás llamó "síndéresis" a la facultad de la razón práctica para reconocer el bien y el mal, con lo que hacía de la conciencia individual una fuente de conocimiento del derecho. Si bien no le asignó a la conciencia el mismo grado de autonomía que se le reconocería siglos después, ello se debió a que en ella abarcaba tanto lo que el conocimiento alcanzaba por la vía de la razón, como lo logrado por la senda de la verdad revelada. De allí que razón y revelación fuesen dos aspectos de la imagen de la conciencia, unidos por Santo Tomás en su filosofía y en su teoría del derecho natural.

Pese a que frecuentemente Santo Tomás cayó en la misma trampa que todos los derechos naturales de corte idealista (en el sentido que le asigna Welzel a la expresión)<sup>184</sup>, no evitando el peligro de considerar como adecuado a lo natural lo que antes había considerado ya bueno, no puede negarse que transitó sendas que aún hoy conservan validez<sup>185</sup>. Resulta cierto que avanzó en el concepto de persona humana, al punto de poder afirmar que si éste no fue enunciado por él en la forma en que lo entendemos hoy, fue debido a que este concepto contemporáneo no pudo surgir plenamente hasta las condiciones creadas por el industrialismo y el liberalismo, no obstante lo cual, dejó disponibles los elementos para su configuración<sup>186</sup>, avanzando más que San Agustín, puesto que lo hacía sobre una base aristotélica (realista) y no platónica.

En cuanto a sus consecuencias para nuestros efectos, Santo Tomás emprendió la tarea de aproximarse a lo antropológico para fundamentar el derecho, tratando de hacerlo en una forma racional, al menos en la medida máxima tolerada por las condiciones de su tiempo, y teniendo el mérito de emprender el camino por una vía realista. A diferencia de San Agustín, que consideraba al Estado y al derecho como una suerte de mal necesario para los que no se rigen por la ley eterna<sup>187</sup>, Santo Tomás partía de Aristóteles y, por ende, afirmaba que el Estado es una necesidad del hombre que se funda en su naturaleza social. Como vimos, la concepción agus-

<sup>184</sup> Llama así al derecho natural de corte platónico, es decir, desarrollado "de manera paradigmática para todos los tiempos" (op. cit., p. 11).

<sup>185</sup> WÜRTEMBERGER, op. cit., p. 756; WELZEL, *Naturrecht*, p. 64.

<sup>186</sup> Cfr. MESSNER, p. 44.

<sup>187</sup> *De libero arbitrio*, I, XV.

tiana era una garantía de limitación del derecho penal frente a la conciencia individual, pero fue finalmente neutralizada por su base de sustentación idealista. El camino tomista, si bien ofrecía mayores garantías, fue bastante tergiversado, por sus intérpretes —y aún hoy suele serlo—, dado que frecuentemente su concepción del Estado como necesidad natural fue manejada en forma idealista, identificando la necesidad natural del derecho y del Estado con una concepción determinada del Estado. Así se pretendió encontrar en el concepto aristotélico-tomista del Estado la garantía ideológica del Estado monárquico, feudal, etc., lo que hizo que el liberalismo atacara este concepto, alzando la bandera del contractualismo.

118. **Duns Escoto y las perspectivas que se desprenden del debate escolástico**<sup>188</sup>. La posición de Santo Tomás respecto de la voluntad divina, como vimos, era totalmente intelectualista. Para ello Santo Tomás partía de la realidad de los principios metafísicos, tales como el principio de no contradicción, por ejemplo. En el campo opuesto, se afirmó la subjetividad de tales principios —corriente que se conoce como “nominalismo”—, afirmando que no pertenecen a lo objetivo y real y que, en consecuencia, no son limitativos de la voluntad divina. Esta senda fue abierta por Duns Escoto (muerto en 1308), quien afirmaba que Dios no está limitado por la razón, lo que implicaría una negación de su omnipotencia. La consecuencia inmediata de este pensamiento es que la razón no nos conduce a la verdad.

Que todo es posible para Dios significa que Dios no está sometido a la ética ni a la razón. Esto indica que los “innumerables ‘no puedes’ dictados por la razón, y los aún más innumerables ‘debes’ impuestos por la ética, no nos conducen al principio supremo, a la última fuente del ser”<sup>189</sup>. Este pensamiento conduce a una inconciliabilidad absoluta entre razón y fe, para la cual la religión es un escándalo de la razón. “Dichoso el que no se escandalice de mí”, decía Jesucristo. y Kierkegaard llegó a afirmar que esas palabras están en la base misma del Cristianismo<sup>190</sup>.

<sup>188</sup> Sobre Duns Escoto: HARRIS, CHARLES REGINALD SCHILLER, *Duns Scotus*, Oxford, 1927; BETTONI, EFREM, *Duns Scotus*, Brescia, 1945; obras: Duns Scotus, Joannes, *Opera omnia*, Vaticano, 1950.

<sup>189</sup> CHESTOV, LEÓN, *Kierkegaard y la filosofía existencial*, Bs. As., 1951, p. 227.

<sup>190</sup> CHESTOV, op. cit., p. 73.



Si a la verdad no se llega por la razón, sino por un camino emocional, desde el gran debate escolástico hasta hoy hay quienes, declarando la incompatibilidad entre ambos caminos, se lanzaron irrefrenablemente por el camino de la razón o por el de la fe. En la perspectiva de los siglos, vemos como los racionalistas siguieron la razón, Kierkegaard siguió a Dios, y Nietzsche se quedó sin Dios y sin razón. Duns Escoto no llegó tan lejos, sino que se limitó a observarle a Santo Tomás que se había lanzado demasiado por el camino de la razón.

Fue Kierkegaard en el siglo pasado quien extremó el planteo de Duns Escoto. Duns Escoto "no se atrevió a admitir que Dios pudiera hacer que lo que ha sido no fuera, así como no se atrevió a poner en duda el principio de contradicción. Estaba convencido de que aquí comienza el dominio de las verdades increadas, independientes de todo, y de que, por consiguiente, aquí nos vemos obligados a reconocer los límites de todo poder divino. Pero ante los horrores que se abatieron sobre Kierkegaard, esas verdades también se tambalearon: para Dios todo es posible; Dios puede hacer que lo que ha sido no fuera; Dios se halla por encima del principio de contradicción. Está por encima de todas las leyes"<sup>191</sup>.

Esta ilimitación de la voluntad divina barre con la razón y tronca con la idea judía de la divinidad, defendida en el cristianismo, antes que por Duns Escoto, por San Pedro Damiano, y luego, más abiertamente extremada por Guillermo de Ockham. Abraham alzando su cuchillo sobre Isaac, y los judíos llevándose los bienes de los egipcios, son cuestiones que preocuparon enormemente a la escolástica medieval y que reverdecirá Kierkegaard muchos siglos después.

La consecuencia más directa que tiene el pensamiento escotista en el campo jurídico-penal, es que hace tambalear todo límite a la actividad del legislador. Cuando Dios es liberado de las ataduras de la razón, porque el bien y el mal dependen de su voluntad y no de la razón, se tiende el puente para que el hombre quede libre de cualquier limitación impuesta por la razón y el bien y el mal pasen a depender sólo de la autoridad.

Cuando Duns Escoto afirma que lo eterno no es la ley sino el legislador<sup>192</sup> aísla todo el ámbito de lo ético del ámbito del ser, y ya su derecho natural no puede fundarse en el ser del hombre ni en ninguna ontología. Su derecho natural "se funda en un orden

<sup>191</sup> CHESTOV, op. cit., 253-4.

<sup>192</sup> V. WELZEL, *Naturrecht*, p. 75.

de valores que ya no tiene su correspondencia y fundamento en la esencia del hombre, sino que se limita a unas pocas normas que sólo se ocupan de la relación del hombre con Dios”<sup>193</sup>.

De esta escisión entre ética y razón surge como consecuencia una ineludible tendencia al positivismo jurídico, que luego desarrolló el discípulo de Duns Escoto, Guillermo de Ockham, quien extremó su posición hasta el límite de afirmar que Dios podía ordenar el odio contra sí mismo, con lo que eliminó el último resto de contenido material de la ética, sacrificando al voluntarismo incluso los dos primeros mandamientos del Decálogo<sup>194</sup>.

La oposición entre tomismo y escotismo fue extremada por los seguidores de ambos pensadores, hasta un punto al que ninguno de ambos había llegado en sus opiniones dispares. En tanto que Santo Tomás armonizaba autoridad y razón, el escotismo propugnó su separación. Con razón dice Tillich que “el último paso fue la separación de razón y autoridad. Duns Escoto y Guillermo de Ockham, el nominalista, afirmaron que la razón no se adecúa a la autoridad, a la tradición viva, no puede expresarla. Esto se afirmó de manera muy tajante en el nominalismo posterior. Sin embargo —agrega— si la razón no puede interpretar la tradición, ésta se convierte en autoridad en un sentido muy distinto. Se convierte en la autoridad suprema a la cual debemos someternos a pesar de que no podamos comprenderla. A esto lo llamamos positivismo”<sup>194 bis</sup>.

Esta impronta irracionalista iniciada por Duns Escoto tuvo el benéfico efecto de colocar a la corriente tomista en la situación de sostener un derecho natural independiente de la voluntad de Dios, desplazando de este modo la concepción teocrática del Estado y del derecho, convirtiéndose así en el paso previo para toda la secularización racional del derecho natural y reforzando su posición que procura fundamentar cada vez más al derecho natural en la pregunta antropológica<sup>195</sup>.

No debe pensarse que el planteamiento tomista fue aceptado pacíficamente en su época, puesto que pretender hallar una razón a la verdad era casi escandaloso. “Esta obra renovadora suscitó la reacción de los teólogos conservadores, formados en un ambiente profundamente religioso, impregnado de ideas agustinianas (de inspiración platónica) y acostum-

<sup>193</sup> STRATENWERTH, GÜNTHER, *Die Naturrechtslehre des Johannes Duns Scotus*, Göttingen, 1951, p. 115.

<sup>194</sup> *Ibidem*.

<sup>194 bis</sup> TILLICH, PAUL, *Pensamiento cristiano y cultura en occidente*, Bs. As., 1976, p. 161.

<sup>195</sup> *Ibidem*.

brados a ver en todos los seres signos que llevan al hombre a elevarse a lo sobrenatural. Llegó a parecerles herético buscar la razón de las cosas en sí mismas y el adoptar ideas elaboradas con prescindencia de la fe"<sup>196</sup>. De allí que muchas afirmaciones del Aquinatense hayan sido objeto de condenas en su tiempo y después de su muerte, por parte de distintas autoridades eclesiásticas.

Cualesquiera hayan sido las diferencias entre Santo Tomás y Duns Escoto, lo cierto es que a partir de ambos se abrieron dos senderos filosóficos constituídos en escuelas —la dominicana y la franciscana respectivamente— que extremaron las posturas, haciéndolas cada vez más inconciliables e intransigentes. La fuerza que puso en esa lucha la corriente tomista, tratando de fundamentar el derecho natural en base a una voluntad divina racional, es decir, marginando la voluntad divina entendida como omnipotencia frente a la razón, le fue inclinando cada vez más al descubrimiento de una base racionalmente reconocible a partir de un concepto del hombre igualmente accesible a la razón, tendencia que siguieron luego los jusnaturalismos racionalistas secularizados.

La cuestión acerca de la naturaleza divina y de la omnipotencia, debatida en la gran disputa escolástica entre estas corrientes, no es una mera cuestión teológica, sino que en nuestro terreno, representa la pugna entre el jusnaturalismo y el positivismo, en versión de la época.

Cuando se seculariza el planteo, el voluntarismo es incapaz de fundamentar antropológicamente al derecho penal, en la medida en que pretenda que el hombre ocupa el lugar que pretenden que Dios deje vacante, como también en la medida en que caiga en una concepción biológica del hombre. Si bien ambas posiciones voluntaristas anti-antropológicas se entrecruzan frecuentemente<sup>197</sup>, la primera da lugar a un "ateísmo místico" que cae en la más completa alienación voluntarista, cuyo engendro es la alegre bestia rubia irresponsable, el *Übermensch*. El "zoologismo", por su parte, que no reconoce ninguna dignidad al hombre, ni siquiera emergente de una complejización nerviosa filogenética determinante de un cambio cualitativo, cae en una "naturaleza" humana que se identifica con lo instintivo, esto es, con la "parte" animal del "animal racional". Hijo del primer voluntarismo antropológico es "el derecho" penal

<sup>196</sup> PONFERRADA, GUSTAVO ELOY, *Introducción al Tomismo*, Bs. As., 1978, p. 72.

<sup>197</sup> Se cruzan hasta el punto de sostener que el hombre puede llegar a ser Dios (Cfr. RADHAKRISHNAN, *El concepto del hombre*, p. 7).

nacional-socialista y las autorizaciones para experimentar en "ánima nobili"<sup>198</sup>, y del segundo, las leyes que autorizaban la esterilización de delincuentes, propugnadas por algunos positivistas, que van parejas con las anteriores y que, lamentablemente, se han sostenido en algunas de las cátedra de Buenos Aires hasta no hace muchos años.

Sin embargo, esto no hace más que demostrar que el voluntarismo puede perderse y fundamentar un derecho penal sin límite represivo alguno, pero esto no puede entenderse como un elogio del racionalismo, cuando se lanza a la búsqueda de un derecho natural idealísticamente entendido, puesto que este camino también puede llevar a extravíos en los que se perdió parcialmente el mismo Santo Tomás, al querer justificar con la razón la esclavitud y la guerra contra los infieles, con lo que dio el fundamento para las guerras de conquista<sup>199</sup>.

De allí que no todo —ni mucho menos— haya sido negativo en el aporte de Duns Escoto. En principio, ya vimos que impulsó al tomismo por el camino del racionalismo y de la fundamentación antropológica. Por otra parte, el voluntarismo reivindicó la primacía a lo particular, entroncando con el nominalismo, que es "una visión dinámica, progresiva y liberal del mundo"<sup>200</sup>, apartándose radicalmente de las "ideas" platónicas, que ensombrecieron el pensamiento agustiniano y cuyos ecos todavía se hacían sentir en Santo Tomás, al menos cuando de explicitar el derecho natural se trataba.

Por cierto que este pensamiento escotista tiene también un significado político en la época, pues el pensamiento teológico tenía que esquivar algunos escollos y, para ello, Guillermo de Ockham, que —como vimos— fue más nominalista y voluntarista que Duns Escoto, se aproximó a lo que entonces se conocía como "teoría de la doble verdad"<sup>201</sup>, lo que resultaba coherente con la posición política de Ockham, quien luchaba contra Juan XXII y por el emperador de Baviera<sup>202</sup>: el partido del emperador se veía favorecido por la negación de ideas con un intérprete oficial<sup>203</sup>.

<sup>198</sup> V. MITSCERLICH-MIELKE, *Medicina disumana, Documenti del Processo di Norimberga contro i medici nazisti*, Milano, 1967.

<sup>199</sup> V. WELZEL, *Naturrecht*, p. 66.

<sup>200</sup> HAUSER, ARNOLD, op. cit., I, 307; sobre el nominalismo voluntarista, también VERDROSS, 136 y ss.

<sup>201</sup> La teoría de la "doble verdad" se origina en Sigerio de Bravante y se le da este nombre tiempo después (Cfr. B. DELFGAAUW, *Historia de la Filosofía*, trad. de Francisco Carrasquer, Buenos Aires, 1966, p. 118).

<sup>202</sup> V. GILSON, 593.

<sup>203</sup> HAUSER afirma que el dualismo de la "doble verdad" se encuentra también en el gótico medieval (I, 305).

El pensamiento escotista no llegó a los extremos de varios siglos después, en que se interpretó la caída bíblica como la facultad del conocimiento del bien y del mal<sup>204</sup>. Duns Escoto no se batió contra toda razón y conocimiento no revelado, sino sólo contra la razón como buscadora de verdades eternas que, frecuentemente, irritada por la experiencia, termina en "racionalización". Duns Escoto decía: "Los que niegan que algo sea contingente, que sean expuestos a la tortura hasta que admitan que es posible no torturarles" (*Isti qui negant aliquod ens contingens exponendi sunt tormentis quousque concedant possibile est non torquere*). Con este pensamiento entroncará en nuestro siglo toda la corriente del pensamiento existencial. Si bien todo el existencialismo pone su acento en la caída, esto no significa que implique una complacencia frente a la misma<sup>205</sup>. Tanto la "mediocridad" de Kierkegaard, como la existencia "banal" de Heidegger, la "constricción niveladora" de Jaspers, o la "sofoante tristeza de un mundo ordenado sobre la idea de función" de Marcel, afirma el existencialismo que de sí mismas han de sacar fuerzas para salir de la "caída" que implican, sea por la intensidad apasionada del creyente frente a Dios (Kierkegaard), por la angustia (Heidegger), por la opción radical que cada hombre debe hacer de sí mismo en una situación originaria dada (Jaspers), o por la densidad del pensamiento corpóreo de nuestra participación en el universo (Marcel). Lo importante es que el existencialismo clama contra el "dejarse vivir" y proclama que de ese mismo "dejarse vivir" saldrá (y sale) el existir auténtico, como toma del timón de la existencia. En este sentido implica una fe en el hombre que va más allá de cualquier razón que pretenda fundar una ética inmutable<sup>206</sup>. En su esencia, es el pensamiento más revolucionario y liberador, lo que obtiene a partir de la afirmación de la contingencia, que se remonta a Duns Escoto.

Chestov no llega al fondo del pensamiento del Doctor Sutil y de su metáfora, cuando objeta que el tormento puede que nunca llegue a hacer reconocer la posibilidad de su propio fin, extrañándose de que el Doctor Sutil no haya visto esto. A nuestro juicio lo vio con toda claridad: quien quiera seguir sufriendo tortura, seguirá, y quien quiera hacer cesar la tortura, cuando asuma su existencia, cesará. Quien quiera evitar tormento, cediendo a la verdad en forma condicionada, será sólo un torturado sometido a pasajero analgésico. En el fondo, hay una fe incomparable: ningún analgésico es capaz de anular lo que de humano hay en el hombre. La inhumanidad saca fuerzas de sí para impulsar lo humano. El hombre será humano aunque se resista: ésta es la profunda verdad del pensamiento existencial que se remonta a la contingencia resaltada por Duns Escoto.

<sup>204</sup> V. CHESTOV, LEÓN, op. cit., 263.

<sup>205</sup> PRINI, PIETRO, *Existencialismo*, Barcelona, 1957, p. 7.

<sup>206</sup> Idem, p. 6.

Si bien Santo Tomás no había sido intelectualista en cuanto al plano antropológico (puesto que su intelectualismo se limitaba a lo teológico), al cargar Duns Escoto el acento sobre el aspecto de autonomía de la voluntad, *recalcó el enfrentamiento con las posiciones intelectualistas*, que pretendían la dependencia de la voluntad humana del conocimiento del bien, rechazando como no humanas las que se apartaban de lo que cada quien consideraba bien, lo que en el plano penal terminaba en la justificación de cualquier coerción para obligar al hombre a ser "humano", suprimiéndolo en caso de no ser posible, por representar un peligro para la "idea" de "humanidad".

Esto no implicó que Duns Escoto haya caído en un voluntarismo irracionalista, porque admitía que al acto de voluntad precede el conocimiento racional (al igual que Santo Tomás), advirtiendo sólo que ésta no es la que determina el acto de voluntad, sino la que lo guía. "Los actos de razón —decía— son para la voluntad, sólo *condiciones sine quibus non, no condiciones per quas*"<sup>207</sup>. De allí que no sea del todo exacto afirmar que la "supremacía de la voluntad —reconocida por Duns— confiere a la vida moral del hombre un carácter de arbitrariedad irremediable"<sup>208</sup>.

En realidad, según las últimas investigaciones de la psicología voluntarista de Duns Escoto, parecen acortarse las distancias con Santo Tomás en el plano antropológico. Afirman los estudiosos del problema que, si bien en París el Doctor Sutil había sostenido la tesis de la causalidad del querer, en el curso de Oxford reconoció una causalidad parcial al intelecto, y en esta segunda fase de la doctrina escotista se defiende una "vía media" en la concurrencia de entendimiento y voluntad en la producción del acto volitivo, pese a que en dicha conjunción la voluntad es causa más principal y el entendimiento lo es menos principal, porque éste mueve por necesidad, en tanto que aquélla mueve con libertad y confiere al acto resultante su carácter libre<sup>209</sup>.

Santo Tomás y Duns Escoto, que están lejos en el plano teológico y en sus consecuencias para el derecho natural, no están tan lejos en el plano antropológico, sólo que el segundo parece haber

<sup>207</sup> WELZEL, *Naturrecht*, p. 68.

<sup>208</sup> Así lo entiende ABBAGNANO, I, 519.

<sup>209</sup> DÍAZ PALOS, FERNANDO, *La base metafísica de la imputabilidad: la libertad y su negación* en Hom. al R. P. Julián Pereda, Bilbao, 1965, p. 351; más específicamente y citado por el anterior, CABRERAS ARTAU, J., *La doctrina escotista de la libertad a través del texto crítico*, en "Semanas Españolas de Filosofía", Instituto "Luis Vives" de filosofía, 1957, pp. 341-4.

llamado más la atención sobre un fenómeno que el primero nunca negó. La relación entre voluntad e intelecto es muy importante para nosotros, particularmente cuando Duns Escoto precisa que *el acto de amor, sin la guía de la razón, se pierde*. Esta "guía de la razón" que reclamaba, es la condición para que los pensamientos que quieren apoyarse en el amor al prójimo (las "éticas de amor") no desemboquen en un derecho penal autoritario y represivo, que aniquilen al hombre como persona, sustituyéndole en su elección.

119. **La mística.** Nos es imposible apuntar todos los elementos que para una fundamentación filosófica del derecho penal surgen del pensamiento medieval. Hemos tomado como puntos principales de referencia a San Agustín, Santo Tomás y Duns Escoto, que representan tres principalísimos hitos en la armonización de razón y fe. Quedan al margen muchos otros filósofos cuyo estudio pormenorizado desde nuestra perspectiva correspondería a una obra especial.

Digamos —cabalgando sobre siglos de nutrido pensamiento y sólo para demostrar lo ciclópeo de la tarea a que renunciamos— que hay nombres que es imposible callar. Así, Eckhart, por ejemplo, nos muestra a las claras, con su retorno al idealismo neoplatónico, que "todo acontecer en el mundo se convertía para él, en último término, en un conocimiento"<sup>210</sup>. Esta confusión entre el acontecimiento y el conocimiento del acontecimiento, es la confusión última de todo idealismo, la reducción de todo a conocimiento, que al fin terminará en un intelectualismo encadenador de la voluntad. Si volvemos la vista al siglo IX, no podemos tampoco dejar de lado a Juan Escoto Eriúgena, que se sobrepone a la visión pesimista del hombre y proclama sus excelencias, afirmando que si estuviese libre de pecado sería divino, pues su entendimiento se identificaría con el entendimiento divino, senda por la que se llega a identificar la comunicación humana con la coincidencia de entendimientos. En el siglo XII Abelardo distinguió el vicio del pecado, diferencia que es altamente significativa para nuestra ciencia. A fines de la Edad Media, Nicolás de Cusa, en contra de Santo Tomás, proclama que todos los hombres nacen libres por naturaleza y que todo dominio estatal sólo puede justificarse por consenso<sup>211</sup>, con lo que se adelanta a las teorías contractualistas, aunque luego se contradiga con su teoría organicista del Estado<sup>212</sup>, contradicción en la que —con argumentos positivistas— volvería a caer Spencer casi cinco siglos des-

<sup>210</sup> SAUER, E. FRIEDRICH, *Filósofos alemanes*, México, 1973, p. 19.

<sup>211</sup> Idem, p. 49.

<sup>212</sup> Idem, p. 51; también JASPERS, *Conferencias y ensayos*, cit., 47 y ss.

pués<sup>213</sup>. Ya cerrada la Edad Media cronológicamente, su pensamiento será continuado no menos brillantemente por los últimos escolásticos españoles, particularmente con la vuelta al objetivismo valorativo de Vázquez de Menchaca y los esfuerzos de Suárez por conciliar la mutabilidad de los principios jurídicos con la inmutabilidad del derecho natural<sup>214</sup>, quienes junto con Vitoria pretendieron acentuar la bondad de las cosas independientemente de la voluntad divina (y Vázquez incluso con independencia de la misma razón divina)<sup>215</sup>, lo que impulsó en gran medida la secularización del jusnaturalismo.

De toda forma, lo que hasta aquí hemos visto fueron corrientes del pensamiento en las que se reconocía a la razón una función más o menos importante en el conocimiento. Pese a estas corrientes, en cualquier época existió también una corriente contraria a todas, que quiso eliminar directamente a la razón como vía de conocimiento. La Edad Media no se salvó de esta regla y el gran signo de su irracionalismo fue la mística. Los grandes movimientos místicos de la Edad Media condenaron a la razón y a sus defensores como falsarios de la fe. Toda la mística del siglo XII —y la posterior alemana— pretende una directa e inmediata ayuda divina que les proporciona una visión de la verdad.

De estas experiencias místicas no se libró ni el propio Santo Tomás, que dice haber tenido una visión que le determina a suspender la continuación de la Suma Teológica, porque “después de lo que Dios se dignó revelarme, me parece paja todo lo que he escrito”<sup>216</sup>.

El irracionalismo místico, que pretendió eliminar la razón y dejar la fe como única vía de conocimiento, no fue un fenómeno únicamente cristiano. Algazel representa la reacción mística en el pensamiento musulmán, contra la filosofía de Alfarabi y Avicena. Todas las obras de Averroes fueron destruidas por entender que afectaban la religión islámica. La filosofía medieval hebrea reconoce también una reacción judaica representada por algunos autores de los siglos XI y XII<sup>217</sup>. Acusar como irracionalista a todo el pensamiento medieval es incorrecto, y también lo es centrar la acusación sobre el cristianismo. El irracionalismo místico fue solo un movimiento y, además, no estuvo limitado al cristianismo, sino que fue una reacción antifilosófica común a la época.

<sup>213</sup> V. TIMASHEFF, NICHOLAS S., *Sociological Theory, Its Nature and Growth*, New York, 1957, pp. 30 y ss.

<sup>214</sup> V. RECASENS SICHES, LUIS, *La filosofía del Derecho de Francisco Suárez*, México, 1947.

<sup>215</sup> STRATENWERTH, GÜNTHER, *Die Naturrechtslehre des Johannes Duns Scotus*, Göttingen, 1951, p. 116.

<sup>216</sup> COPLESTON, op. cit., p. 8.

<sup>217</sup> V. ABBAGNANO, I, 420; sobre Judá Haleví, GILSON, op. cit., 347.



Más adelante afirmaremos que la fe es una fuente de conocimiento de naturaleza enteramente distinta de la razón, por ser "incomunicable" en el sentido en que es "comunicable" el conocimiento empírico o racional<sup>218</sup> y, por ende, inidóneo para fundar un derecho penal sobre la base de comunicación humana<sup>219</sup>. No es por ello, pues, por lo que traemos aquí a colación la cuestión de la mística medieval. Lo hacemos porque la mística volverá a lo largo de la historia, cada vez que el pensamiento, cargado en exceso por las cadenas del intelectualismo, explote en irracionalismo. El idealismo, con su "intuición inmediata de lo absoluto e incondicionado"<sup>220</sup>, fue preparando el camino para que en el siglo XIX estalle el romanticismo y, con él, un gran interés acerca de la Edad Media<sup>221</sup>. El romanticismo, como veremos oportunamente, tiene para nosotros una importancia capital<sup>222</sup>, y sus primeras manifestaciones con los románticos idealistas alemanes de los primeros años del siglo XIX pusieron de resalto una clara orientación mística, que tuvo el benéfico efecto de redescubrir todo el pensamiento medieval, y, a la larga, de sacar a luz los brillantes aportes metafísicos de la época.

Veremos luego cuáles fueron los aspectos nefastos del romanticismo sobre la ciencia penal. De momento, lo que nos interesa es poner de relieve que el pensamiento medieval dejó planteadas cuestiones que luego se repitieron y abrió senderos por los que aún hoy marchamos. Al intelectualismo del antiguo idealismo le opuso el voluntarismo y a la generalización le opuso el nominalismo particularizante. Con todo ello fue abriendo el camino hacia la persona, pero también tuvo la contraofensiva irracionalista, en la que se pierde esta senda. Puede afirmarse casi, que el pensamiento posterior es un desarrollo secularizado de estas posibilidades.

<sup>218</sup> Sobre ello, MARCEL, *Journal Metaphysique*, París, 1927, 29, 48.

<sup>219</sup> V. la crítica de WELZEL, en *Naturrecht*, 219 y ss.

<sup>220</sup> RIVACOPA, *Krausismo y derecho*, p. 29.

<sup>221</sup> STEENBERGHEN, 18-9.

<sup>222</sup> V. infra, cap. X.



## CAPÍTULO IX

### EL RACIONALISMO PENAL

I. — SU GESTACIÓN: 120. Su gestación. - II. — EL PENSAMIENTO ILUMINISTA: 121. El iluminismo penal. - III. — LOS PENALISTAS ILUSTRADOS Y SUS HEREDEROS RACIONALISTAS: 122. Dificultades de caracterización. 123. Beccaria. 124. Marat. 125. Filangieri. 126. El penalismo ilustrado en lengua alemana. 127. Lardizábal. 128. Servan. 129. Mello Freire. 130. Livingston. 131. Romagnosi. 132. Rossi. 133. Carmignani. 134. Carrara. 135 Otros autores. - VI. — EL CRITICISMO PENAL: 136. Kant y el sistema talional. 137. Feuerbach y su aproximación antropológica (el liberalismo penal). 138. Valoración del contenido antropológico de las concepciones de Kant y de Feuerbach.

#### I. — SU GESTACIÓN

120. **Su gestación.** En este capítulo consideramos las consecuencias penales más importantes de ese movimiento que se inicia con una absoluta fe en la razón y que alcanza su punto culminante —como no podía ser de otra manera— con una investigación acerca de los alcances de la razón misma, que fue llevada a cabo por Kant, quien, al establecer mediante ella los límites para la razón, partiendo de la inaccesibilidad de la razón a las “cosas en sí” (puesto que todas las cosas se dan en tiempo y espacio), conduce a una concepción finita o limitada del hombre, contra la que reacciona el romanticismo, pensamiento al que dedicaremos el capítulo siguiente.

El racionalismo penal se prepara prácticamente desde el cierre de la Edad Media<sup>1</sup>. La corriente impulsada por Santo Tomás en

<sup>1</sup> En el campo de la historia de la filosofía del derecho, son importantes los panoramas ofrecidos por WELZEL, *Naturrecht*, 108 y ss.; VERDROSS, 159

aquella época, debiendo defenderse del voluntarismo, debió evitar un "positivismo divino" y, por ende, ir abriendo el camino hacia un jus-naturalismo secularizado. Vázquez de Menchaca, por ejemplo, echa las bases para un individualismo cristiano, rechazando con toda energía cualquier concepción organicista del Estado. Como anuncio del advenimiento del positivismo jurídico que escinde el ámbito político-jurídico del moral, cabe mencionar a Machiavelli, que exhibe una marcada tendencia a aislar sectores de la vida<sup>2</sup>, que será renovada luego por el neo-kantismo. La línea del pensamiento empirista, conforme a la cual en la antropología jurídica lo "natural" va acentuando lo instintivo pasional del hombre, se abre camino con Hobbes y Locke, en tanto que la que fincaba lo "natural" en lo racional, habría de evidenciarse en Pufendorf, Wolff y Leibnitz.

El Renacimiento (expresión de cuño teológico que significa "vuelta al origen") trató de regresar al pensamiento griego, particularmente a Platón y a Aristóteles, tratando de fincarse en sus versiones originales y no en sus interpretaciones medievales. Fue así como buscó en Platón los elementos para una renovación religiosa y en Aristóteles los elementos para una renovación científica<sup>3</sup>. Si bien se rechazaba a Aristóteles en sus conclusiones científicas entendidas dogmáticamente, se tomaba su método y con él se pretendía edificar una nueva ciencia. Este fenómeno se explica, porque "la oposición que llevaba la ciencia contra la tutela de la Iglesia se expresaba sobre todo indirectamente, buscando destruir la autoridad de Aristóteles. Se trabajaba con sus instrumentos y se combatía su nombre. La divisa, bajo la que se reunían los innovadores de las tendencias más diversas, era la *emancipación de la filosofía aristotélica*, pero la íntima necesidad que se expresaba en esta fórmula era la de liberar a la ciencia de la tiranía de la Iglesia"<sup>4</sup>.

Al combatirse la entelequia, esto es, la interpretación teleológica o espiritualizada de la naturaleza, el materialismo llegó al extre-

---

y ss.; con especial referencia a nuestra ciencia, SCHAFFASTEIN, F., *La ciencia europea del derecho penal en la época del Humanismo*, trad. de J. M. Rodríguez Devesa, Madrid, 1957; BERISTAIN, A., *Ecumenismo histórico en Derecho Penal*, en "Rev. Gral. de Legislación y Jurisp.", Madrid, abril de 1966.

<sup>2</sup> Cfr. VERDROSS, 164. Sobre MACHIAVELLI, VITALI, GUIDO, *Niccolò Machiavelli, a cura di . . .*, Milano, 1929; OXILLA, ADOLFO, introducción a *Il Principe, I Discorsi*, Bs. As., s.d.; PREZZOLINI, GIUSEPPE, *Vita di Niccolò Machiavelli fiorentino*, 1960; BRION, MARCEL, *Maquiavelo, Genio y destino*, Bs. As., 1951.

<sup>3</sup> Cfr. ABBAGNANO, II, 53, 72 y 85.

<sup>4</sup> WENDELBAND, G., *Storia della filosofia moderna*, trad. de Aldo Oberdorfer, Firenze, 1925, I, p. 11.

mo de querer aplicar las explicaciones mecanizadas a la vida animada y a la acción humana<sup>5</sup>, afirmando Hobbes que “en todo acontecer domina un determinismo material”, con lo que llegó a negar la voluntad libre<sup>6</sup>. Un límite a este materialismo en las puertas de la acción humana lo pone Descartes, que al establecer que la razón es el carácter diferencial entre el mundo humano y el de la naturaleza, llega a afirmar que los animales —a diferencia del hombre— son autómatas complicados<sup>7</sup>. Quedaba así abierto el camino para una escisión en el mundo: el mundo natural y el mundo humano, cada uno con sus propias “leyes”. El mundo espiritual y el mundo físico se separaban y el primero aparecía señalado por la razón. Pero a lo largo de este período, también el concepto de razón se habrá de hacer problemático. La razón cumplía para Descartes una función mucho más amplia que para Hobbes; Pascal dejó amplios campos del hacer humano fuera de la razón; Spinoza la concebirá como “la facultad de establecer y reconocer relaciones necesarias, mientras que para Leibnitz es la simple posibilidad de establecer relaciones”<sup>8</sup> y Vico llevó el concepto de razón de Leibnitz a la historia. Ello hizo que, a partir de entonces, la palabra “razón” haya perdido “su simplicidad y su significación unívoca”<sup>9</sup>.

De esa época, proclive a las escisiones, proviene también la distinción entre moral y derecho fincada en señalar a la primera como norma de conducta interna y al segundo como norma de conducta externa, distinción que Welzel atribuye a Thomasius<sup>10</sup> y Verdross a Bellarmino<sup>11</sup>. Este será el origen de la concepción del delito, que llega hasta nuestros días, y que parte de escindir analíticamente lo objetivo y lo subjetivo del mismo.

Excede nuestro propósito el análisis de las políticas penales de las utopías renacentistas. En ellas pueden encontrarse antecedentes directos de lo que serían pulidas teorías de siglos posteriores, pero esta “política penal de utopía” no ejerció influencia inmediata sobre la legislación y la doctrina penales de la época. Cabe apuntar, por ejemplo, que en Tomás Moro se observan claras tendencias correccionalistas, el

<sup>5</sup> Cft. WELZEL, *Naturrecht*, 131.

<sup>6</sup> MARÍAS, JULIÁN, op. cit., p. 246.

<sup>7</sup> V. RUSSELL, BERTRAND, op. cit., 561.

<sup>8</sup> ABBAGNANO, II, 253.

<sup>9</sup> CASSIRER, ERNST, *Filosofía de la Ilustración*, México, 1972, p. 20.

<sup>10</sup> WELZEL, *Recht und Sittlichkeit*, en “Fest. f. Schaffastein”, pp. 45-51.

<sup>11</sup> V. VERDROSS, 154-5.

origen de nuestra libertad condicional y del régimen progresivo de ejecución penal<sup>12</sup>.

En el campo propiamente penal, hemos visto la importancia que han tenido los prácticos<sup>13</sup>, a quienes con las debidas reservas puede calificarse como los positivistas jurídicos de la época.

Contra el "positivismo" práctico del renacimiento embatirá el pensamiento iluminista y racionalista, caracterizado como pensamiento político-penal afirmador de derechos humanos anteriores a toda ley positiva. Una vez plasmado este pensamiento en ley —particularmente con la codificación penal—, dará lugar a un nuevo positivismo jurídico, que será el de los exégetas interpretadores de los códigos. A este nuevo positivismo se le opondrá el positivismo sociológico o criminológico, que afirmará la existencia del delito en el mundo de la naturaleza y la posibilidad de reconocerle más o menos independientemente de toda ley positiva, que en algunas de sus consecuencias será receptado por los códigos que siguieron a los primitivos, y que darán lugar a una contra-reacción de carácter dogmático, en la que algunos pretendieron ver una "pax dogmática", contra la que recientemente volverá a embatir toda la corriente que pretende explicar el delito sólo desde el fin y los medios de la pena, aunque eventualmente la llama "medida". Esta perspectiva da la sensación de un movimiento pendular que va del positivismo jurídico a la política criminal, pero que entendemos no debe interpretarse como un destino ineludible de nuestra ciencia, en una actitud escéptica, sino como una verdadera búsqueda del hombre a la que debemos contribuir. El movimiento pendular va siendo más rápido, pero, dejando de lado las exageraciones y radicalizaciones que en toda teorización nunca faltan, puede también afirmarse que el ángulo va siendo más obtuso, en pos de un mayor equilibrio. Prácticamente se ha llegado a la conclusión de que la política penal y la construcción dogmática no pueden ignorarse, buscándose la forma de reconocimiento y respeto mutuo, lo que engarza en gran medida con un problema general de la teoría del derecho, cual es su grado y forma de vinculación con la realidad social. No cabe duda de que, juzgadas con el criterio de nuestros

<sup>12</sup> V. BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, FRANCISCO, *Tomás Moro criminalista*, Bs. As., 1943; PELZ, MONIKA, *Die Zuchthäuser von Utopia*, en "Kriminalsoziologische Bibliographie", 1979, 25, pp. 16 y ss.

<sup>13</sup> V. supra, § 66.

días, la obra de Beccaria nos parecería un panfleto<sup>14</sup> y la lectura de Farinaccio una tortura. Por nuestra parte, creemos —y toda la exposición de este Título pretende demostrarlo— que la única vía para ensamblar la política penal y la construcción jurídico-dogmática es una común base ontológica, que sólo se logra en una adecuada fundamentación antropológica de la misma.

Por supuesto que durante los inquietos siglos de la llamada “edad moderna” europea no faltaron tentativas de fundamentar la pena desde un punto de vista filosófico. Basta recordar, por ejemplo, que Leibnitz concebía la pena de un modo que bien puede calificarse de “estético”<sup>15</sup>, puesto que respondía a una necesidad impuesta por el restablecimiento de la armonía del orden.

En tanto que los prácticos se ocupaban únicamente de su “ciencia”, hubo varias tentativas filosóficas de justificar el poder absoluto, entre las que sobresalen las de Hobbes y Spinoza. Ambas son interesantes, puesto que, pese a que ambas partían de una cierta concepción antropológica, en lugar de propugnar una limitación crítica al poder punitivo del Estado, desembocaban directamente en una apoteosis del poder absoluto<sup>16</sup>.

Para Hobbes (1588-1679) el estado natural era un estado de guerra “de todos contra todos”, que genera miedo en el hombre y que, por ende, le impulsa a buscar la paz haciendo uso de su razón. Esta búsqueda de la paz y la seguridad impuesta por la razón constituye la regla fundamental del derecho natural de Hobbes, que demanda el estado absolutista como única garantía posible. Cualquier concesión de poder por parte del jefe del Estado es una pérdida de seguridad que atenta contra la recta razón. Dentro de esta concepción el Estado es el único que puede proveer seguridad en la medida en que concentre poder; de allí la necesidad de que defina claramente lo prohibido. Como puede verse, esta tesis es la apología misma del positivismo jurídico absolutista, ensayada por camino filosófico y fundada en el “derecho natural” que sólo concibe al Estado como producto del miedo del hombre a su prójimo. Tácitamente esta ideología sobrevive hasta hoy en el fondo de pronunciamientos judiciales frecuentes entre nosotros, que renuncian a una sana interpretación racional de las leyes, enmarcada en el principio republicano de gobierno, invocando una nebulosa “seguridad jurídica”. Quizá pueda irse más lejos y afirmar que, separando un tanto el velo de aparente objetividad que cubre cualquier positivismo jurídico,

<sup>14</sup> El estilo panfletario de la obra de Beccaria lo pone de manifiesto Piero Calamandrei en el prefacio de la obra del ilustrado milanés (V. p. 17 de la trad. portuguesa de Antonio Carlos Campana, S. Paulo, 1978).

<sup>15</sup> Cfr. IMPALLOMONTI, G. B., *Istituzioni di Diritto Penale*, Torino, 1921, p. 62.

<sup>16</sup> Cfr. LUYPEN, W., *Fenomenología del derecho natural*, trad. de Pedro Martín y de la Cámara, Bs. As., 1968, p. 71.

no sea difícil llegar a la conclusión de que todo positivismo es también un jusnaturalismo, sólo desarrollado con lógica férrea por Hobbes, que por pudor ideológico ningún positivista de cierto nivel intelectual se anima a desarrollar en nuestros días, aunque con envidiable ingenuidad lo hagan algunos magistrados penales.

Por un camino algo diferente, Spinoza (1632-1677) también es un apologista de la omnipotencia del Estado. Consideraba que como los hombres no se comportan según su recta razón, sino de acuerdo con sus apetitos, la razón les señala la necesidad de transferir su poder a la sociedad como forma de superar la angustia que genera la lucha desordenada de los apetitos humanos. Es así que cada persona "traspasa a la sociedad el poder que tiene", lo que hace que la sociedad "detente un derecho de naturaleza soberano sobre todas las cosas, es decir, el poder supremo al que cada persona estará obligada a obedecer, ya de buena gana, ya por el temor del castigo supremo". Afirmaba Spinoza que el traspaso del poder era *total*, "pues si hubiesen querido reservarse algún derecho, habrían debido al mismo tiempo asegurarse de que tenían el medio de defenderlo; pero como no lo han hecho ni habrían podido hacerlo sin dividir al Estado, y por consiguiente, sin destruirlo, están por eso mismo sometidos enteramente a la voluntad del poder supremo"<sup>17</sup>.

## II. — EL PENSAMIENTO ILUMINISTA

121. **El iluminismo penal.** La admisión de los "derechos del hombre" en el derecho penal moderno no es el resultado de ninguna construcción unitaria, sino el de una amalgama filosófica y argumental bastante contradictoria, pero fundada en una actitud básica común, caracterizada por la elevación de la problemática de los derechos subjetivos al primer plano de la consideración jurídica, por oposición a las corrientes anteriores, siempre inclinadas a destacar los deberes correlativos<sup>18</sup>. El momento más importante de esta conjunción de pensamientos con esa sola característica común, ha sido denominado "Iluminismo", "Ilustración" "Siglo de las Luces" o "Siglo de la Razón", cuyo apogeo fue el siglo XVIII.

Para nuestro propósito, este movimiento es de la máxima importancia, porque a partir de él se genera la forma contemporánea del derecho penal y también en su contradicción interna se hallan los gérmenes de las disputas posteriores. Por otra parte, a partir de él, salvo excepciones, podemos seguir la historia del pensamiento

<sup>17</sup> SPINOZA, B., *Tractatus Theologico-Politicus*, Cap. XVI.

<sup>18</sup> Cfr. VERDROSS, p. 193.



penal desde el ángulo de su fundamentación filosófica a través de sus intérpretes penales <sup>19</sup>.

Caracterizar filosóficamente a la Ilustración no es tarea que nos incumba, al menos en los detalles de las disputas que a su respecto median entre los historiadores de la filosofía. Simplemente, trataremos de señalar sus líneas generales.

No es nada pacífica la cuestión entre los filósofos y, especialmente, cuando de ubicar a algún pensador se trata. Por ejemplo, respecto a Rousseau, algunos lo consideran un exponente de este pensamiento <sup>20</sup>, mientras que otros ven en él un antecedente claro del romanticismo <sup>21</sup>.

Cabe consignar que tampoco es sencilla la distinción entre el pensamiento iluminista y el pensamiento revolucionario. A nuestro juicio, esta última diferencia es política y sólo eventualmente tiene una raíz filosófica. Mientras que la Ilustración pretendía políticamente hacer la "revolución desde el poder", posición conocida como "despotismo ilustrado" ("todo para el pueblo, todo por el pueblo, pero sin el pueblo"), el pensamiento revolucionario proclamaba la necesidad de destruir ese poder, reemplazándolo por otro. Sea esto dicho sin perjuicio de observar que en la práctica, tan elitista puede resultar uno como otro pensamiento.

Puede afirmarse —sin lugar a un yerro grande— que la filosofía de la Ilustración es el producto de un entrecruzamiento de dos corrientes bien diferenciadas: el racionalismo cartesiano y el empirismo inglés <sup>22</sup>. Precisamente sus contradicciones internas devienen de este cruce de corrientes intelectuales, que son las que permitieron que en la época en que los positivistas se enfrentaron con todas las concepciones filosóficas del hombre sustentadas como base para la fundamentación del derecho penal, tanto los positivistas como sus opositores reivindicasen para sí al pensamiento penal del Ilu-

<sup>19</sup> FISCHL, OTTO, *Der Einfluss der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts in Doktrin, Politik und Gesetzgebung und Vergleichung der damaligen Bewegung mit den heutigen Reformversuchen*, Breslau, 1913.

<sup>20</sup> Así, por ej., WINDELBAND, op. cit., I, 447 y ss. Cabe observar que este autor considera tan importante a Leibnitz para el Iluminismo alemán, que le incluye en éste (op. cit., II, 14 y ss.).

<sup>21</sup> DILTHEY dice que interviene en la Ilustración "como un extraño" (*Historia de la Filosofía*, México, 1967, p. 173).

<sup>22</sup> Cfr. SPIRITO, UGO, *Storia del Diritto Penale Italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Torino, 1932, p. 24; ANTÓN ONECA, JOSÉ, en "Rev. Est. Penit.", Madrid, 1964 (20), pp. 415-427.

minismo, como su propio antecedente. Ambos tenían razón, en cuanto a que en un sentido puede considerarse el antecedente del derecho penal liberal y en el otro el del preventivismo penal <sup>23</sup>.

Si bien el Iluminismo es una combinación de cartesianismo y empirismo, el método que debía sostener invariablemente era el último. Así, oponía en cuanto a método el de Newton al de Descartes. En tanto que la filosofía anterior había deducido sistemas partiendo de principios generales, los iluministas quieren partir de lo fáctico para llegar a los principios generales. Es así que su método es de *análisis e inducción*: los fenómenos son lo dado y los principios lo inquirido <sup>24</sup>. Según Montesquieu, este afán de conocimiento que mueve a los ilustrados por el camino de la inducción es una característica del alma humana <sup>25</sup>.

Como consecuencia de este método, el concepto de "naturaleza" de la Ilustración es distinto del escolástico: para la escolástica es un concepto normativo (la naturaleza del hombre es el "deber ser" del mismo), en tanto que en el Iluminismo se basa en el "ser" del hombre. De allí que sus "derechos naturales" sean concepciones basadas en los sentimientos o impulsos del hombre (socialidad, miedo, felicidad, conservación, etc.).

En cuanto a su concepción de la sociedad, en líneas generales recibió el pensamiento de Hobbes, aunque el contractualismo expreso se hizo más manifiesto en el pensamiento revolucionario y más tácito en el del despotismo ilustrado.

Su concepción social "se construye sobre la teoría del contrato, cuyos pensamientos fundamentales recoge del pensamiento antiguo y medieval; pero lleva a cabo en estos supuestos la elaboración y transformación características debidas a la imagen del mundo propia de la ciencia natural moderna. También en este campo se logra la victoria del método resolutivo y compositivo. La sociología se configura según el modelo de la física y de la psicología analítica. Su procedimiento consiste en que nos enseña a ver en la sociedad un 'cuerpo artificial' que se compone de partes que ejercen entre sí una influencia recíproca. Lo que importa es conformar la totalidad de este cuerpo de tal modo que ninguna clase particular de ciudadanos pueda alterar el equilibrio y la armonía del todo en virtud de los privilegios particulares de que goce, sino que, más bien, todos los intereses particulares concurren al bien del todo y se subordinen a él" <sup>26</sup>. El problema político sería, así, una

<sup>23</sup> ANTÓN ONECA, op. cit.

<sup>24</sup> CASSIRER, ERNST, op. cit., pp. 21-22.

<sup>25</sup> Idem, p. 29.

<sup>26</sup> Idem, p. 6.

cuestión de equilibrio, y la teoría de la división de poderes de Montesquieu, una manifestación de este concepto.

Como valoración general de este movimiento, en cuanto a la búsqueda de una fundamentación antropológica del derecho penal, debemos distinguir dos aspectos: los valores jurídicos por él sostenidos y la fundamentación de esos valores. Su signo positivo finca fundamentalmente en lo primero, porque contribuyó a barrer elementos consagrados por la tradición y arraigados en los pensamientos penales más autoritarios y oscurantistas, al tiempo que nacía una nueva forma de investigación del derecho, que es el antecedente inmediato de nuestra ciencia jurídico-penal. La Ilustración fue antitradicionalista<sup>27</sup>, aunque con el objeto de restituir al hombre la plenitud de sus derechos. Con este objeto afirma la existencia de normas inmutables, que el legislador no puede afectar, teniendo el derecho una estructura objetiva reconocible como la de la matemática<sup>28</sup>. No es difícil reconocer en esto la huella platónica: Voltaire decía "De hecho ¿qué es ser libre? Es conocer los derechos del hombre y, una vez conocidos, se defienden sin más"<sup>29</sup>.

En la fundamentación de estos valores era donde el Iluminismo llevaba su falla, que habría de perseguir largamente al pensamiento penal liberal con él emparentado, constituyendo su caballo de Troya: su teoría jusnaturalista tiene una raíz platónica, lo que hace de su "derecho natural" un derecho a cuyo conocimiento tiene acceso un círculo de iluminados, como no podía ser de otro modo, tratándose de una manifestación del "despotismo ilustrado".

De esto surge la extraordinaria importancia que se concedió a los filósofos de esta época. Windelband dice al respecto: "Ninguna época de la historia humana ha tenido mayor respeto por la filosofía, nunca las grandes potencias de la vida social se han inclinado tanto ante su nombre, ni la exigencia platónica —de que los filósofos deben dominar o los dominadores filosofar— fue jamás satisfecha como en ese siglo, en que no sólo los problemas filosóficos eran objeto de conversación en todas las cortes, sino que un verdadero filósofo ocupaba el trono de un reino que se afirmaba potentemente"<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Se la describe por ello como contraria e incompatible con la fe. JASPERS rebate esta interpretación, a nuestro juicio con razón (V. *La filosofía desde el punto de vista de la existencia*, México, 1965, pp. 71 y ss.).

<sup>28</sup> CASSIRER, op. cit., p. 270.

<sup>29</sup> Cit. por CASSIRER, p. 279.

<sup>30</sup> WINDELBAND, op. cit., T. I, p. 280.

Aquí debemos volver a insistir en algo que afirmáramos en el capítulo anterior: cuando se sostiene la existencia de un orden objetivo de valores y de ello se deriva la legitimidad de una legislación penal, este derecho penal, así fundado, no reconoce más limitación que la del sistema mismo de valores en que se funda. La diferencia que hay a favor del Iluminismo frente al platonismo penal, es que el sistema de valores del primero se halla más cerca de los resultados de una fundamentación antropológica adecuada.

Una idea común en la Ilustración y acervamente criticada, frecuentemente por no haber sido suficientemente comprendida, es su fe en el progreso. Se trata de un concepto elaborado fundamentalmente por Voltaire, Condorcet y Turgot, según el cual el orden de la historia es progresivo, aunque no necesariamente tal, consistiendo este progreso en el predominio cada vez mayor de la razón como guía de las actividades humanas<sup>31</sup>. Esta fe en el progreso —entendido como progreso de la razón humana— tendrá frutos en corrientes del pensamiento totalmente alejadas del iluminismo y, quizá no pueda concebirse una teoría jurídica sin una cierta dosis de la misma, aunque más elaborada que su simplista formulación en la ilustración.

Una versión contemporánea de la idea de progreso se halla en el pensamiento de Teilhard de Chardin, quien formula el planteo en estas palabras: "Optimismo y pesimismo absolutos. Entre ambos, ninguna posible solución media, dado que por naturaleza el Progreso lo es todo o es nada. Dos direcciones, y sólo dos, una hacia lo alto, la otra hacia abajo, sin ninguna posibilidad de quedar suspendidas a media altura"<sup>32</sup>. Ante esta disyuntiva, el gran pensador jesuita responde que por una u otra respuesta no hay ninguna evidencia tangible, pero presenta lo que llama "invitaciones racionales para un acto de fe"<sup>33</sup>.

No obstante, tampoco puede entenderse a ésta como la única manifestación de fe en el progreso que hay en el pensamiento contemporáneo, porque en cierta forma, el neo-escolasticismo jurídico encierra un acto similar, al concebir al Derecho natural como un esfuerzo continuado por su descubrimiento progresivo. "El intento de reanudar la línea de desarrollo de la teoría tradicional del Derecho natural, tiene ya a primera vista la enorme ventaja de que se apoya en el ininterrumpido esfuerzo de la mente humana durante más de dos mil años; esfuerzo

<sup>31</sup> Cfr. ABBAGNANO, II, 361 y ss.

<sup>32</sup> TEILHARD DE CHARDIN, PIERRE, *El fenómeno humano*, Madrid, 1965, p. 280.

<sup>33</sup> WELZEL, *Naturrecht*, p. 11.

que incluye también una autocritica que no es posible encontrar en ninguno de los otros sistemas de ética”<sup>34</sup>.

Antes de ocuparnos del pensamiento penal de los penalistas iluministas, nos detendremos en los puntos de vista penales de algunos autores que contribuyeron descollantemente en esta corriente, sin ocuparse especialmente de nuestra materia, sino dentro de un más amplio contexto de pensamiento.

Si tomamos como primer criterio de aproximación las ideas de Montesquieu y de Rousseau<sup>35</sup>, no en general<sup>36</sup>, sino sólo a los efectos de oponer las dos diferentes concepciones de la sociedad que los movían y, como consecuencia, el fundamento de la potestad punitiva, esta diferencia nos retrotraerá al antiguo pensamiento aristotélico y a lo que creemos su justa interpretación.

Frente a la pregunta acerca del origen de la sociedad, estos pensadores del Iluminismo han enunciado las dos teorías opuestas: la del origen en la “naturaleza del hombre” y la del origen en el “contrato social”. La idea del contrato social, concebida como una asociación de hombres aislados que convienen en protegerse, nos parece hoy tan grotesca como muy presto les pareció también a los autores de nuestra materia en la época. Sin embargo, tiene su razón histórica, justificada por una necesidad del momento, por lo que si bien casi todos la negaron como verdad histórica, muchos la admitieron como hipótesis explicativa.

La razón por la que se produce este apogeo de la tesis contractualista en esa época —que era conocida desde mucho antes— obedece a que la misma muestra a la sociedad y al derecho como una creación artificial humana, que no depende de una ley “natural” e inmutable a la que el hombre también esté sometido por su “naturaleza social”, siendo el orden existente su emanación. Esta teoría se opone a la que considera a la sociedad emanada de una ley “natural”, que justificaría por esa vía el orden existente y con

<sup>34</sup> MESSNER, JOHANNES, op. cit., pp. 29-30.

<sup>35</sup> Sobre las ideas penales de Montesquieu se puede hablar largamente. V. por ej., GARRIDO, LUIS, *Montesquieu penalista*, en “Notas de un penalista”. México, 1947, pp. 157 y ss.; SCHMIDT, EBERHARD, *Montesquieus “Esprit des Lois” und die Problematik der Gegenwart von Recht und Justiz*, en “Fest. f. Wilhelm Kiesselbach”, Hamburg, 1947, pp. 117 y ss.; STOOSS, KARL, *Montesquieus Kriminalpolitik*, en “Schw. Z. für Strafrecht”, 32 (1919), pp. 22 y ss.; GRAVEN, J., *Montesquieu et le droit pénal dans Montesquieu, sa pensée politique et constitutionnelle*, París, 1952.

<sup>36</sup> Una defensa de Rousseau, con la revaloración de su pensamiento en MONDOLFO, RODOLFO, *Rousseau y la conciencia moderna*, Bs. As., 1967.

la cual el feudalismo quiso justificarse pretendiendo hallar su garante en Aristóteles. En último análisis, una creación humana artificial no puede exceder ciertos límites ni, por ende, destruir al hombre, puesto que su único objeto es protegerle; en lugar, una sociedad que se impone al hombre en función de una ley natural contra la que nada puede hacer, halla su límite sólo en la ley "natural" de la que emerge. Ante este planteo, resulta claro que *el contractualismo o convencionalismo social no es ninguna teoría científica, sino la pretensión de fundar un orden nuevo; no quiere en el fondo explicar todos los hechos sociales, sino hacer una revolución*<sup>37</sup>.

La circunstancia de que hoy nos resulte inadmisibile la teoría del contrato social y que esto lo hayan reconocido sus mismos partidarios, para muchos de los cuales era sólo una hipótesis explicativa sin realidad histórica, no impide que valoremos con signo positivo el servicio que el pensamiento que en ella se asentó ha prestado al género humano. "El movimiento liberal, con sus exigencias de libertad en todas las esferas de la actividad humana, se tradujo parcialmente en una oposición sana y justa contra ordenamientos e instituciones de la vida social, económica y política que habían perdido su vigencia. En el continente europeo sirvió de plataforma a los movimientos revolucionarios dirigidos contra el absolutismo, el Estado-policía y la reglamentación mercantilista de la vida económica y social"<sup>38</sup>.

Esto explica una doble actitud que tuvo lugar entre los autores del iluminismo y sus sucesores. Para quienes eran fundamentalmente revolucionarios —importándoles sólo fundar un cambio— el contractualismo les proporcionó una base teórica, sin que les preocupara que fuese una verdad histórica o una hipótesis cómoda. Para otros, que sin perder de vista el objetivo reformista —y hasta revolucionario— tampoco querían dejar de lado la actitud científica, la teoría contractualista resulta inadmisibile.

Al contractualismo revolucionario de Rosseau se opuso la actitud científicista de Montesquieu, quien fue un sociólogo del derecho, aún antes de que se empleara la voz "sociología". Montesquieu no busca en el "espíritu" de las leyes las leyes mismas, sino "las leyes de las leyes", por lo que no tiene necesidad de apelar al contractualismo y le parece un contrasentido. "Yo no he oído jamás hablar del derecho público sin que se haya comenzado por indagar

<sup>37</sup> Cfr. ALTHUSSER, LOUIS, *Montesquieu: la política y la historia*, Barcelona, 1974, pp. 22-25.

<sup>38</sup> MESSNER, JOHANNES, op. cit., p. 15.

cuidadosamente cuál es el origen de las sociedades, lo que me parece ridículo. Si los hombres no las formaran, si se aislaran y huyeran los unos de los otros, habría que preguntar la razón y buscar por qué se mantienen separados. Pero nacen ligados unos a otros; un hijo nace después de su padre y así permanece; he aquí la sociedad y la causa de la sociedad”<sup>39</sup>.

Estas dos actitudes se evidencian también en el campo del penalismo, en que en la corriente revolucionaria se cuenta a Beccaria y en la línea de Montesquieu se sitúa, por ejemplo, Rossi, lo que hace comprensible que este último, refiriéndose al libro del primero, haya dicho que “tiene el carácter y el propósito de una obra de circunstancia”, que representa más un ataque que una doctrina, y que sirve más como un arma para destruir que como una base para edificar<sup>40</sup>. Althusser pretende que el “instinto de sociabilidad” en que se basa Montesquieu, implica una toma de posición por el partido feudal<sup>41</sup>, lo que, de ser cierto, implicaría la toma de tal partido por parte de todos los penalistas que se embarcaron en esta corriente, lo que, como veremos, dista mucho de ser cierto.

La toma de partido de Montesquieu contra el contractualismo —en lo que fue seguido por la mayoría de los penalistas herederos del racionalismo ilustrado— no significa una actitud “feudal”, sino una actitud *más racional* que la contractualista. La teoría de Rousseau no es muy racionalista, hasta el punto de considerárselo un romántico y hasta un “vitalista”. El “retorno a la naturaleza” de Rousseau tiene un contenido irracional que niega a la inteligencia en cuanto generadora de diferencias sociales. Su vuelta a la naturaleza es igualitaria, pero con un fondo irracional<sup>42</sup>. Rousseau se jactaba de su origen plebeyo, en lo que se aparta de los ilustrados del despotismo y especialmente de Voltaire, representantes de una burguesía erudita<sup>43</sup>. Su pensamiento era de cuño abiertamente revolucionario, pero empalidecido por un fondo irracional que usaba para su objetivo político y que no tiene más valor de verdad que el instrumental en la circunstancia dada.

<sup>39</sup> *Cartas Persas*, 44.

<sup>40</sup> Rossi, *Traité de Droit Pénal*, en “Oeuvres Completes”, I, 180 (París, 1863).

<sup>41</sup> ALTHUSSER, LOUIS, op. cit., p. 29.

<sup>42</sup> Cfr. HAUSER, ARNOLD, op. cit., II, pp. 244-5.

<sup>43</sup> *Idem*, II, 248.

No podemos criticarle esto en forma personal a Rousseau, sino sólo tenerlo en cuenta a los fines científicos. Recordemos que incluso el arte francés sirvió a la Revolución, y sólo en el siglo XIX surgió la idea de separarlo de la política, o sea la concepción de *l'art pour l'art*<sup>44</sup>, curiosamente coincidente con el positivismo jurídico.

Una de las vías para desplazar la voluntad humana orientada por la razón, es atándola directamente a la razón (el intelectualismo platónico), en tanto que otro de los caminos es suprimiendo la razón, es decir, disolviendo la voluntad en lo instintivo, que se llama *vitalismo*. Rousseau se acercó más a esta segunda solución, que era rechazada por Montesquieu y sus seguidores.

Si bien la posición anticontractualista de Montesquieu es casi una excepción dentro del pensamiento ilustrado, esto no le impidió sentar las bases de una de las consecuencias penales más importantes del Iluminismo, que es el postulado de que una acción sólo puede ser conminada penalmente cuando lesiona los derechos de otro<sup>45</sup>. Es absurdo pretender que el anticontractualismo de Montesquieu le afilia al "feudalismo" ideológico, cuando sus argumentos se dirigieron a lo que es común punto de ataque de todo el pensamiento ilustrado: la concepción teocrática del Estado y de la pena, que había sido defendida por Benedict Carpzov (1595-1666)<sup>46</sup>, y atacada ya en el siglo XVII por Grotius y Pufendorf<sup>47</sup>.

De estas consideraciones surge como consecuencia, en primer lugar, que la teoría contractualista no es una teoría científica, sino un instrumento de reforma, y, en segundo término, que una concepción anticontractualista no implica la aceptación de una concepción teológica ni organicista de la sociedad. La aceptación realista de que el hombre sólo puede existir co-existiendo, no implica en modo alguno que sea "natural" tal o cual forma o modalidad histórica de co-existencia, es decir que, de la mera aceptación de este fenómeno ninguna forma particular de Estado puede derivar su origen "natural".

Lo que es hoy incontestable es que el contractualismo pierde de vista al hombre. El contrato social como realidad histórica es hoy insostenible y, sostenido como ficción (al estilo de Romagnosi, Carmignani y Feuerbach), la contradicción se hace aún más patente, porque la so-

<sup>44</sup> Idem, 327.

<sup>45</sup> V. Libro 12 del *Espíritu de las Leyes*.

<sup>46</sup> V. SCHMIDT, Eb., *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1951, pp. 145 y ss.

<sup>47</sup> Idem, pp. 155-156.



ciudad no puede ser más que una suma de individuos que interaccionan y, por ende, cualquier concepción de la sociedad que prescindiera de los individuos es una "abstracción". Los contractualistas pretenden oponer una "abstracción" a otra "abstracción": el hombre sin sociedad (que es inconcebible), formando una sociedad de hombres sin sociedad; en otras palabras, una sociedad de entes inconcebibles. De allí que luego planteasen el enfrentamiento del hombre con la sociedad, que es tan inconcebible como su concepto del hombre y de la sociedad. El conflicto que se plantea nunca puede ser del hombre con la sociedad, sino que *siempre será entre un hombre que vive en sociedad con otros hombres que también viven en sociedad.*

El organicismo social —asumiendo o no la forma de concepción teológica del Estado y de la pena— pretende fundarse en la naturaleza social del hombre de Aristóteles para dejar de lado la voluntad del hombre en la configuración jurídica de la sociedad, pasando por alto que de Aristóteles no se podía deducir otra cosa que la necesidad del hombre de vivir en sociedad. Así se fundó un derecho penal transpersonalista, erigido en custodia de la organización social "naturalmente" impuesta, frente a la cual el hombre con su voluntad no cuenta. El individualismo iluminista opone a esto un hombre inconcebible creando una sociedad inconcebible, aunque reconoce que es un expediente mental, lo que para su política tiene otra ventaja, porque al abandonar el "ser" del hombre y reemplazarlo por una abstracción mental con valor instrumental, queda allanado el camino para dejar de lado a los pueblos y afirmar los objetivos del despotismo ilustrado: frente a la concepción abstracta del hombre, el hombre de carne y hueso nada puede hacer.

Las ideas penales de Montesquieu se hallan sintetizadas en "El espíritu de las leyes", donde afirma que la libertad del ciudadano se ve favorecida "por la naturaleza de las penas y su proporción". Pretende extraer la naturaleza y medida de las penas de la naturaleza misma de los delitos, en tal forma que la pena surja como una necesidad impuesta por la razón y no por la arbitraria violencia humana. Así, creía que los delitos podían clasificarse en atentados a la religión, a las costumbres, a la tranquilidad y a la seguridad. Los primeros postulaba que fueran penados con la privación de todos los beneficios que brindaba la religión, es decir, con la expulsión de los templos, de los gremios fieles, etc.; los segundos con la privación de las ventajas que la sociedad da a la pureza de las costumbres (vergüenza pública, expulsión de la ciudad); los terceros con la pérdida de la propia tranquilidad (prisión, destierro) y los de la cuarta categoría con una suerte de talión (muerte, penas corporales, pérdidas de bienes, admitiendo el reemplazo de la tercera por la segunda en caso de insolvencia).

Montesquieu se oponía a la punición de la magia y aconsejaba

la mayor prudencia en el castigo de la herejía. Sostenía que era conveniente la impunidad del crimen “contra natura”, se oponía a la tortura y a la extensión arbitraria de los crímenes de sacrilegio y de lesa majestad y a la punición de las deudas civiles, aunque no así de las mercantiles (Libro XII<sup>o</sup>).

Otro de los pensadores iluministas de gran importancia para nuestra materia fue *Voltaire*<sup>48</sup>, quien en 1766 escribió un comentario sobre el libro de Beccaria (*Comentario sobre el libro de los delitos y de las penas*)<sup>49</sup>, en que apoya abierta y entusiastamente la prédica del marqués milanés, agregando datos históricos y ejemplos recientes. Nada puede ser más sencillo a una pluma entrenada que horrorizar con la historia de la legislación penal y ridiculizar a la brutal administración de justicia de su tiempo. Voltaire no agrega nada a Beccaria, como no sea la ilustración con el dato oportuno.

De toda forma, es menester recalcar que la política penal frecuentemente debe más a los políticos que a los grandes juristas, puesto que las grandes ideas se imponen por la acción política, y la obra de Voltaire —al igual que la de Beccaria— fue una exitosa obra política, a cuyo éxito tiene que agradecer la Humanidad la erradicación —al menos formal— de prácticas aberrantes en la administración de justicia penal. Voltaire preparó el terreno político para la acción política de las ideas de Beccaria, que desembocaría en la reforma de la legislación penal de toda Europa y en la codificación. Llamó la atención de Francia y de Europa entera sobre la inusitada crueldad de la legislación penal de su tiempo, escandalizó a la opinión con las consecuencias de un bárbaro error judicial. En medio de ese escándalo —provocado por Voltaire— apareció el incendiario librito de Beccaria. Un escándalo y un panfleto sirvieron para quebrar un dique tremendo, asentado sobre siglos de crueldad institucionalizada. Sin ellos, muchos más años se hubiese demorado en convocar a los sabios para que proyectasen un código penal.

Todos sabemos que el crimen y el criminal son problemas que nunca se atienden debidamente por parte de los políticos en el poder. Lo que obtuvo Voltaire con su escándalo y con la proyección

<sup>48</sup> Sobre su pensamiento, MAUROIS, ANDRÉ, *El pensamiento vivo de Voltaire*, Bs. As., 1941; CRESSON, ANDRÉ, *Voltaire*, París, 1948; en relación a nuestra materia: CASAS FERNÁNDEZ, MANUEL, *Voltaire criminalista, Precursor del humanitarismo en la legislación penal*, Madrid, 1931; HERTZ, EDUARD, *Voltaire und die französische Strafrechtspflege im 18. Jahrhundert*, Stuttgart, 1887.

<sup>49</sup> Puede verse en la citada edición castellana de Beccaria, pp. 241-335.

de la obra de Beccaria, fue precisamente que se le prestase atención. Si algo no del todo ortodoxo hubiese habido en la prédica de ambos, nadie tiene derecho a formularles reproche alguno, puesto que de ella surgió la abolición de la tortura como medio para obtener confesiones, el proceso legal, el principio de reserva, la abolición del suplicio en la aplicación de la pena de muerte, la reducción de ésta a casos muy graves, es decir, toda la legislación penal que se funda en un relevante respeto a la dignidad de la persona humana.

Voltaire conmovió a la opinión pública y a los poderes de la Francia del *ancien régime* con un caso criminal: el de Juan Calas. Calas era un protestante francés de 63 ó 64 años, jefe de una respetable familia, cuyo hijo se ahorcó porque no podía doctorarse en razón de no ser católico. Se dijo que Calas le había ahorcado porque su hijo quería convertirse al catolicismo y se consideró que toda la familia había participado en el crimen. Sin embargo, se condenó a Calas, quien murió sin aceptar su responsabilidad, pese a que se le sometió a la tortura de la rueda, después de quebrarle los huesos de las extremidades y habiendo esperado dos horas, que fue lo que tardó en morir. La rueda era un suplicio que "provenía de Alemania y se usaba en Francia desde un edicto de Francisco I en 1534: para su ejecución se erigía un cadalso, sobre el cual se ponía una cruz de San Andrés, donde el reo era atado en camisa; el ejecutor, armado de una barra de hierro, daba un golpe violento al condenado entre cada ligadura, terminando con dos o tres golpes en el estómago; el cuerpo era después atado sobre una pequeña rueda de carro, de modo que los talones tocasen detrás de la cabeza, y así quedaba expuesto al público hasta su muerte y más o menos tiempo después"<sup>50</sup>.

Voltaire puso todo su empeño en lograr una revisión de la sentencia y obtuvo que en 1765, tres años después de la ejecución de Calas, los cuarenta relatores reales revocaran por unanimidad la sentencia condenatoria. En medio del escándalo provocado por tan tremendo suplicio sufrido por quien fuera condenado sin ninguna prueba de autoría, cayó en Francia la obra de Beccaria. No obstante, la inocencia de Calas no fue nunca aceptada por el alucinado De Maistre<sup>51</sup>, con argumentos que repitió en 1928 un historiador de procesos célebres<sup>52</sup>. Si Calas fue o no parricida es cuestión que para nuestra disciplina no tiene importancia<sup>53</sup>, pero que nuestra sensibilidad actual se rebelde contra una ley

<sup>50</sup> ANTON ONECA, JOSÉ, *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, en "Rev. de Est. Penit.", Madrid, 1964 (20), 415-427.

<sup>51</sup> DE MAISTRE, JOSÉ, *Las veladas de San Petersburgo, o coloquios sobre el gobierno temporal de la Providencia*, Velada primera.

<sup>52</sup> ROBERT, HENRI, *Les grands procès de l'histoire*, París, 1928, pp. 149 y ss.

<sup>53</sup> Sobre el caso Calas es interesante el opúsculo de DASSEN, JULIO, *Voltaire, defensor de Juan Calas*, Bs. As., 1963.

que establezca en detalle los grados y forma de tortura a que se debe someter a un hombre hasta dejarle morir, que ordene que en cada grado se repita el interrogatorio y que de todo ello se labre acta circunstanciada, es también resultado de la prédica de Voltaire y Beccaría.

Por supuesto que esa prédica jamás hubiese logrado el resultado que tuvo, si el pensamiento ilustrado no hubiese sido contemporáneo a una transformación económica y política europea: se iniciaba la revolución industrial inglesa, respecto de la cual Francia quedaba en notorio retraso, debido a que su sistema feudal recién se derrumba con la Revolución. El desarrollo económico se veía frenado por el régimen de las corporaciones de oficios, paralizantes de la iniciativa individual. El pensamiento ilustrado es propio de un tiempo en que se pasa del feudalismo al industrialismo y el pensamiento transformador que culmina el cambio será evidenciado luego con Napoleón. No en vano los ojos estaban puestos en Inglaterra y Bentham ejercerá influencia en el *Code* del bonapartismo<sup>54</sup>.

### III. — LOS PENALISTAS ILUSTRADOS Y SUS HEREDEROS RACIONALISTAS

122. **Dificultades de caracterización.** Si difícil es caracterizar el Iluminismo en general —debido a las contradictorias corrientes en que se nutría—, más arduo todavía resulta pasar revista a los autores que siguieron este criterio en el campo de nuestra ciencia, particularmente porque hubo varios cuya filiación es poco clara. En líneas generales, creemos que en el penalismo de fines del siglo XVIII y buena parte del siglo XIX, hubo penalistas que siguieron la línea de la Ilustración, en tanto que otros fueron herederos intelectuales de la misma, sin seguirla exactamente. No obstante, la tradición iluminista perduró en el pensamiento penal liberal, aún cuando otras corrientes se disputasen ya el campo del pensamiento filosófico en general. Las posiciones de los autores en particular no suelen ser totalmente puras, pero, de toda forma, creemos que la presencia de eventuales elementos heterogéneos no puede conducir a ignorar el núcleo más importante de sus ideas y conclusiones. Dentro de la corriente que genéricamente señalamos como racionalismo ilustrado o heredado de la Ilustración, incluimos también a penalistas cuya posición política es revolucionaria, en el sentido de tender o participar de la Declaración de 1789. Este último criterio se funda en

<sup>54</sup> V. NIVEAU, MAURICE, *Historia de los hechos económicos contemporáneos*, Barcelona, 1977, pp. 56-57; FOUCAULT, MICHEL, *Surveiller et punir*, París, 1975.

que, mientras el pensamiento revolucionario no caiga en el romanticismo (lo que acontece con Rousseau), debe ser considerado como basado en el pensamiento ilustrado, aún cuando difieran sus actitudes políticas.

En síntesis, cabe observar que: a) El pensamiento ilustrado "puro" en el campo penal no es el más importante de los que receptan estas ideas, sino el que las combina con otros elementos. b) El pensamiento ilustrado y el revolucionario se mueven sobre un substrato común, aunque sus respectivas actitudes políticas difieren sustancialmente. c) No sería útil distinguir entre los penalistas que pueden enrolarse en el Iluminismo y los que sólo son herederos de su tradición, porque en muchos casos la ubicación sería arbitraria, puesto que se opera la influencia en forma de proceso con alternativas exclusivamente individuales<sup>55</sup>.

123. **Beccaria.** César Bonesana, Marqués de Beccaria, nació en Milán el 15 de mayo de 1738. Muy joven publicó su obra *Dei delitti e delle pene* (1764), en torno de cuya paternidad e importancia se ha debatido mucho. Es verdad que Beccaria pertenecía a un círculo progresista milanés, cuyo jefe intelectual era Pietro Verri, como también parece ser cierto que tanto Pietro como Alessandro Verri fueron los verdaderos autores de la respuesta a Fachinei que aparece firmada en primera persona por Beccaria, cuando aquél, en sus *Note ed osservazioni sul libro intitolato "Dei delitti e delle pene"*, le imputó pronunciarse contra la religión y la soberanía<sup>56</sup>. No obstante, no está probado lo que algunos dan por cierto, que es la autoría material del libro, que pretenden corresponde a los Verri, y especialmente a Pietro<sup>57</sup>, como tampoco que el mismo haya sido escrito por encargo especial de los iluministas franceses. Después de la publicación de su obra, Beccaria prácticamente no volvió a ocuparse de nuestra materia. En 1768 se creó en Milán una cátedra de economía pública que le fue encomendada. En 1781 propuso la adopción del sistema decimal francés para la moneda, las pesas y las medidas y publicó también algunos opúsculos sobre

<sup>55</sup> Para una visión sintética de conjunto: QUEZADA SCIARAFFIA, VITALIA, *La evolución del derecho penal bajo el Iluminismo y la Revolución*, en "Rev. Arg. de Cs. Penales", enero-abril de 1977.

<sup>56</sup> Sobre esta cuestión, SPIRITO, Uco, op. cit., p. 33.

<sup>57</sup> Sobre la vida y obra de Pietro Verri, Manuel de Rivacoba y Rivacoba en el prólogo a su traducción de la obra de Verri, *Observaciones sobre la tortura*, Buenos Aires, 1977.

administración y economía. Murió el 28 de noviembre de 1794, sin que su vida conociese mayores alternativas<sup>58</sup>.

Pése a que su libro alcanzó una difusión que hasta entonces no había conocido parecido, viajando incluso Beccaria a París, donde recibió el aplauso de toda la Ilustración francesa, y traduciéndoselo de inmediato a varios idiomas, Beccaria no insistió sobre el tema ni amplió nunca sus puntos de vista. La sistemática con que se conoce su obra no la elaboró él mismo, sino que le fue propuesta por su traductor francés Morellet<sup>59</sup>. La bibliografía acerca de Beccaria y de su obra es enorme<sup>60</sup>, siendo tan discutida como su personalidad y autoría el orden de influencias que recepta, la importancia objetiva de la misma y su filiación político-filosófica. Por nuestra parte, lo consideramos un claro exponente del pensamiento iluminista y su importancia, más que filosófica y teórica, la consideramos política, habiendo sido decisiva desde este punto de vista, como autor de la piedra angular de todas las reformas penales que permitieron el posterior desarrollo de nuestra disciplina en la forma que presenta contemporáneamente.

Suele repetirse una crítica consistente en imputar a Beccaria que haya pasado el resto de su vida en una existencia abúlica y alejada de problemas; se pretende también que instó a los jueces a aplicar tormento a unos salteadores que habían despojado a unos amigos suyos<sup>61</sup>. Esto último no fue probado y, en cuanto a lo primero, entendemos que no se trata de reprocharle lo que no hizo, sino de valorar lo que hizo.

En cuanto a las influencias por él receptadas, el mismo Beccaria, al escribir que en realidad debe todo a los pensadores franceses, ha dado pie a que se le atribuyera todo el mérito a los mismos, al punto

<sup>58</sup> V. *Opere diverse del Marchese Cesare Beccaria Bonesana, Patrizio milanese, Parte Seconda, Prima Edizione Napoletana, Napoli Nella Stamperia di Giovanni Gravier, 1770*, que contiene en su segundo volumen: *Proluzione letta dal Reggjo Professore nelle Scuole Palatine Marchese... nell'apertura della nuova Cattedra di Scienze Camerali* (p. 2); *Del disordine e de' remedi delle monete nello Stato di Milano nel 1762* (p. 27); y *Alcuni articoli estratti dall'opera intitolata Il Caffé scritti dal Marchese...* (p. 61).

<sup>59</sup> Sobre los detalles de este reordenamiento, SPIRITO, loc. cit.

<sup>60</sup> La más completa bibliografía sobre Beccaria en MANUPELLA, GIACINTO, *Cesare Beccaria (1738-1794) - Panorama bibliografico a cura di...*, Coimba, 1964 (separata del Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimba, 1963, XXXIX, pp. 107 a 375); ver también, Accademia Nazionale dei Lincei, *Secondo Centenario della pubblicazione dell'opera "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria*, Roma, 1965 (particularmente interesante el discurso de Giovanni Leone, pp. 15 y ss.).

<sup>61</sup> *Noticia sobre Beccaria*, en p. XVI de la edición de Madrid, Imprenta de Alcán, 1822.

de que Spirito afirma que su éxito se debe a que no fue un pensador italiano, sino un italiano que tuvo éxito porque pensaba como los franceses<sup>62</sup>. Laplaza, por su parte, cree que esas palabras fueron escritas por Beccaria por razones de cortesía y destaca la importancia que en el pensamiento del mismo tuvieron Bacon, Vico y Muratori<sup>63</sup>. Nos parece que Beccaria recepta varias influencias, y no es extraño a su empirismo el pensamiento de Bacon, como no lo es a toda la ilustración, en la que converge el empirismo inglés con el racionalismo cartesiano, como tampoco pueden ser extrañas al mismo las influencias de los autores que de toda forma fueron preparando el advenimiento del fenómeno que se conoció con ese nombre. La afirmación de Spirito nos parece exagerada y hasta chauvinista en este sentido, pero no por ello podemos dejar de colocar a Beccaria como el exponente del pensamiento ilustrado en su vertiente revolucionaria, es decir que, su posición, dado que parte del contractualismo, no puede considerarse inclinada hacia el despotismo ilustrado, sino más bien hacia el pensamiento revolucionario, pese a todas las "prudentes" aclaraciones que aparecen en la respuesta a Facchinei, de cuya paternidad se duda, y que, por otra parte, estaban impuestas por razones circunstanciales, dado que exhibir otro criterio hubiese sido nefasto para el autor.

De todas maneras, es indudable que "con Beccaria el problema penal —comprensivo del problema sustancial y del problema procesal— aflora a la conciencia crítica, trayendo de la dialéctica también su autonomía desde un punto de vista lógico, que también permitirá superar las promesas y esperanzas del siglo de las luces: certeza, legalidad del proceso y de las penas, publicidad del procedimiento, instrumentalidad utilitaria y no venganza o retribución, distinción del tema jurídico-penal del tema moral. Al mismo tiempo, y como natural consecuencia, nace la ciencia del derecho y del proceso penal: nace como ciencia de la legislación, como problemática extra-positiva"<sup>64</sup>.

Parece ser también que hubo en Beccaria, con el correr de los años, un cambio de posición, aunque el mismo es quizá susceptible de otra interpretación. Se trata de la participación que tuvo Beccaria en la comisión que estudió la aplicación del código austríaco en Lombardía. Se trataba de una comisión de siete miembros, en la que Beccaria quedó en minoría —se sumaron a él dos votos— en cuanto a la aplicación de la pena de muerte. No obstante, el problema más grave fue el de la igualdad de las penas, porque en la relación, fechada en 1791, Beccaria sostenía que la igualdad de las penas era injusta. Sus argumentos

<sup>62</sup> SPIRITO, UGO, op. cit., p. 39.

<sup>63</sup> LAPLAZA, FRANCISCO P., en "Estudio Preliminar" a la edición crítica bilingüe de Beccaria, Bs. As., 1959, pp. 55 y ss.

<sup>64</sup> NUVOLONE, PIETRO, *Trent'anni...*, Padova, 1969, I, 438 (*Processo e pena nell'opera di Cesare Beccaria*); en similar sentido, GRAVEN, JEAN, *Beccaria et l'avènement du droit pénal moderne*, en "Grandes figures et grandes œuvres juridiques", Genève, 1948, pp. 97 y ss.

parecían acercarse al talión kantiano, puesto que afirmaba que las penas debían ser diferentes, según la clase social a la que perteneciera el penado, dado que una pena infamante no ocasionaba el mismo dolor a un changador que a un sujeto colocado en una posición socialmente expectante. Algunos entienden que esto no es una retractación de anteriores puntos de vista, sino una limitación más a las penas infamantes, que Beccaria nunca había visto con simpatía<sup>65</sup>. De cualquier manera, revela un considerable giro hacia el despotismo ilustrado. Por otra parte, no se debe olvidar que Beccaria consideraba que había delitos criminales y delitos políticos, debiendo predominar el fin preventivo ejemplificador respecto de los primeros, que eran los más graves, y el preventivo especial reeducador respecto de los segundos<sup>66</sup>.

Beccaria se confiesa tributario de las ideas de Rousseau, al punto de rendirle a este pensador un homenaje en altos términos al comienzo de su obra (parág. 1), reiterando su posición contractualista, pese a reconocer que también su desarrollo ha receptado mucho de Montesquieu, aunque sin dejar de calificarlo como uno de los "retirados pacíficos secuaces de la razón". No obstante, este calificativo no tiene contenido peyorativo, sino que se limita a reconocerle esta calidad a Montesquieu, en la esperanza de alcanzarla él mismo. En otras palabras: Beccaria reconoce que su tarea es diferente de la que se propuso Montesquieu. Por nuestra parte, no nos cabe duda de ello, puesto que el libro de Beccaria tiene un propósito político inmediato, en tanto que Montesquieu es lo que hoy podemos calificar como "un sociólogo del derecho". Del propio Beccaria surge, pues, la confesión de que su pensamiento puede ser ubicado de preferencia entre el criterio político revolucionario que entre el del despotismo ilustrado<sup>67</sup>.

Beccaria comienza por hacer una distinción entre el orden divino y el orden humano, como dos órdenes independientes, que se ocupan de objetos distintos, por lo que afirma que nunca pueden hallarse en contradicción. Según su criterio, la inmutabilidad y divinidad del primero hace que nunca pueda haber contradicción con el segundo, debido al carácter eminentemente variable y humano de éste. Aunque el planteamiento en tales términos pueda parecer hoy ingenuo, no pasaba de ser un expediente bastante efectista para poder plantear la problemática penal como tal en un nivel puramen-

<sup>65</sup> Cfr. MARCELLO MAESTRO, *Cesare Beccaria e le origini della riforma penale*, Milano, 1977, p. 159.

<sup>66</sup> *Idem*, p. 157.

<sup>67</sup> Sobre ello, RIVACOBRA, *Lardizábal*, Santa Fe, 1964, pp. 61 y ss.



te humano, al que de alguna manera debía acudir para eludir las críticas del tradicionalismo de sus tiempos.

Mediante el referido expediente se desembaraza de las concepciones teológicas del derecho penal y funda la sociedad sobre el contrato. Así las cosas, sienta como base de la justicia humana la *utilidad común*, siguiendo una moral utilitaria, que procuraba la búsqueda de la máxima felicidad dividida entre el mayor número. Si la pena debe ser útil, su fin no puede ser otro que el de impedir al delincuente cometer nuevos daños sociales y disuadir al resto de imitarle. Por otro lado, como el delincuente también es un individuo, la pena no puede exceder el límite de lo estrictamente necesario para procurar su finalidad, de modo que debe afectarle lo menos posible. *En otros términos: la pena, al par que útil, debe ser necesaria.*

Por lo que hace al criterio para graduar la magnitud del delito, el único que admite es el "daño social", excluyendo todo criterio subjetivo, en razón de la igualdad de los hombres en el contrato. Su afán de distinguir entre el derecho y la moral conforme a "fueros" le hace perder de vista la subjetividad misma de la conducta criminal, lo que resulta incoherente luego, cuando se ve necesitado de fundamentar la punición de la tentativa, tema en el que comienza aclarando que si bien la ley no castiga la intención, no por ello debe dejar impune la tentativa.

Beccaria deduce del contrato social el título de justificación de la coerción penal, y de allí también extrae consecuentemente el principio de reserva y la proscripción de la analogía. Se pronuncia luego contra cualquier facultad interpretativa del juez, en razón, precisamente, de que la ley surge del contrato, no pudiendo el juez suplir la voluntad del legislador. Consecuente con este principio, rechaza de plano toda apelación al "espíritu de la ley".

Esta posición extrema de Beccaria, que le hace caer en un positivismo jurídico a ultranza, tiene su explicación en el afán de la época de suprimir toda arbitrariedad en la administración de justicia. Por otro lado, no debe considerárselo totalmente equivocado, al menos en un sentido. En efecto: el "espíritu de la ley", tal como se lo entendía a partir de Montesquieu, no era otra cosa que una interpretación sociológica. Montesquieu distinguía la ley de su espíritu y dice que éste "consiste en las diversas relaciones que las leyes pueden tener con diversas cosas", es decir que habla de los efectos

y compara los efectos<sup>68</sup>. Beccaria se encuentra entre el positivismo legal y el reduccionismo sociológico, puesto que no disponía de otro recurso. En ese trance, no le quedaba otra alternativa que optar por propugnar la claridad y racionalidad de las leyes y evitar su posterior desquicio, que bien a las claras se hubiese producido, de permitir con entera libertad una interpretación preñada de consideraciones sociológicas subjetivas de los tribunales. Beccaria defiende así lo jurídico racional de la invasión de lo sociológico arbitrario. En definitiva, el fundamento para la proscripción de la interpretación judicial se deriva de un rechazo a un ilimitado sociologismo jurídico o realismo social, lo que tiene valor en nuestros días. Que a partir del rechazo del sociologismo ilimitado, el marqués lombardo haya rechazado toda interpretación judicial, es una consecuencia lógica de la carencia de elementos por parte de la ciencia jurídica de su tiempo, que sólo habrá de hallar nuevos rumbos a partir de las legislaciones sancionadas conforme a los principios que precisamente eran por él propugnados.

Hemos visto que para Beccaria la pena cumple una función de prevención general y especial, es decir, eminentemente utilitaria, lo que lo enrola en la corriente de los partidarios de las llamadas teorías "relativas" de la pena. A partir de esta posición, Beccaria concluía que la pena de muerte no era necesaria ni útil; por otra parte, no concebía que alguien pueda ceder en el contrato su derecho a la vida. Conforme a ello, propugnaba la abolición de la misma, que sólo podría justificarse en casos de gran peligro para toda la comunidad.

El contractualismo de Beccaria era más cercano a Locke que a Rousseau, porque la concesión total que había concebido Rousseau era rechazada por Beccaria, quien, al igual que Locke, sólo podía admitir una concesión parcial de derechos en el contrato, en lo que fundaba el límite del legislador. Kant atacó a Beccaria en su negación de la pena de muerte, con el siguiente argumento: la limitación de la pena fundada en el contrato, deja librada la aplicación de la misma al consentimiento de ella, cuando nadie es castigado por haber querido la punición, sino por haber querido la acción merecedora de punición. A este argumento contra Beccaria, se responde que hay en él una alteración del contenido de su pensamiento, porque en realidad, Beccaria fundaba la pena en el contrato, siendo legítimo sólo lo que podía ser contenido en él, e ilegítimo lo que no podía ser contenido del mismo. La pena de muerte, por ende, no podía ser legítima, en cuanto que

<sup>68</sup> Cfr. ALTHUSSER, *op. cit.*, pp. 38-9.

no podía ser contenido del contrato. Es verdad que en Kant hay una apelación al sofisma —en el mal sentido de la palabra— para pretender fundar la pena de muerte rechazando los argumentos del marqués lombardo<sup>69</sup>.

124. **Marat.** Jean-Paul Marat es, más aún que Beccaria, un representante del pensamiento penal revolucionario, como lo demuestra su propia vida pública, completamente diferente de la descansada existencia del marqués lombardo. Quizá pueda afirmarse que Marat representa al pensamiento revolucionario por excelencia, aunque, como inmediatamente veremos, su pensamiento sobrepasa a veces al revolucionario para enrolarse en lo que hoy calificaríamos de socialista.

Marat nació en Roudry, Neuchâtel, el 24 de mayo de 1743, en el seno de una familia cuyo padre tenía origen español (la "t" fue agregada a su apellido) y la madre provenía de protestantes franceses. En 1760 fue empleado como preceptor en Bordeaux, pasando en 1762 a París, donde permaneció tres años formándose como autodidacta, para pasar a Londres, donde ejerció la medicina y tuvo ocasión de vivenciar las alternativas de la política inglesa, particularmente frente a las pretensiones absolutistas de Jorge III. En 1770 ocupó un puesto de médico veterinario en Newcastle, donde permaneció dos años y escribió su *Essai sur l'âme humaine*, ampliado en 1773 en su *Essai philosophique sur l'Homme*, al tiempo que rechazaba la tentadora oferta de seguir el camino del despotismo ilustrado, ofrecido por la vía del embajador de Catalina II. En 1774 publicó *Les chaînes de l'esclavage* y en 1775 se doctoró en medicina en la universidad escocesa de Saint Andrew. En 1776 regresa a París y, al año siguiente, se entera de la convocatoria para un concurso, publicada en la "Gaceta de Berna", cuyo premio había sido donado anónimamente al autor del mejor y más detallado plan de legislación criminal que fuera presentado antes de 1779. Al tiempo que publicaba investigaciones sobre la luz y la electricidad, redactó su *Plan de législation criminelle*. El *Plan* no fue del agrado del jurado de Berna —como no podía ser de otro modo— que confirió el premio a dos alemanes. Marat envió su trabajo a Neuchâtel, donde se imprimió en 1780, pero la censura cercenó varias hojas al entrar a Francia, lo que inutilizó la edición. En 1784 fue incluido anónimamente en la "Biblioteca" de Brissot de Warville y, finalmente,

<sup>69</sup> Sobre esta cuestión, MONDOLFO, RODOLFO, *Cesare Beccaria y su obra*, Bs. As., 1946, pp. 42 y ss.

en 1790 y con el nombre del autor, fue editado en Francia. Desde 1782 hasta 1788, la vida de Marat se desarrolló en medio de serias dificultades, perdiendo incluso todo trabajo estable. Su participación pública en la Revolución desde 1789 hasta su muerte, a manos de Charlotte Corday, el 13 de julio de 1793, es suficientemente conocida, por pertenecer a la historia de la humanidad.

El *Plan* de Marat no es una obra técnica, puesto que su autor carecía de tal formación. Fundamentalmente, se trata de una obra política, salida de la pluma de un revolucionario. Desde el prefacio, Marat afirma el carácter político de su obra, al sostener que las leyes criminales están necesariamente ligadas al sistema político, lo que hace que un mismo código pueda no convenir a todas las naciones, por lo cual su "memoria" se limita a una exposición del "espíritu de las leyes criminales"<sup>69 bis</sup>. Se extiende en consideraciones sobre el estado deplorable de la legislación penal y no pronostica un cambio rápido de la misma.

En la primera parte trata "De los principios fundamentales de una buena legislación", donde afirma que el orden no puede basarse en nada distinto a una convención, pero, lamentablemente, sólo comprueba la existencia de injusticias y desigualdades. "Nacemos sometidos o independientes —dice— en la opulencia o en la miseria, en la oscuridad o en la elevación, y pese a la movilidad de las cosas humanas, no hay sino un pequeñísimo número de individuos que salen del estado donde se hallaban ubicados por su nacimiento, e incluso los que salen, raramente lo hacen por otros medios que no sean la intriga, la bajeza, el fraude o la suerte". Advierte, por consiguiente, que el crimen es violación de una ley, pero de una ley justa, y afirma rotundamente que "para ser justa, las leyes de la sociedad no deben ir nunca contra las de la naturaleza, las primeras de todas las leyes", para lo cual deben tender al bien general, sin excluir a parte alguna de la nación, lo que las convertiría en leyes "parciales".

"Haced abstracción de toda clase de violencia —agrega luego— y vereis que el único fundamento legislativo de la sociedad es el bienestar de los que la componen. Los hombres no se han reunido

<sup>69 bis</sup> MARAT, J. P., *Plan de législation criminelle* (con notas e introducción de Daniel Hamiche), París, 1974. Hay una traducción alemana: *Plan einer Criminalgesetzgebung*, Berlín, 1955; sobre MARAT, LOHMANN, FRIEDRICH, *Jean Paul Marat und das Strafrecht in der französischen Revolution*, Bonn, 1963; hay un estudio en ruso sobre "La teoría jurídico-penal de J. P. Marat", Moscú, 1956, de ALEKSEI ADOLFOVIC GERCEZON.

en cuerpos, sino para su común interés; no han hecho leyes, sino para fijar sus respectivos derechos; y no han establecido un gobierno, sino para asegurar el goce de sus derechos. Si renunciaron a la propia venganza fue para remitirla al brazo público; si renunciaron a la libertad natural, fue para adquirir la libertad civil; si renunciaron a la primitiva comunidad de bienes, fue para poner como propia alguna parte". En las generaciones posteriores, la falta de todo freno al aumento de las fortunas fue lo que hizo que unos se enriqueciesen a costa de los otros y un pequeño número de familias acumulase la riqueza, al tiempo que una enorme masa fue quedando en la indigencia, viviendo en una tierra ocupada por los otros y sin poder adueñarse de nada. Se pregunta si en tal situación, esos individuos que no obtienen de la sociedad más que desventajas, están obligados a respetar las leyes, y responde rotundamente que no: "No, sin duda. Si la sociedad les abandona vuelven al estado de naturaleza y recobran por la fuerza los derechos que no han enajenado sino para obtener ventajas mayores, toda autoridad que se les oponga será tiránica y el juez que les condene a muerte no será más que un simple asesino".

Desarrollando tales principios, los aplica al robo, comenzando por afirmar que constituye un ataque al derecho de propiedad y preguntándose de inmediato de dónde se deriva tal derecho. Descarta como injustos los títulos del usurpador, del poseedor y del heredero, reconociendo como único título justo el del cultivador, que lo funda en el trabajo. "Es nuestro —dice— todo lo que es indispensable para nuestra existencia, y nada superfluo nos pertenecerá legítimamente, en tanto haya otros a los que les falte lo necesario". "Ya sé que no es esa la decisión del foro, pero es la de la razón".

Más adelante señala: "No contento con despojar al pobre, se lo obliga aún a derramar su sangre para defender las posesiones de los ricos, bajo el pretexto de defender al Estado", y así, con las levas forzadas, "se priva a una mujer de su esposo, a los hijos de su padre, se arrebató a una desgraciada familia al que es su sustento, librando a los infortunados a los horrores de la indigencia".

Propugnaba la creación de talleres públicos, donde se enseñasen oficios a los vagabundos y mendigos, el reparto de las tierras eclesiásticas entre ciudadanos indigentes, para que también los eclesiásticos pudiesen llevar una vida más cristiana, como también el establecimiento de una suerte de seguro social. Pero no se conformaba con socorrer a los pobres, sino que demandaba también su instrucción, puesto que no puede cumplir sus deberes quien los igno-

ra, para lo cual propugnaba la enseñanza gratuita en escuelas públicas.

Al describir el estado de la legislación penal de su tiempo, Marat es sumamente gráfico y, en gran medida, su descripción conserva vigencia frente a la tecnocracia jurídico-penal de nuestro tiempo: "En las instituciones de algún pueblo bárbaro, en las leyes arbitrarias, en las costumbres ridículas, en las tradiciones perimidas, es donde sus ministros fundan las reglas de lo justo y de lo injusto. Es un espectáculo a la vez ridículo y escandaloso ver a graves magistrados hojeando enormes volúmenes y fluctuando de autoridad en autoridad para saber qué pensar de un hecho, para decidir de la libertad, del honor, de la vida de los hombres, sobre la fe de algún legislador oscuro o de algún ignaro comentador, y partir de un juicio inicuo para formular otro más inicuo todavía".

Marat no se conformaba con que las leyes sean justas, claras y precisas, sino que afirmaba que era necesario elegir los mejores medios para hacerlas observar, lo que no se debe limitar a la amenaza penal, sino fundamentalmente a la prevención del delito. De Blackstone recoge la idea de que las penas que no guardan proporción con los crímenes son criminógenas, que el espectáculo de los suplicios públicos provoca indiferencia y acostumbra a la barbarie y que son una prueba de la impotencia estatal. "Raramente las penas deben ser capitales" —dice—, y agrega que también se debe corregir al culpable. Si son incorregibles, es necesario que el castigo se vuelva en beneficio de la sociedad, que se les emplee en trabajos públicos, desagradables, malsanos, peligrosos". Si bien no rechaza de plano la pena capital, en una nota señala que uno de los argumentos contra ella es cuestionar si el soberano tiene el derecho de matar a un súbdito, teniendo en cuenta el origen injusto de todos los gobiernos de la tierra.

Comparte el criterio de que la mayor parte del castigo debe consistir en la "infamia de sufrirlo" y, siguiendo a Montesquieu, afirma que el género de pena debe surgir de la misma naturaleza del delito, lo que haría que la pena pareciese surgir más de la naturaleza de las cosas que de la voluntad del legislador.

Marat, partiendo del argumento de que la justicia debe ser imparcial, prácticamente proponía el sistema de penas fijas. Lo razonaba sobre la base de que un Estado fundado en la igualdad no puede aplicar penas diferentes para el mismo delito, pues con los establecimientos que proponía, nadie podría esgrimir la necesidad ni la ignorancia, y, en cuanto a la sensibilidad, entendía que

en cierta forma, su diferente intensidad resulta compensadora: "si una gran sensibilidad se agrega a la fuerza de las pasiones que nos llevan a violar las leyes, el temor que le sirve de freno es más enérgico". En caso que aún no funcionasen los establecimientos que proponía, admitía la facultad individualizadora del juez, pero únicamente para atenuar la pena.

Rechazaba enérgicamente que la pena trascendiera la persona del penado con la infamia y ni siquiera pecuniariamente, denunciando como inmoral y escandalosa la confiscación de bienes. Defendía la inflexibilidad de las penas, rechazando por pernicioso cualquier derecho de gracia y toda forma de asilo y de jurisdicción especial dentro del Estado.

Afirmaba que el código criminal debía estar en manos de todo el mundo —y a bajo precio— "para que la regla de nuestras acciones se halle constantemente bajo nuestros ojos".

En la segunda parte del *Plan* se ocupaba Marat "De los delitos y de las penas", distinguiendo ocho clases: los que tiendan a la ruina del Estado, los que lesionen su autoridad legítima, los que destruyan la seguridad de los individuos, los que ataquen la propiedad, los que lesionen las costumbres, los que ataquen el honor, los que perturben la tranquilidad pública y los que choquen contra la religión. Las partes tercera y cuarta las dedicaba a la materia procesal.

Esta somera exposición de las principales tesis de Marat, justifican plenamente la afirmación de que, "como era de esperar, por sus respectivas personalidades, extracción social y profesiones, e incluso por la trayectoria vital de cada uno, en Marat se extreman, estilizándose, los rasgos revolucionarios de la obra de Beccaria<sup>69ter</sup>. Su pensamiento se hace mucho más democrático y, pese a no ser un jurista, resulta clara su influencia en el código revolucionario francés y en el proyecto de Mello Freire.

Marat no tuvo la misma influencia que Beccaria en la legislación posterior, pero ello es sólo una cuestión de circunstancia histórica, que no es del caso analizar en detalle. Lo cierto es que, atendiéndose a la pureza de las ideas, el *Plan* de Marat es, sin duda, la exposición más pura del pensamiento revolucionario, que cuestiona el fundamento mismo del poder constituido.

<sup>69ter</sup> RIVACOBA Y RIVACORA, MANUEL DE, en "Doctrina Penal", 1978, p. 244.

125. **Filangieri.** La vida de Gaetano Filangieri fue muy breve. Nació en Nápoles el 18 de agosto de 1752, en el seno de una antigua familia napolitana cuyos orígenes se remontan a los normandos. Dedicado tempranamente a la carrera militar, sus preferencias le llevaron pronto al campo filosófico, saliendo en defensa de la pragmática de Carlos de Borbón que ordenaba que se fundamentasen las sentencias en 1774<sup>70</sup>. Un tío de Filangieri fue nombrado Arzobispo de Nápoles y le llevó a la corte, donde publicó en 1780 los tomos primero y segundo de su *Scienza della Legislazione*. En 1783 publicó los tomos tercero y cuarto. Al año siguiente fue atacado por un político oportunista en razón de sus ideas económicas acerca de la abolición de los derechos feudales. El ataque no le causó molestias, debido al aire liberal que se respiraba en la corte napolitana. Tampoco parece haberle perturbado que su obra se incluyese en el *Index* (como en España había sido incluida la de Beccaria<sup>71</sup>), básicamente porque en el Libro II proponía la supresión de las riquezas de los eclesiásticos. Su obra fue ponderada por la Sociedad Económica de Berna y en 1785, después de abandonar la corte el año anterior, publicó otros tres volúmenes de la misma. En 1787, llamado por el Rey, volvió nuevamente a la Corte, donde pasó a desempeñar funciones civiles, como miembro del Consejo Supremo de las Finanzas. Después de una breve enfermedad murió el 21 de julio de 1788<sup>72</sup>.

Si bien su obra principal quedó trunca con su prematura muerte, el libro tercero de la misma está dedicado a nuestra materia, haciendo un largo desarrollo de la misma (*Delle leggi criminali*, dividido en dos partes: *Della procedura* y *Dei delitti e delle pene*), en el que sigue en general los lineamientos de Beccaria. "Filangieri expone en su libro un amplio tratamiento de varios delitos con una crítica sagaz de las leyes antiguas y modernas. Si se mostró adversario de Beccaria en el problema de la pena capital, defendiendo la necesidad de ésta en el caso de crímenes atrozísimos, y fundando esta necesidad sobre la misma hipótesis del contrato social, en razón de que la sociedad

<sup>70</sup> Lo hizo en *Riflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*, que puede verse en pp. 1-31 del T. I de la edición de Firenze, Felice Le Monnier, 1864.

<sup>71</sup> LAPLAZA, op. cit., p. 27.

<sup>72</sup> Cfr. TOMMASI, DONATO, *Elogio histórico de Filangieri*, en Filangieri, *Ciencia de la legislación*, París, 1836, I, pp. 25 a 159; también VILLARI, PASQUALE, *Intorno ai tempi ed agli studi di G. Filangieri*, en Filangieri, *Scienza della Legislazione*, Firenze, 1864, I, pp. I a II; SPIRITO, UGO, *Il pensiero pedagogico di Gaetano Filangieri*, Firenze, 1924.



ha recibido de los individuos el derecho a su legítima defensa, en todo lo restante de la teoría se mostró de acuerdo con el publicista milanés”<sup>73</sup>.

Filangieri no concibe al contrato social de la misma manera en que lo había hecho Beccaria. Para él el hombre, antes del contrato social, no estaba aislado, es decir, que el individuo aislado (fuera de la sociedad) no existe, sino que ya se hallaba en un estado de sociedad natural, una sociedad en la que no había jerarquías, leyes civiles, siervos ni patrones. Era una sociedad en la que imperaba sólo la ley del más fuerte físicamente y como única consecuencia las leyes de la naturaleza. Pero, como por desgracia —según expresa— ese estado no puede mantenerse por mucho tiempo, dado que la desigualdad natural llevó a una situación en que los débiles debían someterse a las arbitrariedades de los de mayor fuerza física, fue necesario un acuerdo para establecer la paz social, como consecuencia de lo cual Filangieri atribuía al pacto social la función de conservar la tranquilidad, que era la única que asignaba a las leyes.

Suele decirse que su concepción está tomada de Locke<sup>74</sup>, pero si observamos más atentamente su teoría, veremos que tiene fundamentales puntos de contacto con la concepción de Calicles, sólo que no propugna como aquél, el regreso al estado de naturaleza con el imperio del más fuerte, sino que considera superior el que surge del contrato social.

El contrato social, concebido como acuerdo impuesto por los débiles, habrá de resurgir con Nietzsche. Para Filangieri, la naturaleza había dado al hombre el derecho de castigar y también el deseo de hacerlo, afirmando que cuando Caín clamaba con las manos manchadas de sangre que el primero que le encontrase sería su *carnicero*, indicaba con ello la conciencia de la pena que le vendría impuesta y la del deber de que se lo castigase. En cierta forma, Filangieri se adelanta al resurgimiento del contractualismo que tendrá lugar más tarde en nuestro siglo, por obra de Freud.

Freud renovó el contractualismo en nuestro siglo, concibiendo la pérdida de libertad del hombre en virtud del contrato, pero celebrado en dos etapas: en un primer contrato, los hijos se ponen de acuerdo para matar al padre, y, una vez consumado el parricidio, deben es-

<sup>73</sup> PESSINA, ENRICO, en *Enciclopedia Pessina*, Milano, 1906, II, 559-560.

<sup>74</sup> Así, COSTA, FAUSTO, *op. cit.*, pp. 119-120.

tablecer un orden que se funda en un segundo pacto, por el que renuncian parcialmente a la "gratificación instintiva"<sup>75</sup>. Al enunciar esta concepción contractualista de la horda, Freud enlaza al individualismo iluminista con la moral concebida como represión, que había enunciado Schiller, al entender que la civilización implica la tiranía represiva de la razón sobre la sensualidad<sup>76</sup>. Conforme a este criterio, Freud entiende que la represión que emerge de ese acuerdo es un componente necesario de la sociedad humana, lo que en su concepción antropológica parece tener también un valor simbólico<sup>77</sup>. Años después, Marcuse negó la necesidad de dicha represión en la civilización, buscando una sociedad no represiva sobre la base de distinguir entre la "represión excedente" (que serían las "restricciones provocadas por la dominación social") y la "represión básica" ("las modificaciones de los instintos necesarios para la perpetuación de la raza humana en la civilización")<sup>78</sup>. El límite entre ambas "represiones" (excedente y básica), que podría ser un criterio útil a nuestro efecto, lo libra Marcuse a la "razón", lo que implica una profesión de fe jusnaturalista bastante difusa. Lo cierto es que aún en este reverdecimiento del contractualismo en el siglo XX, también tiene el mismo carácter de un símbolo.

El mérito fundamental de Filangieri es haber formulado, con mucha mayor precisión jurídica, similares planteamientos a los de Beccaria, es decir, de haber extraído las consecuencias del contractualismo, pero manejando un mejor arsenal técnico-jurídico. "Filangieri es sobre todo figura de jurista, en el sentido más específico de la palabra, y esta particular fisonomía suya se debe al estudio amplio y cuidadoso que había realizado de los clásicos de la antigüedad griega y romana. Especialmente del mundo romano había adquirido el sentido jurídico preciso y la tendencia a las grandes construcciones sistemáticas. Ya no se contentaba —como sus predecesores— con agitar las nuevas ideas y con insistir sólo en la crítica demoledora de las viejas instituciones aún vigentes, sino que pretendía construir completamente hasta sus mínimos detalles, un sistema perfecto de legislación, que fuese la impresión del espíritu de los nuevos tiempos"<sup>79</sup>. De esta manera, Filangieri resulta ser un puente tendido entre las nuevas ideas y el mundo clásico del derecho.

<sup>75</sup> FREUD, *Moisés y el monoteísmo*.

<sup>76</sup> Cfr. MARCUSE, *Eros y civilización*, p. 179.

<sup>77</sup> *Idem*, p. 67.

<sup>78</sup> *Idem*, p. 46.

<sup>79</sup> SPIRITO, Ugo, *op. cit.*, p. 49.

Con Filangieri la pena cumple también una función utilitaria, pero ya no se trata simplemente de la protección de los derechos de los individuos, sino que se abre camino en su pensamiento —junto a ella— la idea de la defensa legítima de la sociedad creada por los mismos individuos. Conservar la tranquilidad (fin de la legislación), que es para Filangieri “la consciencia de la seguridad”, o sea, la opinión que un ciudadano debe tener de no ser perturbado, mientras obre de acuerdo con los dictados de la ley”. Al igual que Beccaria, sostenía la necesidad de que la pena fuese proporcionada al delito y de que la misma tenga por límite la necesidad, afirmando que toda pena que exceda el límite de la necesidad es contraria a la justicia social.

126. **El penalismo ilustrado en lengua alemana.** Karl Ferdinand Hommel (1722-1781) fue conocido como el “Beccaria alemán” y desarrolló en Leipzig las ideas de la Ilustración referidas al derecho penal, aún antes de que fuera conocida en Alemania la obra de Beccaria. Doctorado en derecho en 1744, fue profesor desde 1752. En 1765 sostuvo la importancia de las causas sociales del delito, la supresión de toda dependencia teocrática del derecho penal, la exigencia de supresión de las antiguas leyes, la disminución de las penas, la razonable proporcionalidad entre las penas y los delitos, la fundamental limitación de la pena de muerte, es decir, una reforma del derecho penal conforme a los principios sostenidos por Montesquieu y Voltaire<sup>80</sup>. En 1778 publicó su traducción de la obra de Beccaria con notas<sup>81</sup>, en cuya introducción se remite frecuentemente a Thomasius —más que a Montesquieu— sosteniendo la necesidad de una neta distinción entre el delito y el pecado y, por ende, entre el derecho y la moral. Considera que el delito, es decir, el ilícito jurídico, es sólo la acción externa con que se ofende o daña a otro. Este criterio será firmemente seguido por Feuerbach, quien cita mucho a Hommel en este sentido<sup>82</sup>. En 1775 aparece una obra práctica de Hommel, fruto de su experiencia

<sup>80</sup> SCHMIDT, EBERHARD, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1951, p. 209.

<sup>81</sup> HOMMEL, KARL FERDINAND, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*, 1778 (hay reed. 1966).

<sup>82</sup> Cfr. CATTANEO, op. cit., pp. 134-135.

judicial<sup>83</sup> y después de su muerte sus *Pensamientos filosóficos sobre el derecho criminal* (1784)<sup>84</sup>. En general, sus puntos de vista fueron coincidentes con los de Beccaria, aunque en muchas preguntas particulares se apartó del mismo, con amplia libertad de opinión, como por ejemplo, en la cuestión de la pena de muerte, afirmada en virtud de su práctica judicial y de las necesidades que creía ver emerger en el curso de la misma, conforme a las costumbres de la época.

En 1770 aparece una de sus más importantes obras, con el extraño título de *Recompensa y pena conforme a las leyes turcas*<sup>85</sup>. Ese título obedece, como el mismo Hommel lo explica, a que "turca se dice de la religión en que todo es inevitable". Se trata de una profunda y casi radical crítica al derecho penal de su época, fundada en el principio determinista, conforme al cual Hommel enraizaba con el pensamiento fatalista (luterano y calvinista). Cabe observar que la ilustración alemana era indeterminista, fundamentalmente porque la emprendía contra la reforma, en tanto que Hommel, pese a ser un ilustrado, parte del presupuesto contrario. Sucede que Hommel había estado inclinado en su juventud por los estudios de matemáticas y de física, pero su padre le impuso el estudio del derecho, habiéndole quedado siempre una concepción newtoniana que tuvo oportunidad de aplicar cuando en esta obra ataca al derecho penal de su época desde el ángulo del determinismo, afirmando que la pena debe servir para determinar al hombre, debiendo presuponer, por ende, la determinación y la determinabilidad. Consecuentemente, su teoría de la pena fue relativa y básicamente de prevención general<sup>86</sup>.

Así como en Alemania el más importante penalista ilustrado fue Hommel, en Austria fue *Josef von Sonnenfels* (1733-1817). Este autor había estudiado filosofía en Viena, sirvió en el ejército y tardíamente se dedicó a los estudios jurídicos, materia en la que se graduó en 1763. Fue profesor de ciencias políticas en la Universidad de Viena. Hombre de grandes dotes intelectuales, políglota y

<sup>83</sup> *Karl Ferdinand Hommels Teutscher Flavius. Das ist Volständige Anleitung sowohl bey bürgerlichen als peinlichen Fällen Urthel Abzufassen, worinnen zugleich die Advokaten bey rechtlichen Klagen und Vorbringen, die Schlussbitte behörig einzurichten, belehret werden*, Beyreuth, 1775.

<sup>84</sup> HOMMEL, *Philosophische Gedanken über Criminalrecht*, Breslau, 1784.

<sup>85</sup> HOMMEL, *Über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetze*, 1772, reed. Berlín, 1970.

<sup>86</sup> ZAHN, K. v., *K. F. Hommel als Strafrechtsphilosoph und Strafrechtslehrer*, 1911.

de pluma elegante, brilló en la sociedad de su tiempo<sup>87</sup>. En sus "Principios" —que aparecen por vez primera en 1765<sup>88</sup>— al igual que en su obra *Sobre la supresión de la tortura* (1775)<sup>89</sup> defiende decididamente las ideas de Montesquieu y Beccaria. Se decide abiertamente por el principio de proporcionalidad en la individualización de las penas, partiendo de la teoría de la coacción psicológica de Pufendorf. Libró una campaña importantísima contra la tortura y la pena de muerte. A la última la combatía por considerarla innecesaria, en lo que no tuvo éxito respecto de la Teresiana, que fue sancionada en 1768. No obstante, a poco de andar, José II compartía los criterios de Sonnenfels y también el Canciller Conde Blümenegen, suprimiéndose la tortura por decreto imperial del 2 de enero de 1776.

"La influencia ejercida por Sonnenfels sobre el desarrollo del derecho penal austríaco se extendió luego a las reformas de 1787 y 1809, para cuya preparación se acudió a él en ambas oportunidades"<sup>90</sup>.

127. Lardizábal. Manuel de Lardizábal y Uribe nació el 22 de diciembre de 1739 en la hacienda de San Juan del Molino, en Tlaxcala, México. Hacia los veinte años se trasladó a España donde continuó los estudios que iniciara en México, graduándose en la Universidad de Valladolid. Llegó a Madrid en pleno reinado de Carlos III, es decir, en pleno esplendor de la Ilustración española, y en 1776 el Tribunal Supremo le encomendó un extracto de las leyes penales de España. Se han suscitado dudas acerca de un posible proyecto de código penal español, que habría confeccionado y que se habría perdido. Escribió un *Discurso preliminar del Fuero Juzgo*<sup>91</sup>. En 1782 había publicado su famoso *Discurso sobre las penas*, que es el que le vale el rango que ocupa en la historia del penalismo europeo, por cierto que no siempre suficientemente re-

<sup>87</sup> Sobre Sonnenfels, MÜLLER, WILIBALD, *Josef von Sonnenfels*, Wien 1882; LUSTKANDL, W., *Sonnenfels und Kudler*, Wien, 1891.

<sup>88</sup> SONNENFELS, *Grundsätze der Polizey, Handlung, und Finanz*, Wien, 1798.

<sup>89</sup> SONNENFELS, *Ubet die Abschaffung der Tortur*, Zürich, 1775 (reimp. 1970).

<sup>90</sup> Cfr. SCHMIDT, EB., *Einführung*, p. 211. De Sonnenfels también *Ubet die Stimmenmerheit bey Kriminal-Urtheilen*, Wien, 1808.

<sup>91</sup> Se publica en la edición que del Fuero Juzgo hizo la Academia.

conocido<sup>92</sup>. Fue el primer penalista nacido en tierra de América Española, apelado el "Beccaria español". Caído en desgracia por razones políticas al advenir el absolutismo monárquico, fue luego parcialmente reivindicado y ya anciano, no se plegó a los liberales. Murió en la Navidad de 1820, a los ochenta y un años de edad<sup>93</sup>.

Lardizábal reconoció en su obra la deuda con el Iluminismo de su tiempo<sup>94</sup>. Rechazaba el contractualismo en la versión de Rousseau, afirmando que el hombre nació para vivir en sociedad<sup>95</sup>, apelando para ello a la verdad revelada<sup>96</sup>, siguiendo la tradición escolástica, que afirma que a esta conclusión se llega por la fe y por la razón. No obstante, afirma que las penas se fundan en el contrato<sup>97</sup>, negándola en el estado natural, en que todos los hombres eran iguales, en tanto que la pena presupone la superioridad del que la aplica. En este sentido parece acercarse a la versión de Filangieri: "cuando los hombres, para evitar las incomodidades y males que necesariamente trae consigo la vida solitaria, se unieron en sociedad, es evidente que para que ésta pudiera conservarse, todos y cada uno de ellos renunciaron voluntariamente una parte de su libertad", depositándola en manos de la comunidad o de la cabeza que eligieron, "para poder gozar con más seguridad de la otra parte que se reservaban"<sup>98</sup>. Casi de inmediato recuerda la advertencia bíblica que hace presente a los gobernantes que el poder que tienen lo han recibido del Señor.

<sup>92</sup> *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma por Don Manuel de Lardizábal y Uribe, del Consejo de S. M. su Alcalde del Crimen y de Hijosdalgo de la Real Chancillería de Granada*, Madrid, 1782, por Don Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S. M. con las licencias necesarias (se reproduce en la "Rev. de Est. Penit.", nº 174, Madrid, julio-setiembre de 1966, con estudio preliminar de José ANTON ONECA).

<sup>93</sup> Sobre Lardizábal: BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *El primer penalista de América Española*, México, 1957; del mismo en LL, 1958 (89), pp. 801 y ss.; RIVACOBA y RIVACOBA, MANUEL DE, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Santa Fe (Arg.), 1964 (con una completísima bibliografía en pp. 101-2); ANTON ONECA, JOSÉ, *El derecho penal de la Ilustración y Don Manuel de Lardizábal*, en la cit. edición del *Discurso*, pp. 5-36; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, I, 284; SALDANA, QUINTILLANO, *Historia del derecho penal en España*, en adición al "Tratado" de FRANZ VON LISZT, Madrid, 1926, 370 y ss.; DEL ROSAL, I, 184; SALDANA, en "Criminalia", Méx., 1937-7, 390, 1; GARRIDO, LUIS, en la misma, 1947, 356-8.

<sup>94</sup> *Discurso*, p. 43.

<sup>95</sup> *Idem*, p. 47.

<sup>96</sup> *Idem*, p. 56.

<sup>97</sup> *Idem*, p. 55.

<sup>98</sup> *Ibidem*, también pp. 78-79.

No le falta razón a Rivacoba cuando afirma que más auténtico producto de la Ilustración fue Lardizábal que Beccaria. Al menos, lo que parece incuestionable es que Lardizábal tenía poco de revolucionario; su planteo es un difícil equilibrio, en el que se pretende mejorar el estado de las cosas de la época, pero al mismo tiempo apuntalar al régimen.

No es nuestra tarea abrir juicio aquí sobre la verdadera intención de Lardizábal. Llevan razón los españoles cuando afirman que era hombre de mayor formación jurídica que Beccaria, aunque dudamos que superase a Filangieri. Lardizábal opera siempre con gran ambigüedad: parece escandalizarse de Rousseau y considera "impíos" sus conceptos<sup>99</sup>, pero luego concede a la religión un valor instrumental: "Si a los hombres —dice—, inclinados ya por su naturaleza misma a la libertad y a la independencia, se les quita el freno y el saludable temor de la religión, ¿qué puede esperarse sino alborotos, sediciones y desórdenes monstruosos, que teniendo en una agitación continua a la república, la precipiten al cabo en la anarquía, y por consiguiente en su total ruina? Tales son los gravísimos daños y funestas consecuencias, que deben seguirse naturalmente del contrato social en los términos que le establece Rousseau y los que le han copiado después"<sup>100</sup>. ¿Qué clase de católico es este que le concede a la religión la función de freno a la anarquía?

Lardizábal se revelaba contra la consideración del hombre como cosa<sup>101</sup>, al igual que Beccaria<sup>102</sup>, oponiéndose a que se confundan las personas con las cosas, las vidas con los bienes. No obstante, con un pensamiento aparentemente lógico, elude las consecuencias de su afirmación, mostrando en su real magnitud la justificación de un derecho penal destinado a castigar a los pobres, aunque critique sus excesos: "El que invade los bienes de otro sin perjudicarle en su persona, debería ser castigado con penas pecuniarias; pero si no tiene bienes, como sucede muchas veces, no debe quedar el delito impune. En todos estos casos y otros semejantes, es necesario imponer otras penas; pero procurando apartarse siempre lo menos posible de la analogía que debe haber entre la pena y el delito: regla que no se ha observado en algunas de nuestras leyes"<sup>103</sup>.

En cuanto al principio de legalidad, lo funda en concepciones prácticas, a diferencia de Beccaria, que lo derivaba del contrato.

<sup>99</sup> Idem, p. 58.

<sup>100</sup> Ibidem.

<sup>101</sup> Idem, p. 59.

<sup>102</sup> BECCARIA, § XXVII; sobre ello acertadamente, MONDOLFO, RODOLFO, op. cit., pp. 45-49.

<sup>103</sup> LARDIZÁBAL, op. cit., p. 61.

Entre estas razones prácticas, opera un papel importante la prevención general<sup>104</sup>, aunque no lleva las cosas hasta el límite de la intimidación. El principio de legalidad, así fundamentado, se encuentra enturbiado por la apelación al “espíritu de la ley”. En cuanto a la pena, según Lardizábal, persigue un fin de utilidad pública, que se traduce en la prevención general, en la prevención especial y en el mejoramiento del delincuente<sup>105</sup>. Quizá sea esta la parte en que Lardizábal es más original y claro.

Dada la ambivalente actitud de Lardizábal, no es posible ubicar claramente su concepción antropológica. No es un aristotélico-tomista y tampoco un secuaz de Rosseau, aunque tiene elementos de ambos, y tampoco puede negarse la influencia de Pufendorf —a quien él mismo cita<sup>106</sup>— y, lo que es bastante curioso, hay en él un atisbo de concepción dialéctica de la historia<sup>107</sup>.

128. **Servan.** Antoine-Joseph-Michel de Servan nació en la antigua provincia de Dauphiné el 3 de noviembre de 1739 y a la temprana edad de veintidós años fue nombrado Abogado General del Parlamento de Grenoble, pronunciando un notable discurso de ingreso<sup>108</sup>. Al año siguiente publicó otro que se hizo más célebre, sobre la justicia penal<sup>109</sup>. La intensa vida de estudio que llevó por esos años le avejentó considerablemente, pero muy joven era cuando se carteaba con los más distinguidos representantes de la Ilustración francesa<sup>110</sup>. Su alegato defensor de una protestante, cuyo marido pretendía la nulidad matrimonial, fundado en pretextos religiosos, para reemplazarla por una amante, aumentó considerablemente su reputación de orador y abogado<sup>111</sup>. A los treinta años, Luis XVI le ofreció un importante cargo en la corte, que rechazó por no considerarse apto para las lides cortesanas. Sus trabajos, entre tanto, merecieron el elogio de muchos hombres prominentes

<sup>104</sup> Idem, p. 72.

<sup>105</sup> Idem, pp. 77-9 y 65.

<sup>106</sup> Idem, p. 54.

<sup>107</sup> Idem, p. 48-9.

<sup>108</sup> SERVAN, *Mercuriale sur les avantages de la véritable philosophie*, en “Ouvres de Servan, Nouvelle édition augmentée de plusieurs pièces inédites, avec des observations et une notice historique, par X. de Portets”, Paris, 1822, T. III, pp. 1 y ss.

<sup>109</sup> *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, en “Ouvres”, II, pp. 1 y ss.

<sup>110</sup> V. correspondencia con VOLTAIRE, D'ALEMBERT, HELVETIUS, BUFFON, D'HOLBACH, ROUSSEAU, en T. I, pp. CXXIX a CXL.

<sup>111</sup> V. el alegato en “Ouvres”, T. I, pp. 1 y ss.



del momento, entre otros de Voltaire. Su pluma fácil y elegante incursionó por el campo literario, filosófico y pedagógico, donde replicó conceptos de Rousseau. Defendió por escrito al famoso Mesmer y aprovechó la ocasión para atacar el monopolio médico. Fue incorporado a la Academia de Lyon, pese a que estuvo siempre alejado de todo honor.

Pese a ser un monárquico convencido, en un momento fue captado para la causa revolucionaria y su nombre se ligó al de Mirabeau, con quien fue elegido diputado del tercer estado. A poco entró en conflicto con éste y publicó un folleto con pseudónimo, criticando duramente los asesinatos políticos y las confiscaciones<sup>112</sup>. Acusado en su tierra de usar sortilegios contra las cosechas bajo la Revolución, fue arrastrado junto a su mujer un día entero de comuna en comuna, logrando salvar su vida, pero viéndose obligado a pasar al destierro en Lausanne<sup>113</sup>, de donde se le permitió regresar años después, pero sin lograr que se le autorizara a residir en su lugar habitual. Pese a ello, al cambiar la situación política y aparecer el bonapartismo, fue electo senador, aunque, desconforme con el bonapartismo, renunció pretextando discretas razones de salud. Se retiró a una modesta posesión cerca de Saint-Remy, donde pasó los últimos años de su vida y murió el 3 de noviembre de 1807<sup>114</sup>.

Sus trabajos más significativos en nuestra disciplina son el *Discurso sobre la administración de justicia criminal* en 1766 y el famoso estudio *De la influencia de la filosofía sobre la instrucción criminal*<sup>115</sup>. En ambos trabajos, Michel de Servan se nos presenta como la figura penal de la Ilustración francesa y, en esa medida, más identificado con Montesquieu que con Beccaria. Servan es, en otras palabras, la voz del despotismo ilustrado en Francia, en el campo penal. El primer trabajo de 1766 (el *Discours*) puede mover a engaño, porque lo escribió bajo la impresión de la reciente obra de Beccaria, criticando fuertemente la "cuestión previa" (tortura procesal) y otras instituciones atroces, pero proclamando también que las reformas que proponía serían dignas "del príncipe más amado que jamás hubo; las leyes más equitativas y más dulces bajo

<sup>112</sup> *Des assassinats et de vols politiques, ou des proscriptions et des confiscations*, en "Ouvres", T. III, pp. 365 y ss.

<sup>113</sup> V. sus escritos críticos de la Revolución en el T. V de las "Ouvres".

<sup>114</sup> V. PROTETS, X. DE, *Notice sur la vie et les ouvrages de Michel de Servan*, en "Ouvres", T. I, pp. VII a CXXVII.

<sup>115</sup> T. IV, pp. y ss.

el reinado de Luis 'El Bienamado' " <sup>116</sup>. En el segundo estudio se presentó más alejado del pensamiento del milanés y en una actitud muy parecida a la de Lardizabal en España.

El segundo trabajo de Michel de Servan muestra una mayor madurez y precisión científica. Critica en los filósofos lo que llama el "espíritu de sistema", pregonando la necesidad de limitarse al establecimiento de leyes parciales, sin pretender alcanzar los principios generales que todo lo gobiernan, pretensión que lleva al error, en el que considera que cayeron numerosos filósofos, entre los que menciona a Descartes y a Leibnitz. Atribuye a este "espíritu de sistema" el principio político de la "soberanía del pueblo" de Rousseau, que critica por irrealizable y abstracto, afirmando que las leyes son, aún menos que las otras cosas, susceptibles de reducirse a un sistema común y, en particular, las leyes criminales. Asegura que sólo puede establecerse la relación entre el sistema de gobierno, las costumbres y la religión, por un lado, con las leyes penales por el otro, considerando que las mejores leyes penales son las que mejor se adaptan al correspondiente sistema de gobierno <sup>117</sup>.

Entendía Servan que la verdadera naturaleza del delito era el daño público o social y no el daño particular. Como consecuencia de esto derivaba la imposibilidad de penar el pensamiento y las acciones cuyas penas serían peligrosas o simplemente inútiles <sup>118</sup>. Aquí se ve muy limitada, pese a estas afirmaciones, su anterior admiración por Beccaria.

"Se pueden reprochar a la filosofía —decía— algunos errores peligrosos sobre las penas; ha llevado demasiado lejos la mitigación y, sobre todo, demasiado precipitadamente para la época. La filosofía ha pedido a grandes gritos la abolición de la pena de muerte, pero esta demanda es un error, un exceso de humanidad misma" <sup>119</sup>. Justificaba la pena de muerte como adecuada a lo natural, porque afirmaba que la misma naturaleza hace a veces monstruos que es necesario eliminar. Hay en él una rudimentaria y no explicada teoría del "criminal nato": "es necesario recalcar —dice más adelante— que hay hombres nacidos malamente, especie de frenéticos, crueles por temperamento, y que esos hombres deben ser tratados como bestias feroces" <sup>120</sup>.

Agregaba que en casos de revolución, en que se cambian todas las instituciones y se pierde el freno de la costumbre y la religión, co-

<sup>116</sup> V. "Ouvres", T. II, p. 96.

<sup>117</sup> V. "Ouvres", T. IV, p. 17.

<sup>118</sup> T. IV, p. 27.

<sup>119</sup> T. IV, p. 31-32.

<sup>120</sup> T. IV, p. 196.

metería un error el gobierno que pretendiese mitigar las penas y la filosofía misma le engañaría si así se lo aconsejase.

Michel de Servan defendía a la religión, pero de la misma manera que Lardizabal, es decir, como valor instrumental de control del poder: "Otra ventaja de la religión es que frecuentemente agota la fuente misma de los crímenes, influyendo directamente sobre las costumbres. Lo que la legislación debe conservar con el mayor esmero no es la espada de la justicia que castiga al malvado, sino el freno que lo sujeta. ¿Qué servicios prestará la filosofía si, no satisfecha con desafilar la espada, destrozara el freno?"<sup>121</sup>.

Servan propuso una clasificación de los delitos en cuatro grupos, que correspondían a su clasificación de las leyes y que pretendía extraer como sistema de la razón misma: a) delitos contra las leyes *políticas*; b) delitos contra las leyes *civiles*; c) delitos contra las leyes *religiosas*; y d) delitos contra las leyes de la *opinión*.

Distingue el concepto de *crimen* del de *delito*, vinculado el primero a las leyes naturales y el segundo a las positivas. Los delitos dañan para él a la sociedad entera: "Llamo delito —dice— a toda acción que daña a la sociedad política, sea haciendo lo que las leyes prohíben como dañoso, sea no haciendo lo que ordenan como necesario"<sup>122</sup>. Rechaza de plano la clasificación de los delitos en "públicos" y "privados", porque dice que afecta al primer principio de las leyes criminales: "todo lo que causa un daño a cualquier miembro de la sociedad lo causa a la sociedad misma". Tampoco acepta la clasificación de Montesquieu, porque considera que los delitos que afectan la seguridad de los ciudadanos se confunden con los que afectan su tranquilidad.

Conforme a los cuatro grandes grupos en que divide los delitos, desarrolla un cuadro general de los mismos, según el cual los delitos políticos se subdividen en delitos: a) contra el Estado y la sociedad civil; b) contra el Poder Legislativo o el soberano; c) contra el poder ejecutivo o el príncipe; y d) contra el poder judicial o el magistrado. En la explicación de estos delitos se observa claramente el esfuerzo de razonamiento para justificar el antiguo régimen, haciendo toda una construcción para coartar la libertad de expresión, reunión y asociación. Afirma también que en una democracia el delito de lesa majestad, por afectar al pueblo mismo, es más grave que en una monarquía.

Las leyes civiles constituyen para él el derecho del particular, suponiendo siempre los delitos contra ellas un cierto peligro para el ofensor y el ofendido. Estos delitos son más graves cuando hay mayor peligro para el ofendido y menor para el ofensor, lo que es un prin-

<sup>121</sup> T. IV, pp. 33-4.

<sup>122</sup> T. IV, p. 35.

cipio general de validez contemporánea <sup>123</sup>. Estos delitos los subdivide en: a) delitos contra la existencia o las personas; b) delitos contra la propiedad, y c) delitos contra el honor.

Los delitos contra las leyes de opinión son los delitos contra las costumbres. Reconoce por último, que también hay delitos "mixtos" <sup>124</sup>.

Servan proporciona algunos criterios para determinar la gravedad de los delitos, siendo algunos muy sagazmente deducidos, pero en general, no logra demostrar satisfactoriamente cómo los daños particulares se convierten en daños públicos, pese a que se plantea el interrogante. Entre otros criterios, señala que cuantas más facilidades tiene el ofensor para cometerlo, más grave es el delito, porque genera mayor inseguridad. Tampoco le pasa por alto el elemento subjetivo: "La intención no puede ser conocida ni medida, sino por hechos ciertos. La intención, así probada por los hechos puede dar la medida de los delitos. Según las leyes naturales, es suficiente que la intención de dañar sea probable, para ser imputada como delito, pero según las leyes políticas, es necesario que esta intención sea evidente" <sup>125</sup>.

Reconoce también el carácter sancionador del derecho penal <sup>126</sup>. Sostiene una teoría mixta de la pena: "El principio más general sobre las penas es que cada pena sea siempre suficiente y jamás excesiva. La pena es suficiente cuando repara, en lo posible, el daño sufrido, y cuando es capaz de corregir o de contener en el futuro, no sólo al culpable, sino también a aquéllos que estuviesen tentados de imitarle. Toda pena que no alcance ese fin es insuficiente; toda pena que lo sobrepase es excesiva" <sup>127</sup>.

Rechazaba Servan la pena de destierro por considerarla un acto de agresión hacia el Estado vecino al que se introducía un malhechor y la de confiscación por representar una injusticia para los hijos y parientes del delincuente. En cuanto a la prisión, la aceptaba como medida preventiva, es decir, como instituto procesal, pero la rechazaba como pena con curiosos argumentos: "La prisión jamás debe ser ordenada por las leyes en calidad de pena. Toda pena se inflige para el bien del público antes que para mal del culpable. La primera condición de la pena es, por consiguiente, que sea pública. Toda pena debe ser un espectáculo, y la prisión

<sup>123</sup> T. IV, p. 108.

<sup>124</sup> T. IV, p. 129.

<sup>125</sup> T. IV, p. 166.

<sup>126</sup> T. IV, p. 180.

<sup>127</sup> T. IV, p. 195.

es un acto secreto”<sup>128</sup>. Más adelante expresaba que “ningún ciudadano debe ser aprisionado, sino en el caso en que su libertad fuese muy probablemente más nociva que útil al público”, agregando que “la prisión, aunque fuese de un demente, debe ser reglada conforme a este principio; en tanto que esta demencia no lo haga peligroso para los demás, un juez no debe admitir que se lo encierre en una casa pública, pues la libertad es un bien, incluso para este hombre”<sup>129</sup>. Este último concepto tiene plena vigencia en las legislaciones contemporáneas civilizadas.

El sistema de Servan, con toda su carga de despotismo ilustrado, no ha sido intrascendente. Estudiando cuidadosamente el código francés, veremos que su metodología está bastante reflejada en la sistemática del mismo, aunque no pueda identificársela.

129. Mello Freire. Pascoal José de Mello Freire dos Reis (1738-1798) nació en Ansiao el 6 de abril de 1738 y murió en Lisboa el 24 de setiembre de 1798. En 1757 —a los diez y nueve años— se doctoró en Coimbra. En 1781 fue designado catedrático en Coimbra, desempeñando luego otros cargos importantes como juez de corte y consejero real, miembro de la Real Academia de Ciencias de Lisboa. Su obra científica se compone de una trilogía: una historia del derecho portugués, unas Instituciones del derecho civil, público y privado, y sus Instituciones de derecho criminal<sup>130</sup>.

Su pensamiento penal está altamente marcado por las influencias de Beccaria y de Filangieri, pero se observa en su estilo la solidez de la exposición jurídica alemana. En 1793 dejó la docencia, dedicándose a la elaboración de dos proyectos de códigos, uno de derecho público y otro de derecho criminal. Concluidos sus trabajos, entró en seria polémica con el revisor de los mismos, Antonio Ribeiro dos Santos, opuesto a sus ideas progresistas. Su historia del derecho portugués fue censurada a causa de no aceptar el poder real ilimitado.<sup>131</sup>

Su proyecto de código de derecho criminal, considerando el momento en que fue proyectado, constituye un avance notable fren-

<sup>128</sup> T. IV, p. 215.

<sup>129</sup> T. IV, pp. 229-230.

<sup>130</sup> *Historia Juris Civilis Lusitani*, Lisboa, 1788; *Institutiones Juris Civilis Lusitani, cum Publici tum Privati*, Lisboa, 1789; *Institutiones Juris Criminalis Lusitani*, Lisboa, 1789.

<sup>131</sup> Una biografía más detenida y completa bibliografía en Serrao, Joel, *Diccionario de Historia de Portugal*, pp. 249-250.

te a la legislación portuguesa, sumamente atrasada en materia penal. Se trata de un texto de sesenta y seis títulos, que abarca el derecho penal de fondo y el procesal penal. En su introducción cita, entre otros, a Beccaria, Montesquieu, Servan, Locke, Rousseau, Vermeil, Voltaire, Blackstone, etc., lo que da una clara idea de su tendencia, bien manifiesta, por otra parte, desde que, refiriéndose a las leyes penales de la Europa de su tiempo dice que “en todas vemos decisiones no sólo injustas y crueles, sino incongruencias y contradicciones monstruosas entre las mismas leyes y sus circunstancias, entre los principios de la naturaleza y las mismas instituciones civiles”<sup>132</sup>.

Su obra más interesante en lo doctrinario son sus *Institutionis Juris criminalis lusitani*, publicadas en Lisboa en 1789<sup>133</sup>, donde define al delito como “una acción ilícita admitida espontáneamente y perjudicial a la República o a los particulares”, de lo que deduce que la acción no es delito, aunque sea ilícita, cuando no fue determinada a lesionar a otro, como tampoco, que no es ilícito el crimen que se comete en estado de locura, furor, embriaguez completa, o a causa de error, ignorancia de hecho o ignorancia involuntaria e invencible de derecho. Sostiene que los “melancólicos” no tienen capacidad para cometer delitos. Tampoco cometen delito los que están sumergidos en sueño profundo, los que se hallan bajo los efectos de la ira similar a la locura, provocada por otros con palabras, los impúberes ni los que se hallan impelidos o aterrorizados por coacción externa.

Precisa que el pensamiento no puede ser penado, y reclama una ley que permita disminuir la pena para los delitos tentados. Considera también el caso fortuito y aclara muy expresamente que “la acción ilícita inofensiva a la sociedad civil o a los ciudadanos, así como la embriaguez privada, la ambición o la mentira, pero que no hayan lesionado el derecho de otro, no son delito”. “Se deben distinguir los pecados y los vicios de los hombres, de los delitos públicos y particulares”. El principio de reserva lo expresaba como garantía de libertad civil: “Los ciudadanos pueden, libre e impu-

<sup>132</sup> Código criminal intentado pela Rainha Maria I. Autor Pascoal José de Mello Freire, Lisboa, 1823, p. IX.

<sup>133</sup> PASCHALIS JOSEPHI MELLII FREIRII, *Institutionum Juris Criminalis Lusitani, Liber Singularis, Coninbricae*, 1842 (debo agradecer el ejemplar al Dr. Don Alberto Silva Franco, de San Pablo); hay citas parciales en *Antología do pensamento jurídico português*, en “Boletim do Ministerio da Justiça”, nº 49, julio de 1955, pp. 67-75 (este último y otros materiales referidos al autor debo agradecerlos a la gentileza del Sr. Embajador en Portugal, Prof. Américo Ghioldi).

nemente, hacer todo lo que no está prohibido expresamente en las leyes de la ciudad. Y aquí está el efecto necesario de la libertad civil". "Llábase libertad civil a aquélla que compete al hombre en su condición social. Consiste en la facultad, de la que hace uso cualquier hombre, de hacer todo por su propia voluntad, todo, claro está, lo que es permitido por la ley. Provee a la confianza que los ciudadanos tienen en la ciudad bien ordenada, de que no soportarán absolutamente nada que no sea justo tolerar, libertad ésta que depende, sobre todo, de las leyes criminales, que restringiendo la libertad natural, mandan que los ciudadanos hagan ciertas acciones, omitan otras, sancionando el castigo por la violación de éstas". Considera que cuando la sociedad es la que comete una injusticia contra el ciudadano, debe considerársela una sociedad delincuente.

El fundamento de su pensamiento penal es contractualista: "el derecho de penar nace de la renuncia de los derechos que competen a los ciudadanos entre sí y en relación a los otros, lo que tiene por fundamento el pacto social". Define a la pena como "un mal físico causado por un mal moral infligido por el que tiene el derecho de obligar". Su criterio acerca de la pena es claramente receptor de las ideas de Montesquieu: "La pena debe ser, tanto como sea posible, igualada al delito y debe ser establecida según su naturaleza e índole. Así, los que violan la religión deberán ser castigados con cosas que nazcan del mismo culto, aquellos que desprecian las buenas costumbres y la honestidad de la vida, serán despreciados por los otros y reprimidos por la deshonra y señalados por la infamia, los perturbadores del orden público serán desterrados de la ciudad o se les quitará la libertad, a los que ofenden la seguridad de los ciudadanos, o que causan daño en su cuerpo, en su felicidad o en su fama, se les penará en su cuerpo, se les multará con dinero o sufrirán daño en su buena fama".

En cuanto al fin de las penas, reproduce Mello Freire el pensamiento de Séneca: "En la punición de las injurias se sigue esta triple ley, que el príncipe también debe seguir: o para que enmiende a aquél a quien pena, o para que su pena haga mejor a los otros, o para que, sacados los malos, los otros vivan más tranquilos". "Por lo tanto —agregaba Mello Freire— es injusta la venganza, enteramente ajena al deber, a la dignidad y a la humanidad del gobernante, pues el simple castigo ni se dirige a la enmienda del delincuente ni a la preservación de los otros". Destacaba, con las correspondientes citas de Séneca, Platón y Aristóteles, el fin preventivo de la pena.

Si bien la obra legislativa de Mello Freire no fue inmediatamente receptada en Portugal, tuvo gran influencia en la redacción del código de Brasil, dado que uno de sus autores había sido su discípulo en Coimbra.

130. Livingston. Nació en Clermont (Columbia) el 28 de mayo de 1764 y en 1782 comenzó sus estudios de derecho en Albany, después de estudiar francés y alemán en su casa materna, siendo admitido en la Barra de Abogados en 1785. En 1794 fue elegido para el Congreso y en 1795 propuso la revisión de la ley penal de los Estados Unidos por considerarla demasiado sanguinaria y cruel. En 1803 sufrió un serio revés económico que le hizo cargar con una deuda enorme, a la que tuvo que hacer frente hasta saldarla con el Gobierno largos años después. En razón de esta obligación patrimonial se trasladó a New Orleans, comenzando a ejercer la profesión. En 1812 se distinguió como intérprete y ayudante del Gral. Jackson, a quien le proyectó varias órdenes y proclamas, dirigiendo las negociaciones con los británicos sobre cambio de prisioneros. En 1820 fue elegido representante en la legislatura de Louisiana y al año siguiente se le encomendó la revisión del código penal, tomando contacto nuevamente con sus primitivos intereses intelectuales, releyendo a Bentham, a quien escribió manifestándole que eran sus escritos los que habían dado orden a sus ideas y le habían llevado a considerar a la legislación "como una ciencia gobernada con ciertos principios". Cuando su trabajo para Louisiana estaba listo, un incendio lo destruyó y tuvo que rehacerlo, presentándolo en definitiva en 1825<sup>134</sup>. En 1828 fue elegido senador federal por Louisiana y en ese mismo año adaptó su sistema para Louisiana a la legislación penal federal de Estados Unidos, presentándolo como sistema para ésta<sup>135</sup>, lo que no tuvo trascendencia, puesto que nunca fue considerado. En 1831 fue nombrado por Jackson Secretario de Estado y dos años después embajador en Francia, donde tuvo por misión reclamar el pago de las deudas de la guerra napoleónica, lo que le acarreo un serio conflicto que determinó que renunciase en 1835. Regresó a Estados Unidos y a

<sup>134</sup> V. MALONE DUMAS, *Dictionary of American Biography*, edited by... N. York, 1933, T. XI, pp. 309-312.

<sup>135</sup> V. *Exposé d'un système de législation criminelle pour l'Etat de la de la Louisiane et pour les Etats-Unies d'Amérique*, par Edward Livingston, précédé d'une préface par M. Charles Lucas et d'une notice historique par M. Mignet, Paris, 1872 (dos volúmenes).



poco, falleció sorpresivamente en su propiedad de "Montgomery Place", el 23 de mayo de 1836<sup>136</sup>.

Según Lucas, "en los primeros bocetos de ese bello monumento que habría de elevar a la legislación criminal, Livingston escribió sobre el frontispicio las dos reformas: abolición de la pena de muerte y sistema penitenciario"<sup>137</sup>.

En efecto: los dos pilares sobre los que asentó su proyecto para Louisiana, del que nos hemos ocupado<sup>138</sup> y luego su adaptación para la legislación penal federal, fueron los indicados por Lucas. La posición asumida filosóficamente por Livingston parece acercarlo más a Bentham —es decir, al utilitarismo— que al racionalismo, lo que resulta cierto si se tiene en cuenta sólo su primer trabajo para Louisiana. No obstante, allí ya Livingston mostraba cierta inclinación que pronto se manifestaría en más clara tendencia: el informe de Livingston en 1822 no había receptado todavía ideas racionalistas, pero en su trabajo definitivo es quizá quien con mayor claridad rebate el argumento de la defensa social y expresa con ello un fundamento sumamente serio contra la pena de muerte.

Expresa en su trabajo definitivo con toda claridad su cambio de posición: "En aquella época, expresé la opinión de que el derecho de penar de muerte podía ser establecido en los casos en que la importancia del objetivo a obtener y la necesidad preventiva de esta pena estuviesen suficientemente demostradas. Pero ahora niego esa necesidad. Al revistar esta parte del informe he pensado que era necesario algún esclarecimiento. La existencia es el primer don que el hombre recibe del Creador, existencia que no sólo se acompaña del instinto de conservación y de propagación de la especie, sino también de una disposición social (y no puramente agregativa) que actúa espontáneamente, en forma tal que a menos de remontarse al primer hombre no hay modo de imaginar —y menos aún de señalar— un estado distinto del de sociedad. Es así que el hombre ha sido creado para la sociedad y el Creador del hombre ha querido su conservación; y como el Creador actúa por las leyes generales y no por las intervenciones especiales, toda sociedad primitiva ha estado investida, al igual que cada uno de sus miembros, de ciertos derechos naturales y de ciertos deberes correspondientes, anteriores en fecha y superiores en autoridad a todos

<sup>136</sup> V. la noticia histórica de MIGNET en op. cit.; MALONE, op. cit.; HUNT, H., *Life of Edward Livingston*, 1864; MOORE, E. H., *The Livingston Code*, en "Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology", noviembre de 1928, pp. 344-363, con muy buena información bibliográfica.

<sup>137</sup> LUCAS, op. cit. en *Exposé...*, cit., T. I, p. 4.

<sup>138</sup> *Supra*, T. I.

los que puedan resultar de cualquier acuerdo mutuo. El primero de estos derechos, absolutamente incontestable, tanto para el individuo como para la sociedad, es el de conservar la existencia que ha recibido de la Omnipotencia divina que creó al hombre para el estado de sociedad, y el deber correspondiente y mutuo, tanto del hombre como de la sociedad, es la defensa de este derecho. Pero, toda vez que el derecho está dado, igualmente deben estar dados los medios de conservarlos". Dado que ambos tienen el derecho de mantenerse, cuando se hallan en la alternativa en que ambos colisionan, entran en colisión tanto los derechos de defenderse como los correlativos deberes. "En consecuencia, expresa Livingston, el derecho de que hablo está probado tanto en relación al individuo como a la sociedad, siendo un derecho estrictamente defensivo, que no puede ser ejercido sino durante el tiempo que dura el peligro, es decir, durante el tiempo en que permanece el interrogante acerca de cuál de ambos sobrevivirá (si el agresor o la parte atacada, sea individuo o sociedad). Antes o después de este momento crítico no hay ninguna defensa personal, pues el derecho respectivo de conservar la existencia es entonces coexistente y legal, pero no opuesto, siendo entonces injusto que uno prive de él al otro"<sup>139</sup>.

Afirmaba así concluyentemente: "Creo de este modo haber probado lo que adelanté: ese derecho a infligir la muerte existe, pero sólo en la defensa personal del individuo o de la sociedad, y está limitado al caso en que no hay otra alternativa para alejar la inminencia de la destrucción"<sup>140</sup>.

En cuanto a sus ideas acerca de las penas, es decidido opositor de las penas corporales y de toda medida que pueda degradar al sujeto —como la picota—, que no tienen otro resultado que inducir al crimen y envilecer a los que las sufren. Tiende a actuar más sobre el alma que sobre el cuerpo del delincuente y prevé para ello varias especies de penas: prisión simple, prisión con trabajo y prisión solitaria, que emplea según las formas de perversidad moral. Entre los sistemas de Auburn y Filadelfia, es decir, entre el aislamiento nocturno y el trabajo en común en silencio diurno y el aislamiento total, propone un sistema combinado. Así, le coloca en soledad para que reflexione, en prisión para que sienta la privación de la libertad, en trabajo, para prevenir la ociosidad y le agrega la instrucción aislada y en común. Su sistema abarca casas de detención para procesados, de corrección para menores de 18 años, de penitencia para los mayores y de refugio para los liberados. Comentando este sistema, dice Mignet que en él hay "lugares de de-

<sup>139</sup> LIVINGSTON, *Exposé*... cit., T. I, p. 345.

<sup>140</sup> *Idem*, p. 347.

tención donde se los custodia a disposición de la ley, hospitales penales donde se los cura en su nombre, establecimientos de convalescencia que sirven para pasar del régimen de enfermedad al de salud moral, de la prisión a la sociedad”<sup>141</sup>.

Las ideas de Livingston fueron de gran importancia en la legislación comparada, pese a que no obtuvieron sanción en su país en forma inmediata. En cuanto a su filiación, nos inclinamos a creer que se trata de un racionalista, particularmente por sus afirmaciones jusnaturalistas, totalmente extrañas al planteo utilitarista. Su racionalismo se ve empañado por el tratamiento penal diferenciado propugnado a los esclavos y a los indígenas.

Su clasificación de los delitos no es ajena a las ideas de Servan, en forma tal que parece haber seguido el modelo del que partió el código de Napoleón en este aspecto, pero no el *Code* mismo. Los autores del *Code* combinaron las ideas utilitaristas con las imperialistas, en tanto que Livingston parece haber combinado las ideas liberales no del todo ajenas a la técnica de Feuerbach con las ideas utilitaristas, fundando esas ideas liberales en un jusnaturalismo que nada tenía que ver con la concepción contractualista de la sociedad, sino más bien entroncar con Montesquieu. Livingston tuvo, además, el enorme mérito de haber demostrado que una reforma penal no es sólo un código penal, sino todo un sistema de leyes e instituciones que debe proyectarse armónicamente, problema que no parece haber sido siempre bien comprendido, particularmente en nuestro país.

131. **Romagnosi.** Giandoménico Romagnosi nació en Salsomaggiore en 1761. En 1786 obtuvo el grado doctoral en la Universidad de Parma. Tuvo cargos administrativos durante la dominación francesa, por lo que fue citado a juicio al término de la misma, siendo absuelto. Desempeñó las cátedra de derecho público de Parma, de derecho civil de Pavía y de “Alta Legislación” en Milán, en la que se jubiló en 1817. En 1806 tomó parte en la organización del tribunal de casación en Milán y en la revisión del código procesal penal. Tuvo contactos carbonarios, participando en la fundación de un periódico, y fue amigo de Silvio Pellico. Por negarse a

<sup>141</sup> MIGNET, en *Exposé... cit.*, I, XLV. Hay una edición de *Complete Works of Eduard Livingston on Jurisprudence*, 2 vols., 1873; simultáneamente con su primer trabajo en inglés, M. A. H. TAILLANDIER publicó en francés el *Rapport sur le Projet d'un code pénal fait a l'Assemblée Générale de l'Etat de la Louisiane*, con introducción y notas de TAILLANDIER y un artículo de MILL (Paris, 1825), trabajo que todavía no presenta la variante racionalista a que hicimos referencia y que se produce luego en la *Exposé cit.*

revelar un plan conspirativo informado por Pellico, fue procesado nuevamente en 1821, siendo absuelto. Era hombre de profundos conocimientos jurídicos y filosóficos, habiendo leído a los mejores de sus contemporáneos de Europa. También fue un estudioso de las ciencias físico-matemáticas, campo en el que realizó algunas observaciones importantes sobre magnetismo. Después del proceso de 1821 le fue ofrecida una cátedra en las Islas Jónicas, la que no pudo aceptar porque los austriacos no permitieron su partida de Milán. En 1833 fue nombrado miembro de la Academia de Ciencias de París. Murió en Milán en 1835. Su obra más importante para nosotros es su *Genesi del Diritto Penale*<sup>142</sup>, aunque también son de fundamental importancia su *Filosofia del Diritto* y su *Assunto primo della scienza del diritto naturale*<sup>143</sup>.

Romagnosi parte de la naturaleza social del hombre y llegará a rechazar por absurda la teoría contractualista, afirmando que el hombre no pierde ni restringe su libertad con el derecho, sino que es el único marco en que él la adquiere. Considera a la sociedad como algo distinto de la mera suma de los hombres que la integran, partiendo de la consideración de que sólo es una abstracción (o una hipótesis) el hombre considerado al margen de toda relación social.

El hombre como tal tiene derecho a la conservación, pero sostiene que su naturaleza social le da un derecho a la sociabilidad. Cuando el derecho de defensa se considera respecto del hombre es distinto que cuando se lo considera respecto de la sociedad. En este segundo sentido, sufre una mutación, que obedece a que la sociedad no se forma con la transferencia de todos los derechos de defensa de los hombres que la componen, sino que surge el derecho de ella misma a defenderse. Esto explica para Romagnosi, que la defensa, en "estado natural", consista en un "acto de alejar de sí cualquier ofensa actual, inminente o, con certeza, futura"<sup>144</sup>, pero no se admita contra una agresión que ya ha sido consumada.

A través de esta diferencia cualitativa entre la defensa del individuo y la defensa de la sociedad, Romagnosi llega a la conclusión de que el derecho de defensa de esta última también existe aunque

<sup>142</sup> ROMAGNOSI, GIANDOMENICO, *Génesis del derecho penal*, Bogotá, 1956, trad. de Carmelo González Cortina y Jorge Guerrero. La primera edición de Pavia es de 1791.

<sup>143</sup> Una amplia información bibliográfica sobre ROMAGNOSI, en "Giustizia Penale", 1936, columnas 246-7; también NUVOLONE, PIETRO, en "Trent'anni...", pp. 350 y ss.

<sup>144</sup> ROMAGNOSI, *Génesis*, p. 19.

la agresión ya se haya consumado. Romagnosi funda siempre el derecho de defensa en la necesidad, afirmando que una es la necesidad del individuo y otra la de la sociedad. "Por tanto —afirma—, contra el agresor injusto militan dos derechos: 1) el de defensa del agredido; 2) y el que le compete a la sociedad en favor de sus miembros y de ella misma"<sup>145</sup>. En el mismo sentido, precisa que "la sociedad adquiere el derecho a destruir al agresor injusto, pero no mediante la *trasfusión* del derecho del agredido en ella, sino en virtud de un derecho *proprio suyo*, distinto, simple y universal, producido por la índole misma de la agregación"<sup>146</sup>.

Este derecho de defensa indirecta que ejerce la sociedad mira al futuro, pues Romagnosi afirmaba rotundamente: "Por venganza entiendo la irrogación de un mal a un individuo, teniendo como motivo *únicamente* una agresión pasada. Luego, si el derecho penal compete a la sociedad, lo será *únicamente* en virtud de las relaciones del futuro"<sup>147</sup>. Estas relaciones de futuro serán las que harán nacer en la sociedad el derecho penal, para que ésta no sea destruída por los catastróficos efectos de la impunidad.

"Por lo tanto, con el fin de defenderse, la sociedad estará en la *necesidad* y por lo mismo en el *derecho* de eliminar la impunidad, por más que se considere como cosa posterior al delito".

"O, hablando más extensamente, la sociedad tiene derecho de hacer que la pena siga al delito, como medio necesario para la conservación de sus miembros y del estado de agregación en que se encuentran, ya que ella tiene pleno e inviolable derecho de estas cosas".

"Y así surge el momento en que *nace* el derecho penal, el cual no es en el fondo sino un derecho de defensa *habitual* contra una amenaza permanente, nacida de la *intemperancia ingénita*"<sup>148</sup>.

La sociedad se defiende infligiendo un mal al autor del delito cuyo temor haga que los otros o él mismo venzan la tentación de cometerlo en el futuro. Con este criterio, se puede argumentar que la sociedad también puede aplicar pena a un inocente, si ello sirve a la prevención general, a lo que Romagnosi responde que "cuando alguno es castigado, no lo es sino por algún *delito suyo*. Por tanto, recibe castigo a causa de un acto *derivado de él*, libre e *injusto*"<sup>149</sup>. El pensamiento de la defensa social expuesto claramente

<sup>145</sup> *Idem*, p. 97.

<sup>146</sup> *Ibidem*.

<sup>147</sup> *Idem*, 102.

<sup>148</sup> *Idem*, 105.

<sup>149</sup> *Idem*, p. 111.

por Romagnosi, con el positivismo se librará de la "libertad del acto" y de la pertenencia moral al autor, llegando a propugnar penas (que llamará "medidas") para lo que no es delito, entendidas como medidas de policía.

En síntesis, para Romagnosi, la función penal es la realización de un derecho de defensa, que no tiene la misma naturaleza que la defensa llevada a cabo por los particulares. Para que esta función defensiva fuese legítima, Romagnosi exigía: "1) Una *intimación* por parte de la sociedad, en virtud de la cual cada uno de sus miembros vea que la pena está ciertamente anexa a la ejecución del delito. 2) La *capacidad* en cada uno de los asociados para comprender esa intimación y para asociar la irrogación de la pena a la ejecución del delito. 3) La *facultad* física y moral en cada uno de esos miembros para *conformarse* a esta preconocida intimación, lo cual se llama *moralidad*"<sup>150</sup>.

Conforme a la fundamentación que da Romagnosi al derecho penal, haciéndolo hijo de la necesidad, no puede quedar otro criterio para graduar las penas que la necesidad misma. Si hay un impulso (la *spinta*) que lo lleva al delito, la medida de la pena será la estrictamente necesaria para neutralizar ese impulso: a la "spinta criminal" opondrá la pena, entendida como "controspinta penale", lo que guarda cierta analogía con Servan.

"Por consiguiente, para que la pena sea justa es absolutamente necesario que sea escogida especialmente, y que guarde proporción con la especie y el grado de fuerza de las causas que impelen al delito. es decir, que sea de tal naturaleza e intensidad, que ninguna otra pena menor posible baste para rechazar y contener los motivos que determinan el ánimo de los individuos asociados a cometer delitos".

"Si la pena no tuviese fuerza suficiente para hacer que los motivos del delito quedaran sin efecto, entonces sería frustránea, porque la causa tendría aún fuerza para efectuarlo y, por tanto, sería *injusta* para los miembros de la sociedad, que tienen derecho a ser defendidos". Si fuese excesiva, también para Romagnosi sería injusta, pues afectaría innecesariamente al individuo, excediendo en intensidad o calidad la fuerza requerida para neutralizar la *spinta criminal*<sup>151</sup>.

Puede afirmarse que Romagnosi es el fundador de todas las corrientes que con el correr de los años —hasta hoy— asignan al derecho penal la función de defensa social. Aunque Romagnosi se

<sup>150</sup> Idem, p. 128.

<sup>151</sup> Idem, p. 184.

movía con una precisión casi geométrica, con un clarísimo razonamiento, no podemos pasar por alto que el concepto de “defensa” de Romagnosi nos lleva a concluir que el bien jurídico último es la sociedad y que la conservación de los hombres y de sus bienes sólo tiene un valor mediato para la conservación de la sociedad. Romagnosi se manifestó contrario a la hipótesis contractualista, pero es un hijo del contractualismo. No concibe al hombre fuera de la relación social, pero la sociedad es algo distinto de la agregación de los hombres, es decir, de los hombres coexistiendo. De ello deduce que por ser algo distinto tiene distinta necesidad de defenderse. Es claro que su pensamiento entronca con el idealismo<sup>152</sup>, pero su “abstracción” (que es la sociedad como ente distinto) sólo puede fundarse en otra abstracción (que sería el hombre sin sociedad), porque concibiendo al hombre con sus relaciones sociales, no es posible sostener la primera abstracción. De allí que, si bien rechaza el contractualismo, su teoría no pueda tener otro fundamento que el del contractualismo: sólo con el planteo contractualista podría sostener coherentemente que los hombres al asociarse producen algo distinto de su mera agregación.

Las condiciones de filósofo de Romagnosi están discutidas<sup>153</sup>, pero lo cierto es que su *Genesis*, escrita a los veintisiete años, tiene el mérito de ser uno de los desarrollos más completos de la tesis defensiva, que deja planteadas las íntimas contradicciones de la misma: o se entiende que la sociedad es algo distinto a los hombres mismos en sociedad o no se puede hablar de defensa.

Dentro de nuestra doctrina nacional, nuestra más temprana corriente rechazó abiertamente el planteo de la tendencia defensiva. En el origen mismo de nuestra tradición penal, Carlos Tejedor manifestaba que la defensa no podía dirigirse “contra el delincuente desarmado”, porque “el derecho de defensa no sobrevive al ataque”, y que tampoco podía dirigirse contra los delincuentes futuros, porque “sería caer en el precipicio de la intimidación, y en su resultado inmediato, que es la exageración de las penas”<sup>154</sup>.

Obarrio, por su parte, discurría también por parecidos cauces: “La justicia penal —decía— no se armoniza con el derecho de defensa individual. No participa de su naturaleza ni tiene sus límites, ni encierra sus propósitos. El castigo que la sociedad impone no es una de-

<sup>152</sup> Cfr. SPIRITO, UGO, op. cit., p. 57.

<sup>153</sup> Se las niega COSTA, FAUSTO, op. cit., p. 121; en sentido contrario, SPIRITO, UGO, op. et loc. cit.

<sup>154</sup> TEJEDOR, CARLOS, *Curso de Derecho Criminal, Parte Primera, Leyes de fondo*, Bs. As., 1890, p. 6.

fensa. No puede serlo contra el mal pasado, porque ya es impracticable; no puede serlo contra el mal futuro, porque no se rechaza un daño que no existe todavía; no puede serlo contra otros delincuentes, porque no son conocidos ni se sabe si existen; no puede serlo contra el mismo culpable, porque éste ha dejado de ofender; no puede serlo, finalmente, por sus actos de lo porvenir, porque nadie puede prever si persistirá en sus instintos criminales, si amenazará con nuevos crímenes, o si dulcificado o corregido por el remordimiento podrá ser un miembro útil para la sociedad”<sup>155</sup>.

132. **Rossi.** El Conde Pellegrino Luigi Edoardo Rossi nació en Carrara el 13 de julio de 1787. Fue un hombre brillante y polifacético. Doctorado en Bolonia en 1806 tuvo que dejar Italia por liberal y amigo de los franceses. Se radicó en Suiza, donde enseñó derecho romano en Ginebra, siendo honrado con el título de ciudadano y con importantes cargos políticos, teniendo descollante participación en la preparación de varias leyes. Por 1829 publicó en Francia su *Tratado de Derecho penal*. En 1832 se estableció en París, explicando Economía Política en el Colegio de Francia. En 1834 se nacionalizó francés y fue nombrado catedrático de derecho constitucional en la Universidad de París, de cuya Facultad de Derecho fue Decano en 1843. Miembro de la Academia de Ciencias Morales y Políticas y Par del Reino, desarrolló una importante labor legislativa. En 1845 fue embajador de Francia en Roma. La revolución de 1848 le privó de todos sus cargos. Ese mismo año fue encargado por Pío IX de la jefatura del gobierno y se reservó para sí el ministerio del interior. Su breve gobierno fue atacado por liberales y conservadores. Le asesinaron de una puñalada durante una sesión de la Asamblea el 15 de noviembre de 1848. Pocos días después salía de Roma el Cuerpo Diplomático en señal de protesta y el Papa debía abandonar Roma. Además de su ya mencionado *Traité*, cabe mencionar su “Tratado de Derecho Constitucional Francés” y su “Curso de Economía Política”<sup>156</sup>.

<sup>155</sup> OBARRIO, MANUEL, *Curso de Derecho Penal (Lecciones del Doctor Don Manuel Obarrio en la Universidad de Buenos Aires tomadas y publicadas por Mariano Orzabal)*, Bs. As., 1884, pp. 15-6.

<sup>156</sup> Hay una traducción castellana del *Tratado de Derecho Penal*, de CAYETANO CORTÉS, Madrid, 1883. La publicación de sus obras completas se ordenó por el Gobierno Italiano en 1860. La primera que se publicó fue la de derecho penal en 1863. Las citas corresponden a esta edición (*Ouvres Complètes de P. Rossi, publiées par ordre du Gouvernement Italien, Traité de Droit Pénal*, París, 1863). Sobre ROSSI, LEDERMANN, P. Rossi, *l'homme et l'économiste*, París, 1929; BICGINI, C. A., *Rassegna bibliografica intorno a Pellegrino Rossi*, en “Nuovi studi di diritto, economia e politica”, 1930, pp.



Todo el desarrollo de Rossi es de un marcado eclecticismo, aunque con acentuadas inclinaciones idealistas, que desembocan de algún modo en una teoría absoluta de la pena. Rossi afirmaba que el derecho penal es la rama más importante de la ciencia de las leyes, tanto por sus relaciones políticas como morales. Su importancia política la derivaba de la imposibilidad de concebir al Estado sin justicia social, expresión con la que significaba la justicia humana o administración de justicia.

Sostenía que el orden político y el moral se hallan en una mera relación de medio a fin. "El orden social —escribía— no es más que un medio para desarrollar y mantener, en este mundo, el orden moral. Hay acción y reacción del uno sobre el otro. A medida que el orden social se perfecciona, el conocimiento del orden moral se eleva y extiende. Del sentimiento profundo, esclarecido, universal, del orden moral, resulta necesariamente el mejoramiento del orden político en las sociedades civiles"<sup>157</sup>. En esta interacción, el legislador cumple un papel descollante para Rossi, del que emergen los límites de su actuar: "Pero de ello mismo resulta la influencia poderosa y directa que el legislador puede ejercer sobre las opiniones y las costumbres. El hábito de fijar constantemente los ojos sobre la potencia legislativa retarda o frena el desarrollo espontáneo y popular de las nociones del derecho penal; el legislador juega al mismo tiempo el papel de preceptor y actúa así poderosamente sobre las opiniones y las costumbres de las masas"<sup>158</sup>. Consecuente con este criterio, afirma que cuando la justicia de una sociedad no sirve al orden moral, "en lugar de ser simultáneamente un medio de orden y de instrucción, puede devenir una escuela de error, un instrumento de servidumbre"<sup>159</sup>.

Su fe en el progreso humano es férrea, asignando a la ciencia penal un papel descollante en el mismo: "Todo progreso de la ciencia penal es un beneficio para la Humanidad y, al tiempo que ahorra dolor, parece secundar, sobre todo, la marcha del hombre hacia su desarrollo moral"<sup>160</sup>. De esta fe en el desarrollo moral del hombre extrae su derecho natural racional: "Es necesario resolver a la vez los problemas morales y políticos, a fin de asir todos los ele-

---

140-142; GRAVEN, JEAN, *Pellegrino Rossi - Grand Européen, Hommage pour le centième anniversaire de sa mort. 1848-1948*, Genève, 1949.

<sup>157</sup> *Traité*, p. 10.

<sup>158</sup> *Idem*, p. 12.

<sup>159</sup> *Idem*, p. 14.

<sup>160</sup> *Idem*, p. 19.

mentos del derecho penal positivo. Este derecho se compone de los principios eternos e inmutables de lo justo y de lo injusto y de las aplicaciones referidas a la sensibilidad moral del hombre y al estado particular del cuerpo político: es decir, de verdades de todos los tiempos, de todos los lugares, que son independientes de hechos exteriores, y que no pueden no ser; de verdades locales, temporarias, que existen con los hechos a que se refieren, que cambian, se modifican y desaparecen con ellos, y de verdades que son a la vez generales y locales, que se refieren a la naturaleza del hombre, y que sin embargo se modifican por las circunstancias en que él esté ubicado”<sup>161</sup>.

Como puede observarse, Rossi entendía que hay reglas absolutas de justicia y reglas relativas de utilidad, que coinciden en el derecho penal. “La dificultad consiste, sobre todo, en combinar estos elementos diversos en justas proporciones”, afirmaba<sup>162</sup>. En este sentido, su separación del enciclopedismo francés es totalmente clara. El enciclopedismo era rabiosamente utilitarista, al menos por pluma de algunos de sus cultores, cuyo principio era *salus rei publicae lex suprema*<sup>163</sup>. En este sentido, Rossi se enfrenta a la corriente italiana sostenida a partir de Beccaria, que asignaba a la pena una mera función utilitaria, para asignarle una función ética.

Refiriéndose a esta corriente, y en particular a Beccaria, Rossi decía: estas teorías “datan del primer ensayo de reforma en materia penal. En el fondo es el sistema de Beccaria. Los escritores posteriores han desarrollado el pensamiento fundamental del escritor milanés; pero Beccaria, con un sistema demasiado estrecho y exclusivo, reaccionaba contra la desenfundada amplitud que había cobrado la justicia social. Su libro, si bien revestido de formas generales, tiene el carácter y el propósito de una obra de circunstancia. Es menester ver en él más un ataque que una doctrina, que puede servir como un arma para destruir más que como una base para edificar. Allí está el error de los escritores posteriores”<sup>164</sup>.

Rossi se refiere a la “razón universal”, rechazando abiertamente el idealismo kantiano que, según él, haría caer el sistema, por no tomar suficientemente en cuenta “el real estado de las cosas huma-

<sup>161</sup> Idem, p. 20-1.

<sup>162</sup> Idem, p. 21.

<sup>163</sup> JAUCOURT había escrito en la “Enciclopedia”: “Le bien public est le grand but des peines” (cit. por AMELUNG, KNUT, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 19).

<sup>164</sup> Rossi, op. cit., p. 180.

nas”<sup>165</sup>. Reclama la necesidad de conocer la historia, la costumbre y los sentimientos nacionales. Al par que rechaza el utilitarismo —por referirse sólo a intereses “materiales y variables”— repugna de la teocracia, como “expresión de una vil tiranía”. Se pueden observar en él algunas elementos románticos, que le llevan a afirmar que el legislador “debe ser a la vez filósofo y pueblo” y permanecer en guardia contra el *espíritu systématique*, “porque le falta la verdad total, y contra todo sentimiento irreflexivo, porque necesita consecuencias racionalmente deducidas”<sup>166</sup>.

Este justo medio que tanto se afana Rossi por conseguir le impide caer en el romanticismo jurídico, esto es, en la escuela histórica. Cree que ésta es útil porque revela “la marcha progresiva de la justicia humana”, con lo que rinde un servicio esencial a la ciencia, pero concluye en que la escuela histórica deberá convencerse de que “la historia es el auxiliar esencial de la ciencia, pero que no es la ciencia”<sup>167</sup>. Rossi, además de jurista, era un político, al que no pudo pasarle por alto el eventual enfrentamiento entre liberalismo y democracia, encaminándose sus reflexiones a su compaginación, la que, obviamente, no se consigue librando todo a la “espontaneidad popular” mítica ni tampoco apelando a un desprecio por el pueblo, frecuentemente heredado por los liberales de los pensadores del despotismo ilustrado. Su insistencia en que el legislador debía estudiar las costumbres tampoco tiene el mismo sentido que en Hume, en quien la costumbre reemplaza a la razón, hasta el punto de terminar en una dictadura de la costumbre<sup>168</sup>.

Pese a la ya señalada fe en el progreso que caracterizaba el pensamiento de Rossi, se queja amargamente de que el derecho penal no responde a las esperanzas racionalistas: “La historia del derecho penal está allí para dar un desmentido formal a esta deducción teórica. Una enorme discordancia existe en todos los pueblos civilizados, entre su estado moral y su sistema penal”<sup>169</sup>.

Su posición liberal se hace patente cuando afirma que “en los países sin libertad política, es imposible todo mejoramiento esencial del sistema penal”<sup>170</sup>. La naturaleza racional y progresiva de la

<sup>165</sup> Idem, p. 26.

<sup>166</sup> Idem, p. 27.

<sup>167</sup> Idem, pp. 40-1.

<sup>168</sup> Sobre ello en HUME, MARCUSE, HERBERT, *Razón y revolución, Hegel y el surgimiento de la teoría social*, Madrid, 1972, pp. 25-6.

<sup>169</sup> T. I, p. 41.

<sup>170</sup> T. I, p. 79.

justicia humana completa el cuadro de su pensamiento: "la justicia humana, que es el tributo más importante del poder social, no debe ser otra cosa que la razón, aplicada en su mayor pureza posible, a los hechos ilegítimos contrarios al orden social. La justicia humana es pues, como la razón: de naturaleza progresiva"<sup>171</sup>. No obstante, no se abandona a un fatalismo racional, sino que afirma que hay que luchar por la razón, especialmente mediante la educación del público.

Dados los puntos de vista expuestos, la pena no puede tener para Rossi otro fundamento que el moral: "Si se hace abstracción, un sólo instante, del vínculo moral que debe existir entre el hecho punible y el hecho de la pena, el derecho de punir desaparece"<sup>172</sup>. Rossi hace una reducción de todas las teorías que fundan el derecho de punir sobre una base diferente de la moral, calificándolas de "utilitarias" y rechazando como tales tanto a las que pretenden fundarlo sobre el interés individual como a las que lo pretenden sobre el interés general. "La utilidad sola —afirma—, considerada aisladamente, no legitima nada"<sup>173</sup>. "La utilidad no es un principio supremo; generador primario de nuestros derechos y de nuestros deberes. Es un motivo y puede ser para la sociedad una medida en el ejercicio de los poderes derivados de una fuente más alta"<sup>174</sup>. Al mismo tiempo, niega la tesis según la cual el derecho de punir es un derecho de defensa, sea directa, o bien, delegada a los Estados por los individuos (indirecta). En este último caso, afirma que de ser cierto la sociedad abusaría de su poder<sup>175</sup>. Para Rossi el derecho de punir implica una posición de superioridad respecto del que inflige la pena, y ésta no se deriva de nada que no sea la razón<sup>176</sup>.

Como una consecuencia lógica y necesaria de su racionalismo y del fundamento moral de la pena, llega a la conclusión de que la misma no puede tener otra medida que la equivalencia con el mal causado por el delito, siendo la clásica fórmula talional sólo una expresión grosera de este principio<sup>177</sup>, lo que no le impedía reconocer en la pena el fin de restablecimiento del orden social y como sus efectos específicos la instrucción, la intimidación y el castigo. No obstante, su esencia era la retribución del mal con el mal.

<sup>171</sup> *Idem*, p. 80.

<sup>172</sup> *Idem*, p. 107.

<sup>173</sup> *Idem*, p. 147.

<sup>174</sup> *Idem*, p. 148.

<sup>175</sup> *Idem*, p. 162.

<sup>176</sup> *Idem*, p. 189.

<sup>177</sup> T. II, pp. 247-266.

Rossi negaba las teorías contractualistas, afirmando que "la sociedad no es el resultado de una convención arbitraria, sino una necesidad moral de la especie humana. En lugar de pretender corregir de alguna forma la obra del Creador para nuestras hipótesis limitémonos a admirar la economía de su obra"<sup>178</sup>. Rotundamente decía que "el estado social es una necesidad de la naturaleza humana. El hombre es social de la misma forma que es libre, inteligente, sensitivo. Si le consideramos con abstracción de su socialidad, ya no es considerado el hombre tal como existe: está completamente desnaturalizado el objeto que se quiere examinar"<sup>179</sup>. De esta falla del contractualismo deriva el Estado "gendarme" su incapacidad para respetar la premisa kantiana de que parte<sup>180</sup>.

En síntesis: podemos afirmar que Rossi dice una cantidad de verdades, que aisladamente consideradas pueden parcialmente suscribirse. No obstante, no configura un sistema, sino que se debate en un eclecticismo que en ocasiones es exasperante y que parece más estar destinado a demoler que a construir, porque a la hora en que debe resolver los problemas fundamentales cae en un idealismo racionalista y en una teoría absoluta de la pena, aunque carente de la coherencia con que era sostenido por Kant o por Hegel. Esta falta de sistema no es tampoco ajena a la influencia que sobre él ejerciera el pensamiento de Savigny y de su escuela<sup>181</sup>, que si bien no es tal como para que debamos considerarlo fuera del racionalismo, fue, sin embargo, bastante notoria.

Pellegrino Rossi ejerció una notable influencia sobre los redactores del código español de 1848<sup>182</sup>, especialmente en Pacheco<sup>183</sup>, habiendo dejado una cierta huella de eclecticismo. Entre nosotros, no sería difícil descubrir acentos de su pensamiento en Manuel Obarrio, quien afirmaba que "para que el Estado tenga el derecho de castigar no basta

<sup>178</sup> Op. cit., T. I, p. 192.

<sup>179</sup> T. I, p. 182.

<sup>180</sup> Cfr. MARCUSE, HERBERT, *El hombre unidimensional*, p. 169.

<sup>181</sup> Al respecto, MANUEL DE RIVACOBA y RIVACOBA, *Influencia historicista en Pellegrino Rossi*, en "Savigny y la ciencia del derecho", Valparaíso, 1979. II, pp. 817 y ss.

<sup>182</sup> Idem, p. 819; también ANTON ONECA, JOSÉ, *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, en "Rev. de Estudios Penit.", Madrid, 1964 (20), pp. 415-427.

<sup>183</sup> Sus principales obras son *El Código Penal Comentado y Concordado*, Madrid, ed. de 1870; también *Estudios de Derecho Penal, Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid entre 1839 y 1840*, Madrid, 1877. JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO fue —al menos según la opinión dominante en España— el inspirador del código de 1848; nació en 1808 y murió en 1865.

que la pena sea un medio de protección eficaz y necesario. La sociedad tiene el derecho de conservarse; pero la justicia no le permite protegerse violando los derechos de los individuos a quienes inflige un sufrimiento en el interés de su conservación o bienestar. El fin, por legítimo que sea, no justifica los medios empleados para conseguirlo, si esos medios son reprobados por la moral". "Es preciso que la pena sea justa en sí misma e independientemente de toda consideración de utilidad social; es preciso que aquél sobre que recae la haya merecido y que no tenga el derecho de quejarse del mal trato que se le hace sufrir". "El fundamento de la penalidad descansa, pues, en la conservación social, bajo la base de la ley moral, apoyado, justificado y regido por ella"<sup>184</sup>.

133. **Carmignani.** Giovanni Alessandro Francesco Carmignani nació el 31 de julio de 1768 en San Benedetto a Settimo, cerca de Pisa. Se graduó en Pisa en 1790 y se radicó en Florencia. En 1795 publicó un *Saggio di Giurisprudenza criminale*. En él defendía la pena de muerte. Luego cambió de criterio y lo consideró un pecado de juventud. En un ejemplar de aquel "Ensayo", sobre el título del capítulo *Dell'utilità della pena di morte*, escribió lo siguiente: "Orribile intitolazione! Eppure, uscì dalla mia pena e dalla mia mente".

En 1799, cuando Toscana estaba en poder de los franceses, publicó su opúsculo sobre la reforma en las cárceles, que le valió posteriormente tres años de destierro en Volterra por liberal. En 1803 fue nombrado catedrático en Pisa y en 1808 apareció su obra más conocida, con el título de *Elementa Jurisprudentiae Criminalis*, que en la tercera edición cambió por el de *Elementa Juris Criminalis* (1822-5). En 1831-1832 publicó en Pisa su mayor obra: *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*. Ejerció la profesión de abogado como defensor y publicó numerosos trabajos menores. En 1840 pasó a la cátedra de filosofía del derecho en la Universidad de Pisa, en cuyo ejercicio falleció, el 29 de abril de 1847. Sus *Elementa Juris Criminalis* fueron traducidos del latín al italiano en 1863<sup>185</sup>.

Carmignani deriva el derecho de la razón (§ 1). Su función como ciencia es la de averiguar cómo se constituyen las mejores

<sup>184</sup> OBARRIO, MANUEL, op. cit., p. 26.

<sup>185</sup> CARMIGNANI, GIOVANNI, *Elementi di Diritto Criminale*, Milano, 1863, los datos biográficos están tomados de la nota de pp. 11-16 y de PARDINI, F., *Cenni biografici intorno al Prof. Giovanni Carmignani*, Pisa, 1847; sobre obras y bibliografía de CARMIGNANI, CANUTI, G., *Giovanni Carmignani e i suoi scritti di filosofia del diritto*, Grottaferrata, 1924. Los párrafos que se indican en el texto entre paréntesis corresponden a la traducción italiana de los *Elementi*. (Hay traducción castellana de los *Elementi*, Themis, Bogotá, 1980).

leyes entre las posibles y cómo se deben aplicar e interpretar las leyes positivas (§ 2). Sostiene que los hombres están invitados a asociarse por naturaleza. De ello deduce que el objeto de la sociedad política es la prosperidad y la seguridad de los ciudadanos. Un alejamiento mayor del contractualismo tendrá lugar en su *Teoría*, donde receptorá el anticontractualismo formal de Romagnosi y el idealismo ecléctico de Rossi, pasando a concebir un derecho universal y eterno.

Afirma que las relaciones entre los hombres pueden considerarse según sus diversos estados: 1º) En un estado de naturaleza, o sea, hecha abstracción de las relaciones que hace nacer entre ellos el estado social. Aclara que este estado natural o extra-social de los hombres, como se usa decir, debe tomarse como una "abstracción racional" y no como un hecho histórico, al que mejor cuadraría el título de quimérico, en lo que coincide con Feuerbach, que no tomaba al contrato social como un dato antropológico; 2º) En estado social, esto es, como ciudadanos o súbditos; 3º) En el que se forma en un imperio soberano ya establecido, por medio de leyes obligatorias a todo el cuerpo político; y 4º) En el de naciones en relación a otras. El primer estado se regula por el derecho natural, el segundo por el derecho público, el tercero por el derecho civil en su más amplio sentido y el cuarto por el derecho de gentes. El derecho natural y el de agentes se fundan sobre el principio de la igualdad natural de los hombres y de las naciones y, como reglas de las externas acciones humanas, son, en sí mismas, eminentemente morales, porque tienen en su misma naturaleza el principio que las guía. La desigualdad de hecho, que necesariamente introduce la sociedad civil entre los hombres, si bien no es incompatible con la igualdad de derechos reclamada por el derecho natural, obliga a introducir motivos sensibles de actuar a fin de preservar el orden de las pasiones inclinadas a destruirle. Suceden así a las leyes intuitivas de la razón, los preceptos de la autoridad humana, no perdiendo su carácter moral las reglas de acción que se derivan, en cuanto estén dirigidas a normar las acciones libres de los hombres, deviniendo políticas, por estar destinadas a gobernar a la multitud (§ 7).

Es clara y precisa la limitación al poder punitivo del Estado que ensaya: "La seguridad social interna, de la que sólo se ocupa el derecho criminal, depende: I. De que la constitución detracte de la libertad natural de los ciudadanos, sólo aquella parte cuya detracción sea estrictamente necesaria para la obtención de la

seguridad misma; II. De que el avance de la libertad natural de los ciudadanos, respetado por la constitución de la ciudad quede sagrado e inviolable contra cualquier exceso de los hombres, de las leyes o de los magistrados" (§ 11). "Los hombres atentan contra la libertad de los ciudadanos cuando cometen acciones que introducen en la sociedad los males del estado extra-social; las leyes, cuando restringen la libertad natural de los ciudadanos más allá de la necesidad de la seguridad pública y privada; los magistrados, cuando sustituyen con su propio arbitrio la disposición de las leyes. Cuando los ciudadanos no tengan que temer algunos de estos excesos, están verdaderamente en pleno goce de la *libertad civil*. Las leyes criminales, por lo tanto, tienden a impedir las acciones contrarias a la seguridad interna de la sociedad, con el mínimo sacrificio posible de la libertad natural de los ciudadanos. El complejo de las leyes criminales constituye el derecho criminal". "Así, el derecho natural de los individuos y el derecho de gentes protegen la libertad natural de los hombres y de las naciones entre sí; el derecho público la libertad política; y el derecho criminal la libertad civil. Corresponde, pues, a los políticos, el establecimiento de las conexiones y relaciones de estas diversas especies de libertad" (§ 12).

Rechazaba Carmignani expresamente cualquier fundamentación exclusivamente intimidatoria de la pena y de la tipificación penal. "La remoción de los delitos se procura con la restricción de la natural libertad de los hombres, cuando para contener en lo posible en sus justos límites las pasiones humanas e imponer un freno a la violencia de los afectos desordenados, el legislador erige en delito algunas acciones contrarias a la seguridad social y las conmina con penas, cuyo temor baste para resistir las tentaciones criminosas y disuadir de los delitos. Pero este método es de éxito harto incierto y actúa, por así decir, *indirectamente*. En verdad, el temor a la pena opone a la voluntad criminal un obstáculo moral y no físico, por lo cual no sirve para resistir a la voluntad delictuosa, si el que está tentado a delinquir no dirige su pensamiento a la pena, o si, pese a pensar en la pena, confía en su impunidad, o si, finalmente, la violencia de sus pasiones le lleva a despreciar el mal mismo de la pena" (§ 16). En la *Teoria* sostiene abiertamente un criterio preventivo de la pena, mirando siempre al futuro, al delito que puede nuevamente cometerse, llegando incluso a proponer que se reemplacen las voces "delito" y "pena" por "ofensa" y "defensa" respectivamente, lo que alejaba toda reminiscencia de vindicta y de retribución<sup>186</sup>.

<sup>186</sup> *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, 1831, T. III, p. 23.



Carmignani distinguía entre “ciencia del derecho criminal político”, esto es, el derecho penal a constituirse, y la “jurisprudencia criminal”, o sea, la ciencia del derecho penal ya constituido.

Respecto de la política criminal, reivindica para Italia el primado en la materia, rechazando la afirmación de que Beccaria no había hecho más que traducir el pensamiento francés. Dice que “si bien algunos principios de Montesquieu han abierto, en cierto modo, el camino al gran ingenio de Beccaria, ¿qué podemos nosotros envidiar a los extranjeros?”<sup>187</sup>.

En lo que hace a la política penal, expresa: “Toda la teoría de la constitución de los delitos y de las penas está basada sobre la máxima fundamental de que la restricción de la libertad que resulta no debe sobrepasar los confines de la necesidad política, para la cual, no prohibir ciertas acciones de los ciudadanos produciría un daño social. Determinar qué acciones deban ser por ello prohibidas, se remite al prudente arbitrio del legislador. Los principios relativos: 1º) a la determinación de la imputabilidad política de los delitos; 2º) a las penas que se conminen (que son de creación meramente política); 3º) a la prueba legal de los delitos; y 4º) a la conexión de la política judicial con el sistema penal, constituyen la *ciencia del derecho criminal político, o sea, el derecho criminal por constituirse*, y, en una palabra, la *ciencia de la legislación criminal*”. La *jurisprudencia criminal o ciencia del derecho penal constituido*, la define con Bohemer<sup>188</sup> como “la práctica habitual de juzgar las acciones de los hombres según las leyes de los hombres” (§ 27).

La diferencia del derecho con la ética la obtiene refiriéndose fundamentalmente a los fueros (§ 37), en lo que se adelanta a algunos neo-kantianos, pero sin seguir todas las consecuencias de esta distinción.

En la concepción expuesta en los *Elementa*, no es la justicia absoluta la que determina las acciones que deben prohibirse, sino razones de estricta conveniencia social, en lo que sigue la línea iluminista inaugurada por Beccaria y Filangieri.

“Así como el objeto de la política es la felicidad pública (lo que se dice *bien político*) y así como los medios correspondientes a este fin

<sup>187</sup> Op. cit., p. 11, nota 1.

<sup>188</sup> Cita a BOHEMER, *Elem. Jurispr. Crim.*, Sec. 1, Cap. 1, parág. 1.

consisten en gran parte en la restricción de la libertad natural (o sea, que es un *mal natural*), se sigue que la política debe prescribir no lo absolutamente justo, sino sólo lo que a la sociedad convenga estrictamente. Luego, la necesidad de observar las leyes políticas no se deriva de ninguna obligación interna sugerida por el recto uso de la razón, sino del deber externo emergente de la esperanza del bien y del temor al mal. Si así no fuese, no existiría razón suficiente por la que el hombre no tuviese que preferir el estado de natural independencia al de la sociedad civil" (§ 50).

Carmignani afirmaba que el origen del delito civil se halla en la naturaleza política de los hombres (§ 73). "De la necesidad política que induce a la voluntad social a entender como delitos algunas acciones humanas, derivan las leyes criminales" (§ 76). Distingue entre imputación política e imputación civil: la imputación política es la que determina la incriminación de una acción y, por ende, corresponde a la ciencia del derecho penal político, que es por la que se rige el legislador. La imputación civil, en lugar, se refiere a la calidad ya atribuída por la ley a una acción y corresponde, por ende, a la jurisprudencia penal (§§ 77 a 80). "El daño social (*danno sociale*) es la base de la imputación política, y ésta es luego la base de la imputación civil".

Como se observa, Carmignani combina las ideas que provienen de Beccaria con las que toma de Romagnosi, usando expresiones ("daño social" y "defensa social") que los avatares doctrinarios muy posteriores a él, habrán de llevar por rumbos y sentidos harto diferentes.

Extrae luego las consecuencias coherentes de los principios asentados, en referencia a la por él denominada "imputación civil", que es lo que luego se conoció como "teoría de la imputación penal".

"La imputación civil, como juicio en torno a las acciones humanas prohibidas por las leyes, comprende tres juicios distintos. El primero consiste en atribuir al hecho de una persona determinada la causa material de la acción contraria a la ley, y, por eso, se llama *imputación física*; el segundo consiste en declarar que la acción contraria a la ley fue cometida más o menos libremente, y se llama *imputación moral*; el tercero consiste en confrontar el *hecho* y su *moralidad* con la disposición de la ley para reprochárselo a su autor conocido de conformidad con la ley misma, y se denomina *imputación legal*" (§ 81). "Así como ciertas acciones de los ciudadanos no serían políticamente imputables de no ocasionar daño a la sociedad, así es manifiesto que el objeto de la imputación civil al inculpar al delincuente no es la venganza del delito ya cometido, sino que se adopta para que en el futuro no se cometan

otros delitos similares. El examen, pues, de la maldad intrínseca de las acciones resultantes de estar en oposición a los preceptos de la religión, de la ética o del mismo derecho natural, pertenece exclusivamente a estas otras disciplinas morales y se substraee a la aplicación de las reglas políticas" (§ 82). Vemos que aquí también Carmignani insiste en el principio iluminista consagrado por nuestra CN como límite al poder represivo del Estado (art. 19).

Por último, Carmignani exige que el derecho penal dirija sus requerimientos a una persona moral, es decir, capaz de autodeterminación. "El hombre —dice— es el sujeto de las leyes en cuanto es un ente dirigible, pero ninguna acción es dirigible en tanto no proceda de un agente moral. Por ende, ninguna acción puede ser *civilmente imputada*, de no ser también *moralmente imputable*" (§ 84).

Carmignani fue un gran sistematizador y sintetizador de la mejor tradición racionalista italiana de cuño iluminista. Su inclinación primero contractualista y luego casi jusnaturalista, busca en todo momento la elaboración de un sistema y, por cierto que lo plantea con bastante coherencia. En él puede ya observarse una ciencia del derecho penal firmemente asentada y madura, con la configuración que tiene contemporáneamente<sup>189</sup>.

134. Carrara. Francesco Carrara nació en Lucca el 18 de setiembre de 1805. Se graduó en su ciudad natal y fue alumno de derecho penal de Gaetano Pieri, completando sus estudios en Florencia. Dedicado al ejercicio profesional, fue nombrado profesor en Lucca en 1848 y en 1859 pasó a la cátedra de Pisa, donde reemplazó a Mori en la cátedra que antes había sido de Carmignani. En ese año comienza la publicación de su obra más importante: *Programma del corso di Diritto Criminale dettato nella Reale Università di Pisa*. A partir de la publicación del *Programma* su nombre trasciende las fronteras de Italia y se cita con respeto en toda Europa. Fue dos veces diputado y desde 1876 senador del Reino en razón de los servicios prestados a la patria. En 1872 había rechazado la cátedra de Roma, prefiriendo permanecer en Toscana. Ya anciano y seriamente afectada su vista se retiró a la casa paterna en Lucca, aunque siguió allí trabajando como consultor hasta su muerte, acaecida el 15 de enero de 1888. Su *Programma* lo fue

<sup>189</sup> Creemos que es injusta la minimización que de CARMIGNANI pretende hacer SPIRITO, Ugo, op. cit., pp. 60-68.

reelaborando a lo largo de sucesivas ediciones. De sus restantes trabajos es menester recordar sus conocidos *Opuscoli di Diritto Criminale*, en siete volúmenes (1859-1874). Cabe tener presente sus *Reminiscenze di Cattedra e Foro* y sus *Lineamenti di pratica legislativa*. En su casa de Lucca existe un museo carrariano y quizá sea uno de los penalistas cuya memoria más se honra <sup>190</sup>.

Ya en Carmignani era dable observar una marcada tendencia a la síntesis y al equilibrio, pudiéndose insinuar el reencauzamiento por la vía aristotélica, pese a la influencia que había recibido de Romagnosi, del mismo Bentham y, en general, de toda la tradición contractualista ilustrada. En Carrara, el idealismo alemán no hace tanto impacto como en Rossi, pero la tendencia a la síntesis y el afán sistemático alcanzan su máxima expresión. Hay en él un retorno aristotélico acentuado, que llega al equilibrio consistente en reafirmar la condición social del hombre, pero sin convertir a esta posición en garante de ningún sistema político particular y menos absolutista. Puede decirse que Carrara retoma el camino del jusnaturalismo de origen aristotélico, pero sin considerar a la sociedad civil como una limitación del estado de naturaleza, sino como una simple creación humana.

Nuvolone afirma que el *Programma* se inspira en los siguientes principios fundamentales: "a) posibilidad de construir un sistema de normas penales universalmente válido, sobre la base de principios de razón; b) distinción entre delitos "naturales" y "políticos"; c) construcción del delito como ente jurídico; d) validez general de las normas penales, independientemente de los individuos singulares, con la única salvedad de la gran división entre imputables e inimputables; e) correlación necesaria entre delito y pena" <sup>191</sup>.

En Carrara llama la atención la armonía de su exposición, pero no puede pasarse por alto la base sobre la que construye, que por cierto es lo que da armonía al conjunto. No es ajena a esa armonía la base aristotélica que parcialmente toma, enriquecida por el respeto a la persona humana, que había pasado a primer plano a partir de la Revolución y del pensamiento iluminista. Puede afirmarse que es el científico que elabora un monumento sistemático en que la

<sup>190</sup> Sobre CARRARA puede verse: *Per le onoranze a Francesco Carrara*, LUCCA, 1899; SCALVANTI, O., *Francesco Carrara nella storia politica del giure criminale*, Perugia, 1888; SPIRITO, UGO, op. cit., pp. 193 y ss.; LAPLAZA, FRANCISCO P., *Francisco Carrara, Sumo Maestro del Derecho Penal*, Bs. As., 1950; etc.

<sup>191</sup> NUVOLONE, PIETRO, *Brevi note metodologiche in tema di scienza del Diritto Penale*, en "Trent'anni...", Padova, 1969, I, p. 207.

tradición del pensamiento occidental se enriquece con un alto respeto por la dignidad humana.

Es él mismo quien se ocupa de proporcionarnos sus puntos de partida, sintetizados en el prefacio a la quinta edición y en los "Prolegómenos" del *Programma*<sup>192</sup>. Estos puntos básicos se encuentran desarrollados sistemáticamente en su obra, porque Carrara es un jurista, un científico que escribe cuando ya ha pasado el auge de los trabajos de pura política penal y cuando, como consecuencia de la codificación, se desencadena el positivismo jurídico y, si bien dice de vez en cuando que no se ocupa de cuestiones filosóficas, lo cierto es que toda su obra refleja una postura y una preocupación filosófica primordial, siendo ella misma expresión de una incommovible fe en la razón, que le permite construir un sistema penal tan armonioso partiendo sólo de la razón y obviando la ley positiva. Por otra parte, su obra traduce también una actitud vital frente a los problemas penales, que es más política que filosófica. Carrara revela una actitud existencial de respeto a la autonomía ética, que nos obliga a suscribir la opinión de Soler cuando atinadamente le califica de "católico liberal"<sup>193</sup>, siendo realmente difícil encuadrar-le filosóficamente.

Carrara no fue un filósofo —y menos un filósofo de escuela—, pero fue un jurista que elaboró su sistema con muchos elementos aristotélicos, con otros de la tradición iluminista, con algunos del idealismo alemán, pero sobre todo, presidiendo su tarea con una actitud reverencial ante la persona humana. El idealismo alemán también le era conocido, aunque no puede considerárselo un tributario del mismo. Cabe recordar que Carrara sucedió en la cátedra de Pisa a Francesco Antonio Mori, que publicó los conocidos *Scritti Germanici*, que era una colección de trabajos alemanes, entre los que se destacaban especialmente los de Mittermeier, el continuador de la obra de Feuerbach. Carrara, como realista de cuño aristotélico, no podía menos que rechazar al idealismo alemán, especialmente al romanticismo hegeliano, pero ello no significa que no lo haya conocido y, menos aún que no haya ejercido el criticismo ninguna influencia en él. Si bien Carrara no fue en modo alguno sucesor intelectual de Mori, no pudo menos que empaparse de

<sup>192</sup> Ambos textos se encuentran en castellano en la traducción de Sebastián Soler con la colaboración de Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Núñez (Bs. As., 1944). Nuestras citas son de la 11ª edición italiana, Firenze, 1924.

<sup>193</sup> Prólogo a la trad. castellana, cit., T. I.

sus teorías, particularmente si tenemos en cuenta que en cierta forma eran contrincantes, puesto que al tiempo que Mori ocupaba la cátedra de Pisa, Carrara ocupaba la de Lucca, o sea, una pequeña y endeble cátedra a muy pocos kilómetros de Pisa.

Cabe tener presente que para Carrara el delito consiste fundamentalmente en la violación de un derecho. Esto le llevó a afirmar rotundamente que el delito es un "ente jurídico", expresión que fue tan mal interpretada como injustamente combatida. Carrara no cayó en el idealismo; su "ente jurídico" denotaba una problemática, que era la difícil delimitación a la individualización de las acciones prohibidas, hecha sobre bases extraídas de la razón. Con ello no pretendía renunciar a la realidad de la acción humana, lo que hubiese sido renunciar a lo que frecuentemente apelaba, es decir, a la "naturaleza de las cosas". Si la conducta humana en su realidad se le escapaba de las manos, era porque no había podido —ni le era exigible en su tiempo— sustraerse a la afición dicotómica y contradictoria de la tradición iluminista, y porque lo que primeramente veía en el delito era la lesión a un "derecho que es congénito al hombre, porque fue dado por Dios a la humanidad desde el primer momento de su creación, para que aquella pueda cumplir sus deberes en la vida terrena". De allí surge su fe *jusnaturalista* y "la ciencia del derecho criminal queda reconocida como un orden de razón que emana de la ley moral jurídica, preexistente a todas las leyes humanas y que obliga a todos los legisladores". Esta afirmación carrariana muestra la actitud "ontológica" del jurista —buscada por él mismo— y que se distingue fundamentalmente del *positivismo oportunista*.

Carrara se plantea claramente el problema de los límites del legislador y los traza sin necesidad de contrato social alguno, pero tampoco acudiendo al idealismo, sino que trata de hallarlos partiendo del realismo y, aunque no compartimos su criterio delimitador, no podemos menos que admirar su esfuerzo y su dirección. Por cierto que da la sensación de que en Carrara no queda espacio para el quehacer dogmático<sup>194</sup>, aunque Carrara hace ciertamente dogmática. Lo que en el fondo sucede es que Carrara no podía plantearse el problema en términos dogmáticos, sino que esa metodología era aplicada intuitivamente, sin un "meta-lenguaje" adecuado. Una vez replanteado el sistema de comprensión de nuestra ciencia con el método dogmático y, a la vuelta del positivismo jurídico, volverán los autores sobre el horizonte de proyección de la misma y replantearán la pregunta formulada por Carrara, aunque desde otro ángu-

<sup>194</sup> Cfr. SOLER, SEBASTIÁN, *Las palabras de la ley*, cit., p. 131.

lo, proporcionado por una nueva crisis del sistema de comprensión y del horizonte de proyección. En otras palabras, Carrara buscaba un límite al legislador por vía realista, pero con una fe jusnaturalista que a poco fue barrida por el horizonte de proyección dado por los positivistas jurídicos, quienes al dar lugar a la aplicación de la metodología dogmática en sentido estricto, tuvieron que terminar por ceder a otro horizonte de proyección al que ineludiblemente su sistema de comprensión contribuía. De esta forma, hoy planteamos la cuestión desde un estudio diferente de la ciencia jurídico-penal, pero ello no significa desconocer los esfuerzos de quienes —como Carrara y Feuerbach— tácita o explícitamente, tuvieron que reconocer en la filosofía una “fuente” del derecho penal, porque en una época de transición legislativa tenían que señalar caminos y límites tanto al legislador como al juez.

Carrara conceptuaba al derecho como “la libertad” y la ciencia jurídica era para él “el supremo código de la libertad, que tiene por objeto abstraer al hombre de la tiranía de los otros, y el de ayudarlo a librarse de la tiranía de sí mismo y de sus propias pasiones”. La ciencia del derecho penal tiene, pues, para Carrara, un objetivo claro, que es el de un ente al servicio del hombre, que le libera de las agresiones ajenas y le posibilita su libertad. Quien no quiera caer hoy en una mera repetición de conceptos, por el mero afán de entrelazar fuegos de artificio, no puede menos que reconocer esta premisa, a menos que quiera hacer de la ciencia jurídico-penal una expresión de *l'art pour l'art*.

Cabe insistir en que Carrara es un jusnaturalista en el sentido “idealista” del vocablo, es decir, que reconoce una ley natural emanada de Dios y antepuesta al legislador, reconocible por la razón. El delito era una violación a estas leyes y el legislador debía punirlo sin caer en otra. De allí que al buscar el delito en este derecho natural, al mismo tiempo le señala su camino y su límite al legislador. No era muy distinta su tarea de la que se había impuesto el idealismo alemán y, por consiguiente, tampoco será muy diferente su sistemática del delito, lo que llevó a muchos a querer descubrir en él acentos idealistas y hasta hegelianos<sup>195</sup>. No es cierto que se lo pueda afiliar a esta corriente, sino que, cualquier planteo que se elabore a partir de un orden reconocible por la razón, debe abarcar necesariamente, en el análisis del delito, la capacidad del sujeto para reconocer ese orden.

<sup>195</sup> Así lo creía PESSINA, ENRICO, *Elementi di Diritto Penale*, Nápoli, 1882, p. 31, nota 2 (p. 82 nota 1 de la traducción castellana, Madrid, 1913).

Carrara no podía menos que dar una enorme relevancia al bien jurídico, porque de no ser así, su concepto de delito como "ente jurídico" desaparece. "Reconociendo en el derecho agredido el objeto necesario para constituir el delito, la variedad natural de los distintos derechos agredidos ofrece una guía fácil para distinguir y clasificar las infracciones, según su distinta cualidad y cantidad, conforme a la distinta especie e importancia del derecho agredido"<sup>196</sup>.

Su concepto de la pena es coherente en extremo: le asigna el mismo objeto que al derecho penal, o sea, la tutela jurídica. Deriva la legitimidad de la represión de la prevención general y especial, pero no en el sentido utilitario, sino como necesidad racional, recalando que la idea fundamental del derecho penal está en la tutela jurídica. Largas habrán de ser sus atinadas reflexiones en la polémica con Röder acerca del fin de la pena<sup>197</sup>.

La concepción antropológica de Carrara tiene una notable base aristotélica y con ella quiere sustentar la limitación al legislador que se quería limitar en su tiempo mediante la posición contractualista. Rechaza el contractualismo como un error, que como imposible lo "muestran las condiciones intelectuales de los hombres, por la que se les abrió una vía de indefinida progresión en conocimientos útiles, camino que no habrían podido recorrer sin aprovecharse de la palabra y sin la ayuda de las tradiciones de sus mayores". Insiste en que como imposible muestra a la teoría contractualista "la condición de ser moral del todo exclusiva del hombre, que le muestra el fin para el que Dios lo ha creado. Dios no pudo haber creado una obra incompleta y haber vuelto después, como instruido por la experiencia, a perfeccionarla"<sup>198</sup>.

Carrara observa que, si bien el estado de co-asociación fue coetáneo a la aparición del hombre, no puede identificarse ese estado con el de sociedad civil, que fue una creación humana. Insiste en que la sociedad civil es una creación humana, cuyo objeto es la tutela jurídica. En tanto que el fundamento del derecho de castigar que pertenece a Dios es la justicia, en las manos humanas, el que se deriva de la sociedad civil, no tiene otro fundamento que la defen-

<sup>196</sup> Las citas corresponden a la "Prefazione alla quinta edizione" del *Programma*.

<sup>197</sup> CARRARA, *Emmenda del reo assunta come unico fondamento e fine della pena?*, en "Opuscoli", Prato, 1878, I, 191-217; igual posición en *Programma*, I, 495 y ss.

<sup>198</sup> *Prolegomèni del Programma*, T. I, p. 23.



sa. "Mas, no obstante que la defensa sea la única razón de la delegación, el derecho delegado siempre queda sometido a las normas de la justicia, porque no puede perder la índole primigenia de su esencia con el paso que hace en la mano del hombre"<sup>199</sup>.

135. **Otros autores.** Hay otros autores que pertenecen a esta corriente y que por la índole de nuestro trabajo debemos descuidar en él. Así, como una de las personalidades más recias, puede mencionarse al filántropo inglés John Howard, que si bien tiene predominante interés para el desarrollo del derecho penitenciario, su crítica a las prisiones en su famoso escrito es equiparable a la obra de Beccaria en cuanto a su crítica al derecho penal<sup>200</sup>. En el pensamiento italiano hemos pasado por alto a Francesco Mario Pagano, autor de *Considerazioni sul governo criminale* (1801) y *Principii del Codice Penale* (1803), obras en las que se muestra contrario al contractualismo y, en general, trata de mostrarse contrario al utilitarismo iluminista, aunque no logra vencerlo por un camino brillante, pues cae en contradicciones graves. En el ámbito alemán hemos omitido también la mención de otros nombres, como por ejemplo, los sostenedores de las teorías defensistas enunciadas por Schultze y Martin<sup>201</sup>, como en manera especial a Grolmann y a Stübel, que fueron los principales defensores de la teoría preventivo-especial de la pena contemporáneos de Kant y Feurbach<sup>202</sup>, con el último de los cuales polemizará Grolman, en tanto que Stübel terminaría inclinándose ante su opinión.

Obras referidas a la reforma penal en Francia, dentro del nuevo espíritu ilustrado, hubo varias a fines del siglo XVIII. Pierre Louis Lacretelle publicó en 1784 un discurso contra las penas infamantes

<sup>199</sup> Idem, pp. 30-31.

<sup>200</sup> Sobre HOWARD, *Actes du Congrès Pénitentiaire International de Saint-Petersbourg*, 1890, vol. V, Saint-Petersbourg, 1892, especialmente, GRIFFITHS, ARTHUR, *John Howard, sa vie et son oeuvre*, en pp. 105 a 161; RIVIERE, ALBERT, *Howard, sa vie - son oeuvre*, en pp. 163 a 195; CAZALET, ED. A., *Le role de John Howard dans l'histoire de la réforme pénitentiaire*, en pp. 197 a 275; *John Howard a un siglo y medio de su muerte*, nota de la redacción en "Rev. Penal y Penit", V, 1940, pp. 1 y ss.

<sup>201</sup> Teorías defensistas en Alemania fueron las de SCHULTZE, *Leitfaden der Entwicklung der Prinzipien des bürgerlichen und peinlichen Rechts*, 1813, y MARTIN, *Lehrbuch des teutschen gemeinen Kriminalrechts*, 1829.

<sup>202</sup> Sobre ellos, SCHMIDT, EB., *Einführung*, pp. 247-8. GROLMANN iniciaba su exposición con la fundamentación de la metafísica kantiana, bajo el título "Fundamentación del derecho penal y criminal" (Cap. 1º, §§ 1 a 22) (GROLMANN, KARL, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze*, Gies-sen, 1798).

y sobre la reparación a los procesados que luego fuesen declarados inocentes <sup>203</sup>. Valazé publicó en 1784 un "Proyecto de Código General", que, aunque privado, puede ser considerado el primer intento codificador francés, en el que se observan importantes rasgos de la futura codificación, tal como la distinción entre pecado y delito y la consiguiente demanda de afectación de bienes jurídicos ajenos, traducida por la desincriminación del suicidio, la pederastia y la sodomía <sup>204</sup>. Proponía la suplantación de la pena de muerte por la de relegación. Entendía que la relegación y la confiscación eran las formas "naturales" de reemplazar a la pena de muerte, puesto que ésta se imponía bajo la idea de que el hombre había dejado de ser miembro de la sociedad por haber violado el contrato y vuelto al estado de naturaleza. De allí que esta suerte de pérdida de la paz podía traducirse en deportación y confiscación, lo que tenía la ventaja de que quizá pudiese formar otra sociedad en algún apartado rincón del mundo <sup>205</sup>. Quizá el penalista francés ilustrado, contradictor de Beccaria, pero que propugnaba profundas reformas en la legislación penal, con más sólidos argumentos, fue Vermeil <sup>206</sup>.

En Vermeil predominaba una filiación bastante próxima a Montesquieu. Se ocupaba de destacar la necesidad de secularizar al derecho penal, destacando el oscurantismo y la superstición en que se debatía la cruel legislación de su tiempo. Refiriéndose a la inquisición española decía que "España erige un tribunal de sangre, confunde la causa de Dios con la del orden social, se ocupa menos de los crímenes del hombre contra el hombre que de los crímenes del hombre contra Dios". Repite la idea de Blackstone de que con la imposición indiscriminada de la muerte para numerosos delitos de diferente gravedad se confunde a la moral pública y justifica la pena de muerte con argumentos que pretende extraer de la justicia y de la utilidad, pero limitándola por la necesidad. Observaba que era contrario al interés del estado que éste se prive de numerosos hombres que pueden ser útiles en trabajos de bien público. Destacaba que el extremo rigor de las leyes conduce

<sup>203</sup> LACRETELLE, PIERRE LOUIS, *Discours sur le préjugé des peines infamantes, couronnés à l'Académie de Metz. Lettre sur la réparation qui seroit due aux accusés jugés innocens. Dissertation sur le Ministère Public. Réflexions sur la réforme de la justice criminelle*, Paris, Cuchet, 1784, 371 pp.

<sup>204</sup> No hemos dispuesto del original francés. Tomamos los datos de la traducción alemana de KARL ADOLPH CÄSAR, *Über die Strafgesetze oder Entwurf zu einem allgemeinen Strafkodex, aus dem Französischen der Herrn von Valazé übersetzt und mit einigen Anmerkungen und Zusätzen begleitet von...*, Leipzig, 1786, pp. 130-5.

<sup>205</sup> Ídem, pp. 238-266.

<sup>206</sup> *Essai sur les réformes à faire dans notre législation criminelle*, par M. Vermeil, Avocat au Parlement de Paris, Paris, 1781.

a que no se cumplan y que es una peligrosa contradicción dejar libres a hombres a los que se ha marcado con la infamia. Sostenía que la pena de destierro es una violación al derecho de gentes. Criticaba duramente a Helvecio, quien había sostenido que el amor a sí mismo es el incentivo básico de la conducta humana, afirmando que si bien éste es necesario para la conservación, junto a él está impreso en el hombre el sentimiento de amor al prójimo, dado que está destinado a vivir en sociedad. Concluía que: "1º) el derecho del hombre social, su libertad civil, consiste en gozar bajo la protección de la ley de todas las libertades que le son propias; 2º) el interés de la sociedad exige que se repriman los problemas que ella experimenta; 3º) la inteligencia de la legislación consiste en conciliar las consideraciones debidas a los ciudadanos, incluso a los acusados no convictos, con la protección debida a la sociedad general".

*Vermeil* reafirma el principio según el cual son punibles sólo los actos externos. En cuanto al fin de la pena sostiene que es eminentemente preventivo y que la misma debe ser proporcionada a la importancia del delito y al peligro que de su impunidad resultaría para el orden social. Conforme a ello, sostiene que no es admisible más "que el grado de severidad necesario para reprimir la inclinación viciosa que la produce", con lo que parece aproximarse a la tesis de Romagnosi. "Toda pena cuyo rigor exceda este objeto de utilidad práctica es tiránica, pues si la sociedad debe ser protegida, los derechos del hombre deben ser respetados". Se muestra contrario a los argumentos de Beccaria contra la pena de muerte, sosteniendo que si bien el hombre no tiene el derecho a privar de la vida, tiene el de defenderla, con lo que el derecho a la propia defensa del estado natural pasaría a la sociedad civil como derecho a votar la muerte de quien amenaza la vida, punto de vista también análogo al de Romagnosi. Pese a todo, limitaba la pena de muerte a los atentados contra la vida humana. Se pronuncia por la limitación de los efectos de las penas a la persona del culpable. Postula un sentido altamente utilitario para la pena, al propugnar que las mismas, en tanto que sea posible, redunden en beneficio del Estado, cumpliéndose con trabajos forzados, en la marina o con deportación. Imita a Montesquieu y a Servan en cuanto a que los delitos deben ser penados con las penas más opuestas a los géneros de vicios que los hayan producido. Recomienda una gran prudencia en el empleo de la infamia, a la que atribuye efectos contraproducentes. Limita la muerte civil y la confiscación a los crímenes penados con muerte y replica los argumentos de Beccaria contra la confiscación proponiendo que para que ésta no afecte a los hijos se respete la legítima de éstos, y para que no se desprestigie el soberano enriqueciéndose con el delito, que se forme una caja con la que compensar a las víctimas de los errores judiciales o a quienes resultan absueltos después de un largo proceso con prisión preventiva, ideas éstas curiosamente actuales. Se manifestaba contrario al sistema de penas fijas, proponiendo que los jueces cuantifiquen las penas dentro de los límites legales, según la gravedad de las circunstancias.

En el campo de la cultura jurídico-penal inglesa, no puede dejar de mencionarse a William Blackstone (muerto en 1780), que fue quien llevó a cabo un embate contra el *common Law* feudal, tratando de reemplazarlo por una interpretación jusnaturalista del *common Law*, introduciendo de esta manera una sistemática de corte romanista<sup>207</sup>. Si bien su obra no se limitó al derecho penal, dedicó a éste todo el libro cuarto de la misma, de gran trascendencia en el curso posterior del derecho penal anglosajón.

*Blackstone* define a los delitos como "ofensas públicas", conforme a la doctrina de las "Perlas de la Corona". Fundaba esta denominación en que "la ley supone que el Rey, en quien se concentra la majestad de la nación entera, es la persona ofendida por cualquier infracción hecha a los derechos públicos pertenecientes a la comunidad general y, en consecuencia, es a él a quien corresponde, en todos los casos, la persecución de las ofensas contra el público"<sup>207 bis</sup>. Destaca la crueldad de casi todos los códigos de Europa, remitiéndose a Beccaria y a Montesquieu y agrega que incluso "en Inglaterra, donde las leyes que regulan la persecución en nombre de la Corona se supone, y con razón, que se aproximan más a la perfección; donde los crímenes se definen más exactamente; donde las penas son menos inciertas, menos arbitrarias; donde la acusación es siempre pública; donde la vista por jurados se hace de cara al público; donde la tortura es desconocida; donde el delincuente, sea quien fuere, es juzgado por aquellos pares contra los que no haga valer motivo válido de recusación, aunque fuera la aversión personal; aún así, repito, señalaremos, en diversos puntos, que hay partes que parecen requerir revisión y corrección, lo que proviene sobre todo de un apego demasiado escrupuloso a ciertas reglas del viejo derecho común, cuando los motivos de esas reglas han desaparecido, y de que no se hayan derogado aquellas leyes penales que son arcaicas o absurdas, como también de que se ha puesto escaso cuidado en la formación de las leyes nuevas".

Distingue entre el injusto civil y penal, afirmando que el primero atañe al individuo como tal, en tanto que el segundo "ataca y viola los derechos y deberes públicos, debidos a la comunidad entera considerada como tal, como poseedora de los caracteres y atribuciones de la sociedad reunida en un cuerpo". Concibe al poder punitivo estatal como resultado de una transferencia del poder punitivo individual del estado natural a la sociedad en el estado social.

<sup>207</sup> Cfr. TARELLO, GIOVANNI, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, p. 588.

<sup>207 bis</sup> W. BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises par ... , avec des notes de M. Ed. Christian; traduit de l'anglais sur la quinzien édition par N. M. Chompré*, Paris, 1823, T. V, p. 192. Según el prefacio de Chompré hay una traducción francesa libre del libro IV<sup>o</sup> (de las leyes criminales) hecha por el abate Coyer en 1776 y otra de la misma materia en 1801 por Ludot. También en 1776 se habría hecho una traducción completa en Bruselas sobre la cuarta edición inglesa.

En lo que hace a la ley de la sociedad, Blackstone deriva la facultad punitiva del magistrado respecto de la *mala prohibita* del consentimiento de los individuos, es decir, "del contrato primitivo al que adhirieron al convertirse en miembros de la sociedad". Admite la pena de muerte, pero aconseja gran prudencia. Sólo la justifica por la magnitud del daño o del peligro, pero no admite su justificación por la dificultad de prevenirlo de otro modo, puesto que el legislador no puede acudir a medios ilegales para obtener el cumplimiento de las leyes.

Según Blackstone las penas tienen un fin eminentemente preventivo. La compensación y la expiación de los crímenes era cuestión de la justicia divina. La prevención la entendía tanto en forma especial como general. A este respecto dice que la prevención se establece por tres medios: por las penas corporales sobre el infractor; por la ejemplarización que hace desistir al resto; por quitar al infractor la posibilidad de reincidir (muerte o prisión perpetua, sólo recomendadas para casos muy graves). En cuanto a la medida de las penas, dice que es la inteligencia del legislador la que le aconsejará cuál es la más adecuada. Rechaza de plano el criterio talional y, si bien no admite reglas fijas, afirma que cuanto más importante sea el objeto de un delito será más necesario prevenirlo y, por ende, deberá ser más severa la pena; que la violencia de la pasión o de la tentación pueden eventualmente atenuar un crimen; adhiere, por último, a la opinión de Beccaria de que las penas son más preventivas por su certeza que por su severidad y a la observación de Montesquieu de que el excesivo rigor de las penas hace que se dificulte su aplicación. Considera impolítica y falta de inteligencia la aplicación de las peores penas a delitos de distinta gravedad, porque revela una falta de habilidad gubernativa que desorienta a la moral pública y revela a la vez debilidad y crueldad.

#### IV. — EL CRITICISMO PENAL

136. Kant y el sistema talional. Hasta aquí nos hemos venido ocupando de pensamientos que —con mayor o menor pureza— arrancan de una fe en la razón frecuentemente intuitiva, pero que necesariamente demandan una investigación acerca de la razón, la que no sólo daría por resultado una teoría del conocimiento, sino una concepción metafísica y, por consiguiente la base para un sistema. Esta tarea enorme fue la llevada a cabo por Inmanuel Kant con su "crítica" de la razón (en Kant "crítica" debe entenderse como "investigación").

Hemos reservado para el final del capítulo el criticismo penal, pese a que ejerció una decidida influencia sobre varios de los autores que mencionamos. No nos será posible aquí ocuparnos de Kant en general, limitándonos tan sólo a las consecuencias penales de su

pensamiento<sup>208</sup>. Por otra parte, dada la influencia que tuvo Kant en todo el pensamiento posterior, es imposible seguir sus consecuencias en detalle. No obstante, no podemos pasar por alto una característica del pensamiento criticista, que es la que nos decide a culminar con él el capítulo sobre el racionalismo penal y a él debemos referirnos para clarificar nuestro planteamiento.

Hemos llamado "racionalismo" penal al movimiento que tiene lugar por parte de los penalistas que fundan sus sistemas en contenidos filosóficos asentados sobre una fe en el progreso de la razón humana y que desemboca o culmina con la investigación kantiana sobre la razón. El filósofo de Königsberg concluyó en que la razón tiene un límite muy preciso: no nos permite el acceso a "las cosas en sí", porque no podemos acceder a ellas por la razón fuera del tiempo y del espacio. El tiempo da lugar a la aritmética y el espacio a la geometría, de donde surge la importancia que tuvieron las matemáticas en el sistema de Kant. Con esta limitación de la razón se cierra todo un período de pensamiento en que la razón es considerada como una vía de conocimiento. Posteriormente, el romanticismo volverá a hablar de razón hasta límites increíbles, pero será otro el sentido, completamente distinto y que, desde el punto de vista kantiano —valga la paradoja— puede considerarse irracional<sup>209</sup>.

De la manera antes señalada, Kant establece los límites de la razón teórica (o razón "pura"), y, al privarla de la capacidad de alcanzar las cosas "en sí", no hace más que dejar fuera de su ámbito toda la metafísica, aunque al fin de su investigación, la crítica de la razón pura deviene ella misma una fundamentación metafísica.

No obstante, Kant no se detiene allí, sino que reconoce otra forma de razón, que no es conocimiento, sino valoración, que hace a la actuación y que, por ello, denomina "razón práctica" (de "praxis", acción).

No es por la vía de la razón pura que Kant intenta llegar a la metafísica, sino por la razón práctica, asentada en la conciencia moral del hombre. Lo bueno y lo malo, la virtud y el vicio, no son predicados de cosas, sino predicados de la conducta humana, y particularmente, predicados de la voluntad del hombre. Buena

<sup>208</sup> La bibliografía sobre KANT es inmensa. Puede verse, aunque incompleta y desactualizada, la indicada en *Bibliografía filosófica del siglo XX*, Facultades de Filosofía y Teología, San Miguel, Ed. Peuser, Bs. As., 1952, pp. 83-86.

<sup>209</sup> V. infra, cap. X, I.

o mala, virtuosa o viciosa, no es cosa alguna que no sea conducta humana. ¿Cuándo esta conducta es moral? La respuesta la da Kant de la siguiente manera: todo acto humano responde a la conciencia y a un imperativo de la misma. Todo lo que hacemos lo hacemos porque lo decidimos en razón de considerarlo un deber, pero los imperativos que nos imponen esos deberes, pueden ser de dos formas: imperativos *categóricos*, en el caso en que hacemos algo por pura obediencia a un deber incondicionado de conciencia, en tanto que el imperativo *hipotético* es el que obedecemos cuando hacemos algo para conseguir o evitar otra cosa. "Todos los imperativos mandan, ya hipotética, ya categóricamente. Aquéllos representan la necesidad práctica de una acción posible, como medio de conseguir otra cosa que se quiere (o que es posible que se quiera). El imperativo categórico sería el que representase una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesaria" <sup>210</sup>. La acción moralmente valiosa, para Kant, es pues, la que está regida por el imperativo categórico, en tanto que la otra siempre será una acción especulativa.

Esta caracterización de la moral la alcanza Kant con prescindencia del contenido del deber, ateniéndose sólo a la forma en que viene impuesto (*imperativo categórico*), como deber de conciencia, que se sintetiza en dos célebres fórmulas kantianas: "El imperativo categórico es, pues, único, y es como sigue: *obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal*" <sup>211</sup>. Esta moral está regida, pues, conforme al principio *autónomo*, es decir, conforme a las imposiciones de la propia conciencia, a diferencia de los sistemas anteriores, regidos *heterónomamente* (motivados por premios o castigos). Para concebir a la moral autónomamente (regida por la propia conciencia) es menester que se presuponga la autodeterminación, y de ello se deduce otra máxima, que es la otra formulación del imperativo categórico: "Pues todos los seres racionales están sujetos a la ley de que cada uno de ellos debe tratarse a sí mismo y tratar a todos los demás, *nunca como simple medio, sino siempre al mismo tiempo como fin en sí mismo*" <sup>212</sup>.

Esta libertad de la voluntad que es presupuesto de toda moral, es una libertad incondicionada, es decir, que "libertad" es el nom-

<sup>210</sup> *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, Madrid, 1973, p. 61.

<sup>211</sup> *Idem*, p. 72.

<sup>212</sup> *Idem*, p. 91.

bre que se da al principio que rige a los seres racionales, por oposición a causalidad, que es el principio que rige al mundo físico (irracional). “*Voluntad* es una especie de causalidad de los seres vivos, en cuanto que son racionales, y *libertad* sería la propiedad de esta causalidad, por lo cual puede ser eficiente, independientemente de extrañas causas que la *determinen*; así como *necesidad natural* es la propiedad de la causalidad de todos los seres irracionales de ser determinados a la actividad por el influjo de causas extrañas”<sup>213</sup>.

De estas líneas generales extrae Kant sus conclusiones respecto del delito y de la pena, como también de la distinción entre el derecho y la moral, que son los dos aspectos más importantes para nosotros.

a) *La pena y el delito*. Para Kant el delito se da cuando el sujeto ha violado el imperativo categórico, es decir, cuando ha empleado al otro como medio y no lo ha considerado como si fuese un fin en sí mismo. A su vez, el Estado tampoco puede proceder de modo contrario a la moral, es decir que, pese a que el delincuente haya tomado a otro como medio, el Estado no puede tomar al delincuente como medio, porque sumaría a una violación del imperativo categórico, otra violación del mismo. Toda vez que la pena sólo puede tener un objetivo moral, sólo podrá aplicarse simplemente porque se ha violado el imperativo categórico y como impuesta por un imperativo categórico ella misma, sin que pueda asignársele ningún otro fin ulterior o mediato, porque entonces estaría impuesta por un imperativo hipotético y ya no sería moral. “La pena jurídica —dice— no puede aplicarse nunca como un simple medio de procurar otro bien, ni aún en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable *por la sola razón de que ha delinquido*: porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otro ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real; su personalidad natural innata le garantiza contra tal ultraje, aún cuando pueda ser condenado a perder su personalidad civil”<sup>214</sup>. Agrega que el malhechor debe haber sido considerado digno de castigo

<sup>213</sup> *Idem*, p. 111.

<sup>214</sup> *Principios metafísicos del derecho*, Bs. As., 1974, p. 147 (reproduce la parte pertinente de la traducción de G. LIZARRAGA de la *Metafísica de las Costumbres*, Madrid, 1873).



antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos”<sup>215</sup>.

En cuanto a la medida de la pena, como el mal inmerecido que a otro le hace el malhechor también se lo hace a sí mismo (recuérdese la primera formulación del imperativo categórico), la misma estará dada por el talión, que debe ser aplicado por un tribunal y que Kant gradúa según la calidad del autor, a efectos de que sienta la misma cantidad de dolor<sup>216</sup>. El talión kantiano satisface los requerimientos de seguridad exigidos por el liberalismo, como consecuencia de la anterior arbitrariedad de las penas.

β) Por lo que respecta a la distinción entre moral y derecho, Kant entiende que la legalidad se conforma con que el hombre no viole el mandato legal, sin que importe la motivación para no hacerlo (imperativo categórico o hipotético), es decir, aunque la motivación para no violar el mandato legal tenga origen en consideraciones especulativas, pues ello sólo sería motivo de la *poena naturalis*, por la cual el vicio lleva en sí su propio castigo y a la cual el legislador no mira bajo ningún aspecto<sup>217</sup>.

Esta distinción fue negada por Engisch, argumentando que el jurista es libre de indagar y valorar los motivos, por lo que hay una contradicción en considerar hipotéticos todos los imperativos del derecho penal<sup>218</sup>. Esta crítica carece de fundamento sólido: la distinción *no niega* que el jurista pueda indagar y valorar motivaciones; lo que afirma es que *la norma jurídica no queda violada por la circunstancia de que el sujeto haya obrado conforme al deber motivado por impulsos distintos del mero impulso de cumplir con el deber*. La subjetivización del injusto que sostenemos y que afirma casi toda la doctrina contemporánea, en nada afecta a la distinción kantiana bien entendida: así, en directa referencia a los llamados “elementos subjetivos de la justificación”, por ejemplo, el precepto exige que el sujeto actúe *para* la finalidad que el precepto permite (salvar, defender, etc.), pero esto no tiene nada que ver con los motivos, porque bien se puede actuar *para* salvar, defender, etc., aunque el impulso no obedezca a ningún motivo moral, como puede ser cuando el sujeto se motiva en la enemistad, en la antipatía, en el rencor, etc., lo que será absolutamente indiferente a los efectos de establecer la presencia o ausencia del injusto.

<sup>215</sup> *Ibidem*.

<sup>216</sup> *Idem*, pp. 147-153.

<sup>217</sup> *Idem*, p. 147.

<sup>218</sup> ENGISCH, KARL, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, München, 1971, p. 88.

La distinción entre derecho y moral es un arduo problema filosófico-jurídico, como lo demuestran las distintas fronteras trazadas por Pufendorf, Thomasius, Schopenhauer, etc.<sup>219</sup>. Esta distinción se revela como principio básico del liberalismo y de su jusnaturalismo<sup>220</sup>, de lo que se deriva la enorme importancia del planteo crítico.

El pensamiento kantiano es de enormes consecuencias en nuestra ciencia, más allá de las que extrae el mismo Kant y que en ocasiones no son muy adecuadas. Su importancia emerge también de que influye toda la filosofía posterior y, por ende, todo replanteo posterior de la fundamentación antropológica del derecho penal. No es posible pasarlo por alto, al menos en algunos puntos muy variados, pero que consideramos importantes para algunos desarrollos posteriores.

Tanto el concepto kantiano de la moral como el del derecho, se hallan depurados de cualquier contenido empírico o naturalístico<sup>221</sup>, lo que es explicable en un pensamiento racionalista e idealista, que extrae la moral de reglas *a priori* y no de datos antropológicos. "No se trata aquí de si sucede esto o aquello, sino de que la razón, por sí misma e independientemente de todo fenómeno, ordena lo que debe suceder..."<sup>222</sup>. Como consecuencia de ello, Kant se aparta sustancialmente de los puntos de vista de la Ilustración y de toda la tradición de ética empírica. Fundamentalmente, esto se observa en su concepción del contrato social y en su teoría del Estado. El contrato social sólo lo admite como una idea para pensar al Estado<sup>223</sup>. El contrato deviene así una imagen, una reminiscencia jusnaturalista, detrás de la cual se alza la razón pura<sup>224</sup>. "Naturaleza" no es para Kant "libertad", tal como la entendía Rousseau, sino objetividad, ley y orden<sup>225</sup>.

En cuanto al fin del Estado, la Ilustración llegaba al mismo con argumentos empíricos<sup>226</sup>, para asignarle la finalidad de asegurar la libertad. Kant le asigna la misma finalidad, pero con argumentos idealistas: el Estado es necesario porque es la única garantía de cumplimiento del imperativo categórico, es decir que la libertad ética hace necesario al Estado, pues ésta no puede darse fuera de una situación jurídica. Si desaparece el Estado, para Kant desaparece toda garantía de libertad ética. Este terror que le infunde toda posibilidad de dis-

<sup>219</sup> V. CATTANEO, op. cit., 132-3; ENGISCH, op. cit., 84 y ss.

<sup>220</sup> BARATTA, ALESSANDRO, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963, p. 160.

<sup>221</sup> Cfr. DEL VECCHIO, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, Milano, 1958, pp. 68 y ss.

<sup>222</sup> *Fundamentación*, p. 51.

<sup>223</sup> *Principios metafísicos del derecho*, pp. 126-7.

<sup>224</sup> Cfr. CASSIRER, *Kant, vida y doctrina*, México, 1968, p. 111.

<sup>225</sup> Cfr. AMELUNG, KNUT, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt, 1972, pp. 31-2.

<sup>226</sup> Cfr. NAUCKE, WOLFGANG, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, Hamburg, 1962, pp. 16-7, 68-71.

gregación del Estado —y con ello de libertad ética, a él aunada como necesidad impuesta por la razón— le llevaba a negar todo derecho de resistencia ante el Estado. Si desaparece el Estado, en el planteo kantiano desaparecen los deberes (o mejor, la garantía de los deberes) y con ello todas las garantías éticas, pues nada garantiza que a la violación del imperativo categórico de no usar a otro como medio seguirá la pena, como necesidad impuesta por el mismo imperativo. Si bien no caben en el kantismo consideraciones empíricas, no cabe duda de que la resistencia no significa necesariamente disgregación del Estado, pero Kant llevaba las cosas hasta ese extremo, lo que le hacía aparecer como un digno exponente del despotismo ilustrado más que del liberalismo, pese a que este último siempre buscó en él un garante.

La indiscutibilidad de la libertad ética y del Estado venía muy bien al propósito de los déspotas ilustrados. Tengamos en cuenta que “al presentarse como los salvadores de sus pueblos, aquellos monarcas no tenían ninguna intención de renunciar a sus poderes despóticos. Su *flirt* con los filósofos siempre era llevado teniendo en cuenta el riesgo mayor: ellos eran conscientes de la tensión que precede al terremoto, y adoptaban las nuevas ideas sólo en lo necesario para consolidar sus propias posiciones. Si el clero se adelantaba, podía ser vuelto a su puesto eliminando del derecho penal la superstición. Si la aristocracia se tornaba muy poderosa, sus privilegios podían ser reducidos drásticamente aprobando la igualdad de todas las clases frente a las leyes”<sup>227</sup>.

Por último, en cuanto al concepto kantiano de la moral, se le reprocha a Kant que su moral se agota en lo formal, en el “cómo” de la acción y no en el “qué” de ésta, lo cual resulta cierto<sup>228</sup>.

La cuestión de la autonomía, tal como la plantea Kant, nos deja a mitad de camino, porque la autonomía no puede entenderse —ni Kant la entendió nunca— como la posibilidad de elegir cualquier conducta. Cabe que nos preguntemos si la persona que cae en la idolatría, que se aliena, es verdaderamente autónoma. Cuando el hombre se somete a cosas como fines propios —la alienación o idolatría— tampoco procurará por los otros reconociendo a través de ellos su mismidad, es decir, su autonomía correctamente entendida. La autonomía, que sólo puede fundarse en esta “mismidad”, sólo puede reconocerse a través del reconocimiento del “Tú”, como estructura similar y distinta del “Yo”. Pero para aclarar estos conceptos nos es menester andar aún un poco y, particularmente, bajar del hombre abstracto —del “ideal de humanidad” de Kant— al hombre real. Aquí nos cabe sólo recordar —para hacer justicia a Kant— que, en su planteo, la razón pura quedaba subordinada a la razón práctica, cosa que los neo-kantianos olvidaron y cayeron en el positivismo, como tampoco observaron que

<sup>227</sup> RADZINOWICZ, LEÓN, *Ideología e criminalità, Uno studio del delitto nel suo contesto storico e sociale*, Milano, 1968, p. 15.

<sup>228</sup> Cf. WELZEL, *Naturrecht*, 169; GÓMEZ, LUIS FERNANDO, *La ética kantiana y el derecho*, en “Rev. de la Univ. Externado de Colombia”, VI, 2, nov. 1965, pp. 121 y ss.

la misma razón pura se resuelve en una fundamentación metafísica. Tampoco observaron quienes siguieron a Kant que en sus últimos años éste habló de una "filosofía en sentido cósmico", caracterizada como ciencia de los fines últimos de la razón humana, asignándole como cometido la respuesta a estas cuatro preguntas: 1. ¿Qué puedo saber? 2. ¿Qué debo hacer? 3. ¿Qué me cabe esperar? 4. ¿Qué es el hombre?". El mismo Kant reconoció que la respuesta a las tres primeras preguntas revertía en la última, cometido que es de la antropología<sup>229</sup>. Aunque Kant no recorrió este camino, al menos lo dejó señalado, y, aunque la filosofía dio un rodeo larguísimo, a la larga volvió a él.

137. Feuerbach y su aproximación antropológica (el liberalismo penal). Paul Johann Anselm Feuerbach nació en Hainichen, cerca de Jena, el 14 de noviembre de 1775. En 1792 se matriculó en la Universidad de Jena, después de una disputa con su padre. En 1794 publicó su primer artículo, titulado "Sobre el estado de naturaleza"<sup>230</sup> y en 1795 otros dos: "Ensayo sobre el concepto del derecho" y "Sobre la imposibilidad de un primer principio absoluto de la filosofía"<sup>231</sup>. En el mismo año ve la luz su primer libro: "Sobre la única demostración posible acerca de la existencia y validez de los derechos naturales"<sup>232</sup>. También en ese año obtiene el grado de Doctor en Filosofía. Al año siguiente, en 1796, publicó su segundo libro: "Crítica del derecho natural como propedéutica para una ciencia del derecho natural"<sup>233</sup>. Por ese mismo año nace su primer hijo, fruto de sus relaciones extra-matrimoniales con Guillermina Tröster, con quien se casará en 1798. Este dato resulta importante en la vida de Feuerbach, porque la urgencia económica que le ocasiona este hecho es lo que le impulsa al derecho. En 1797 había publicado el "Anti-Hobbes"<sup>234</sup>. En 1798 realizó una investigación sobre el delito de alta traición. En 1799 obtuvo el grado de Doctor en Derecho también en la Universidad de Jena y publica su obra

<sup>229</sup> Sobre las preguntas kantianas, muy claramente, BUBER, MARTIN, *¿Qué es el hombre?*, cit. pp. 12 y ss.; MESSNER, JOHANNES, op. cit., p. 30; especialmente, HEIDEGGER, *Kant y el problema de la metafísica*, México, 1973.

<sup>230</sup> *Über den Stand der Natur. Ein Fragment*, en "Meissners Monatschrift Apollo", 1794, pp. 197-223.

<sup>231</sup> *Über die Unmöglichkeit eines ersten absoluten Grundsatzes des Philosophie; Versuch über den Begriff des Rechts*, en "Niethammers Philosophisches Journal", 1795.

<sup>232</sup> *Über die einzig möglichen Beweisgründe gegen das Daseyn und die Gültigkeit der natürlichen Rechte*.

<sup>233</sup> *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*.

<sup>234</sup> *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*.

más importante: "Revisión de los principios y conceptos fundamentales del derecho penal positivo"<sup>235</sup>. En 1801 publicó su "Tratado del derecho penal común vigente en Alemania"<sup>236</sup>. En 1802 dejó Jena y pasó a Kiel, Landhut y, en 1805 a München. A partir de ese año se inicia el período en que Feuerbach desempeñó cargos oficiales que le llevaron a participar en la redacción de numerosas leyes bávaras, labor legislativa cuyo punto culminante fue en 1813, con su proyecto de código penal para el Reino de Baviera<sup>237</sup>.

A partir de 1814 Feuerbach inicia su labor judicial, conforme a lo cual su vida puede dividirse en tres períodos, pensador, legislador y juez. Precisamente este es el subtítulo de una de sus biografías<sup>238</sup>. Cabe acotar, no obstante, que realizó un intento legislativo penal de revisión del código bávaro en 1824, el que en 1825 quedó frustrado por un cambio ministerial. La falta de delicadeza del nuevo ministro provocó una violenta reacción de Feuerbach, que abandonó totalmente el trabajo y posteriormente, cuando la nueva comisión le solicitó sus borradores, informó que los había destruido. No obstante, sus manuscritos se conservaron y fueron publicados muy recientemente<sup>239</sup>.

Los últimos años de Feuerbach están teñidos de leyenda: la aparición de un desconocido, un joven que había permanecido encerrado durante años, criándose aislado de todo contacto humano, despertó el interés del jurista, quien tomó partido en favor del infortunado Kaspar Hauser —que fue como se le llamó— y contra el que algunos sostenían que era un simulador, otros que era el heredero de un noble húngaro, en tanto que Feuerbach creyó descubrir en él a un príncipe bávaro. Protegió a Kaspar Hauser hasta su muerte, y Hauser le sobrevivió poco, pues fue asesinado a los pocos meses de la muerte de Feuerbach. La leyenda quiso que también corriese

<sup>235</sup> *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts.*

<sup>236</sup> *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, cuya primera edición aparece en Giessen en 1801 y alcanza catorce ediciones, hasta 1847, las posteriores a la muerte del autor actualizadas por Mittermaier.

<sup>237</sup> Entre nosotros fue conocido por la traducción francesa de CH. VATEL, *Code Pénal du Royaume de Bevière*, París, 1852.

<sup>238</sup> KIPPER, EBERHARD, *Johan Paul Anselm Feuerbach, sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter*, Darmstadt, 1969. Estas tres condiciones se resaltan en la placa que con motivo del 150º aniversario de su natalicio fue descubierta en el Tribunal de Ansbach, del que Feuerbach fue Presidente (cfr. KIPPER, pp. 179-180).

<sup>239</sup> SCHUBERT, GERNOT, *Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahre 1824*, Berlin, 1978, pp. 233-302.

la versión de que Feuerbach había sido envenenado como consecuencia del "affaire" Hauser, pero entre sus biógrafos, Radbruch otorga a la versión el mero valor de leyenda<sup>240</sup>, en tanto que Kipper ni siquiera la menciona<sup>241</sup>, dando por cierto que Feuerbach murió después de una enfermedad circulatoria que ya le había causado dos ataques anteriores, el 29 de mayo de 1833.

Feuerbach dio forma a su pensamiento en los años de su juventud, pudiendo considerarse el curso posterior de su existencia como un desarrollo y aplicación de ese pensamiento juvenil. No fue muy estudiado, sino hasta tiempo reciente<sup>242</sup>. Se solía reparar en los aspectos más débiles de su pensamiento y casi exclusivamente en su teoría de la pena, creyéndoselo frecuentemente como un kantiano sin originalidad, pasando por alto el profundo contenido antropológico de su pensamiento, sin reparar en que el Ritter von Feuerbach es el "hombre del cruce", en que convergen dos siglos, dos métodos y, por ende, dos pensamientos. En tanto que el Iluminismo marca una etapa de pensamiento político preferentemente, a partir de los primeros años del siglo XIX comienza una época científica y positivista, encontrándose Feuerbach entre ambos métodos: la crítica filosófica y el positivismo jurídico<sup>243</sup>. Él conjuga ambos, al punto de que los "Prolegómenos" de su *Lehrbuch* pueden considerarse como la primera estructuración de una parte general del derecho penal en sentido moderno<sup>244</sup>. Por otra parte, con Feuerbach el racionalismo penal alemán llegará a su máximo esplendor, porque luego le seguirá el romanticismo. Feuerbach también se encuentra en este cruce: del lado racionalista y al borde de la época romántica.

La posición de Feuerbach —al borde del romanticismo y del lado racionalista— se hace patente en su polémica con Savigny acerca de la codificación. Savigny representaba el pensamiento supraindividual y romántico y Feuerbach el individualista y racionalista. Esta posición salva a Feuerbach del positivismo, llevándole siem-

<sup>240</sup> RADBRUCH, GUSTAV, *Paul Johann Anselm Feuerbach, Ein Juristenleben*, Göttingen, 1969, p. 209; igual ERIK WOLF, *Grosse Rechtsdenker*, p. 577.

<sup>241</sup> KIEPPER, 175-7. La leyenda fue recogida en una novela de escasa calidad: WASSERMANN, JAKOB, *El misterioso Caspar Hauser*, Bs. As., 1947.

<sup>242</sup> V. la extraordinaria investigación llevada a cabo por CATTANEO. MARIO A., *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970.

<sup>243</sup> CATTANEO, pp. 14-5.

<sup>244</sup> *Promegomena über den Begriff, die Quellen, Hilfswissenschaften und Literatur des peinlichen Rechts*, en el *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, pp. 2 a 110 de la 11ª edición de GIESSEN, 1832, última revisada por el autor (una traducción francesa parcial en VATEL, op. cit., a partir de la pp. 370).

pre a buscar un equilibrio entre la filosofía y el derecho positivo, dándole a la primera la jerarquía de fuente del segundo. Aunque hoy pueda criticarse su tentativa de fundar una ciencia del derecho natural separada de la ciencia del derecho positivo, no nos cabe duda de que vio y planteó el problema que aún reclama solución y que el positivismo jurídico quiso ignorar pretenciosamente: el hombre frente al derecho.

El aspecto más importante del cruce de corrientes del pensamiento en que se halló Feuerbach fue la filosofía crítica por un lado y el pensamiento revolucionario francés por el otro. De esta encrucijada surgió la parte más fecunda del pensamiento feuerbachiano. Su preocupación antropológica se evidencia desde los inicios mismos de su actividad intelectual. Su primer trabajo versó sobre el estado de naturaleza y, si bien le reconoce mero valor simbólico o instrumental —en lo que no sería original—, lo cierto es que va más allá y critica el concepto mismo, porque indica un estado bucólico, que no es moral ni inmoral, que es inocente, pero que no es humano; “la razón quiere libertad —dice— y no naturaleza, el hombre debe dominar sobre la naturaleza y no ella sobre él”<sup>245</sup>. Desde este primer trabajo se observa la oposición de Feuerbach al concepto de “naturaleza” de Hobbes, que era justamente el que llevaba a Hobbes al absolutismo.

De esta libertad reclamada por la razón, este pensador extrae su concepto del derecho, entendido como “una libertad sancionada por la razón, como condición para alcanzar los fines más altos”<sup>246</sup>. ¿Qué significa esto del “derecho como libertad sancionada por la razón”? Para explicitarlo, debemos referirnos antes al aporte más importante de Feuerbach.

Feuerbach, en la encrucijada entre el criticismo —que en Kant era aliado del despotismo ilustrado— y el pensamiento revolucionario francés, emprende la defensa de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa. Lo hace con argumentos kantianos, frente al otro criticismo que atacaba la razón misma de la Revolución y no sólo los excesos del terror (que también eran criticados por Feuerbach)<sup>247</sup>. En sus investigaciones no habla de “derecho”, sino que suele hablar de “derechos”, en plural<sup>248</sup>. Para él, los dere-

<sup>245</sup> *Über den Stand der Natur*, cit. por CATTANEO, p. 41.

<sup>246</sup> Cit. por CATTANEO, p. 65.

<sup>247</sup> Uno de ellos era REHBERG; v. RADBRUCH, op. cit., p. 25.

<sup>248</sup> Cfr. GRÜNHUT, MAX, *Anselm v. Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung*, en “Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft”, Hamburg, 1922, p. 15.

chos, entendidos aproximadamente como derechos subjetivos, no se derivan del deber de respetarlos, sino que son anteriores a éste y se reconocen por la razón <sup>249</sup>. El principal aporte de Feuerbach es, pues, una derivación crítica del derecho —o de los derechos— distinta, precedente e independiente de la kantiana. Para Kant —como vimos— el derecho se reconocía por el deber, es decir que del deber de respeto erigido en imperativo categórico deduce los derechos; del deber moral (imperativo categórico) surge el derecho de cada quien a ser considerado y tratado como fin en sí mismo y la consiguiente prohibición para los otros de mediatizarlo. Luego, para Kant el derecho se deriva o reconoce a partir de la moral. De allí que para Kant la pena no puede ser más que retribución por la violación del deber moral (del imperativo categórico) y que la legítima defensa no pueda ser causa de justificación. Kant deriva el derecho (subjetivo) del deber moral (imperativo categórico) del otro, lo que le lleva también a negar toda posibilidad de derecho de resistencia, porque sin la garantía del deber desaparece el derecho. *Feuerbach, en lugar, encuentra los derechos en la razón práctica del titular y no en la del obligado*. Al objetivismo kantiano le opone un subjetivismo. Al derivar los derechos de la razón práctica del titular, los independiza de lo moral (del imperativo categórico), con lo que reconoce, dentro de la razón práctica, pero independientemente del campo de la moral, la función de reconocer derechos. Consiguientemente, para Feuerbach, la razón práctica no sólo impone deberes sino que también cumple la función de reconocer derechos. A esta segunda función de la razón práctica, desconocida en el planteo kantiano, Feuerbach la llama “razón práctica jurídica” (*praktische-juridische Vernunft*).

De esta manera, Feuerbach fundamenta los derechos del hombre de manera totalmente separada de la moral y, consiguientemente, aspira a fundar sobre esta segunda función que le reconoce a la razón práctica, una ciencia de los derechos naturales totalmente separada de la moral. En esto se observa con claridad la influencia del pensamiento revolucionario francés, que alcanza con este jurista bávaro su más exquisita y definida expresión. Desde este ángulo Feuerbach lleva a cabo una elocuente defensa del derecho de resistencia, que era negado por Kant. En el *Anti-Hobbes*, Feuerbach

<sup>249</sup> “Preguntar cuál es el origen del orden jurídico equivale en realidad a preguntar cuál es la naturaleza de la ‘conciencia del derecho’ que tiene el hombre”, afirma con justicia contemporáneamente LUYFEN (*Fenomenología del derecho natural*, Bs. As., 1968, p. 45).



personifica en Hobbes al absolutismo estatal, pero esta obra, respecto del derecho de resistencia, era tan "anti-Hobbes" como "anti-Kant"<sup>250</sup>, puesto que Kant y Feuerbach participaban de distintas concepciones del Estado. El Estado es para Feuerbach un medio de garantizar derechos<sup>251</sup>, en tanto que para Kant sólo puede haber derechos en el Estado, derivados de la garantía de cumplimiento del deber de respeto al hombre (imperativo categórico). En tanto que el Estado para Feuerbach sirve sólo para tutelar derechos, para Kant sirve como creador mismo de la condición jurídica, que no concibe fuera del Estado<sup>252</sup>. Si tenemos en cuenta las consecuencias de esta distinta concepción en el campo penal y, además, que la distinción entre moral y derecho de Feuerbach es más nítida que la de Kant, no nos quedarán muchos motivos para seguir señalando a Kant como el garante del penalismo liberal, e incluso, la misma idea del Estado de derecho se adapta más al Estado feuerbachiano que al kantiano.

Que Feuerbach opera con una concepción antropológica distinta de la de Kant no nos cabe la menor duda. En tanto que la distinción kantiana entre moral y derecho es sólo formal, porque el orden jurídico sería un comportamiento "moral" con indiferencia de "motivación", en Feuerbach la cuestión diferencial se convierte en cuestión de contenido: como no parte del orden (del derecho objetivo), sino de los derechos subjetivos derivados de la misma razón práctica del titular en forma independiente de la moral, los derechos no son permisos morales, porque abarcan también el derecho al comportamiento inmoral. Los derechos tampoco pueden deducirse del deber de no interferir en los comportamientos morales ajenos, pues de lo que se trata es de no interferir en los derechos subjetivos ajenos.

Cabe observar que estos derechos subjetivos, que él llamaba "derechos externos", no son ilimitados. Se derivan de la razón, pero ésta no puede contradecirse a sí misma, de modo que dentro de la misma razón práctica hallan su límite, que es la prohibición de usar al otro como medio. Si bien este es el límite de lo jurídico, cabe reconocer que, sin violarlo, hay una cantidad de conductas que no se derivan del deber moral y cuya elección es el ámbito de la libertad jurídica. Por otra parte, con este límite Feuerbach

<sup>250</sup> V. WOLF, ERIK, *Grosse Rechtsdenker*, Tübingen, 1951, p. 543.

<sup>251</sup> WOLF (op. et loc. cit.), remonta hasta él el origen de la tradición clásica del constitucionalismo de WEIMAR.

<sup>252</sup> Cfr. CATTANEO, op. cit., 236-7.

salva también la unidad de la razón práctica, que cumple la función moral al reconocer el deber por imperativo categórico y la razón jurídica al reconocer los propios derechos, pero sin quedar escindida en una razón práctica moral y una razón práctica jurídica sin contacto alguno.

Esta visión subjetivista de los derechos, fundada en la razón y con metodología criticista, es el mayor aporte de Feuerbach a la teoría jurídica. En general, Feuerbach supo unir, "al profundo conocimiento de las exigencias concretas de la vida jurídica, una inusual claridad y energía de pensamiento"<sup>253</sup>, lo que le permitió ver las inflexibles consecuencias de un derecho que se pretendía derivar del deber —cosa que no vio Kant, que no era jurista— y le condujo a deducir directamente el derecho de la razón práctica, sin pasar por el deber moral como intermediario, sino reconociéndole sólo su posición de límite garantizador de la no contradicción interna de la razón práctica.

Del planteo jurídico de Feuerbach quedan hoy en pie consecuencias que la cultura jurídica de nuestros días puede suscribir sin titubeos. El orden surge para que el hombre pueda realizarse y, por otra parte, los derechos no son permisos morales ni acciones moralmente indiferentes: los derechos existen tanto para la acción moral como para la acción inmoral. El deber jurídico no surge para permitir la acción moral del otro, sino también para permitir la acción inmoral ajena, siempre que ésta no consista en la cosificación de un ser humano.

De la concepción del derecho y del Estado de Feuerbach se deriva una posición respecto de los bienes jurídicos que, a nuestro juicio, constituye el punto de partida hacia el que es menester referirse para plantear con claridad tan arduo problema. Creemos, por nuestra parte, que el criterio de Feuerbach al respecto fue el que receptó nuestra ley penal positiva. Nunca pudo ser mejor el acierto en la elección hecha por Tejedor, porque entre revolucionarios panfletarios e iluministas del despotismo ilustrado, Feuerbach fue el "hombre del cruce", que hizo la defensa racional de los derechos del hombre y colocó un límite a la potestad punitiva por ese camino, límite que coincide con la elocuente y fina expresión de nuestro artículo 19 constitucional.

Nos nos ocuparemos aquí de su teoría de la pena como "coac-

<sup>253</sup> BAUMGARTEN, ARTHUR, *Paul Johann Anselm von Feuerbach, anlässlich seines 100. Todestags*, en "Sch. Z. f. Strafrecht", Bern, 1933, pp. 293-310 (297).

ción psicológica”, que es por lo que usualmente se conoce a Feuerbach, y que es uno de los aspectos menos importantes de su pensamiento. No obstante, debemos aclarar que constituye una razón más para alabar la elección de Tejedor, el fuerte rechazo que hizo Feuerbach de la teoría Grolmann, quien, al igual que Romagnosi —aunque con ciertas diferencias que no vienen al caso— identificaba pena con defensa, pues su concepto del Estado como garante, hacía que la pena fuese seguridad<sup>254</sup>, en lo que también viene a coincidir con nuestro texto constitucional. Si aún quedase alguna duda acerca de que Tejedor eligió como modelo el texto del más clarificado penalista de su tiempo, y que no fue como alguien apresuradamente dijo, una “veleidad bávara” de Tejedor, podemos agregar que la sobriedad de nuestro código penal es herencia directa de la del código bávaro de 1813, alabada por Binding<sup>255</sup>.

La independencia de los derechos y la moral dejaba abierto el camino a Feuerbach para sostener una teoría relativa de la pena, que Kant no podía fundamentar, como consecuencia de que hacía nacer el derecho de la moral y, por ende, la pena tenía que tener el mismo fundamento. Si bien es cierto que la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach es hoy insostenible, porque sabemos que “la criminalidad es un fenómeno fundamentalmente independiente de la ley penal”, y que “no podemos infundir miedo al autor ni eliminar el miedo de la sociedad frente al autor”, es decir, sabemos que no es cierto que el criminal deba tener miedo a la ley y a la amenaza de pena, pero que nosotros no debemos tener miedo porque el hecho del criminal lo tenemos bajo control mediante la ley<sup>256</sup>, lo cierto es que esto no deja de ser un pensamiento común a su época, que no podemos reprocharle personalmente. De tal forma, es absolutamente injustificada —y denota un profundo desconocimiento de su pensamiento— la afirmación de Pinatel, que sostiene que las ideas de Feuerbach revelan una concepción mecanicista y degradante del hombre<sup>257</sup>. Al margen del valor —hoy descartado— de la teoría de la coacción psicológica, tampoco debemos olvidar que el requerimiento del conocimiento de la dignidad o merecimiento de pena del acto, que era demandado por la misma, ha contribuido extraordinariamente a la teoría del error.

<sup>254</sup> Cfr. CATTANEO, pp. 286-7.

<sup>255</sup> BINDING, KARL, *Zum hundertjährigen Geburtstage Paul Anselm Feuerbachs*, reproducido en BINDING, *Strafrechtliche un strafprozessuale Abhandlungen*, I, München und Leipzig, 1915, 507-521 (515).

<sup>256</sup> Sobre ello, HALL, KARL ALFRED, op. cit. en “Fest. f. Erik Wolf”, 1972, p. 81.

<sup>257</sup> PINATEL, JEAN, *L'élément legal de l'infraction devant la criminologie et les sciences de l'homme*, en “Rev. Sc. Crim.”, 1967, 687.

138. **Valoración del contenido antropológico de las concepciones de Kant y de Feuerbach.** Si quisiéramos sintetizar la diferencia más notoria entre ambas concepciones, podríamos decir que Kant busca el derecho —o los derechos— partiendo del deber moral reconocido por la razón práctica del obligado a respetarlo, en tanto que Feuerbach encuentra esos derechos indicados por la propia razón práctica del titular. Por supuesto que ninguno de ambos fue positivista, pero al positivismo le fue más útil Kant que Feuerbach, pues en tanto que Feuerbach es inmanejable para un positivista jurídico, cualquiera sea el número de retoques que se le hagan, Kant puede ser más fácilmente manipulado, alterando, por cierto, algún punto clave de su pensamiento. Es natural que Feuerbach quedase en la penumbra durante todo el positivismo jurídico, mencionándose sólo en forma tangencial y por los aspectos menos importantes y más desacreditados de su pensamiento.

En verdad, si bien el pensamiento feuerbachiano es abiertamente jusnaturalista y no llega a dar en la clave del problema antropológico, lo cierto es que se encuentra más cerca de ella que la versión usual que del mismo se proporciona en el kantismo.

Después de un largo rodeo filosófico, el pensamiento de Kant ha sido reinterpretado en forma original en nuestro siglo, y a la luz de esa reinterpretación —que ha sido clave para uno de los pensamientos más fecundos de nuestro mundo contemporáneo— debemos valorar también a Feuerbach. Recordemos las famosas preguntas kantianas, cuando en su “filosofía en sentido cósmico” el filósofo quiere sintetizar en ellas el interés de la razón: “¿Qué puedo saber? ¿Qué debo hacer? ¿Qué me cabe esperar?” ¿Por qué decía Kant que estas tres preguntas pueden resumirse en la cuestión antropológica? ¿Por qué “¿Qué es el hombre?” resume a las otras tres? La explicación de Heidegger es certerísima y abre un panorama nuevo al retomar originariamente las preguntas kantianas: esas tres preguntas interrogan sobre los límites del hombre, y la cuestión antropológica deviene así cuestión filosófica y fundamento de la verdadera cuestión filosófica. La cuestión filosófica por excelencia es la ontología, pero para preguntar por el ser de los entes, hay que interrogar a los entes. Para ello, se debe elegir alguno, y el ente señalado, fundamentalmente porque es el ente capaz de decidir de su ser, es el hombre. El hombre es un ente finito, luego, el interrogante sobre la finitud del hombre es inherente a su preguntar sobre el ser de los entes. Las tres preguntas kantianas no son más que una precisión de los límites del hombre: si pregunto qué es lo que puedo saber, es por-

que hay algo que no puedo saber; si pregunto qué debo hacer, es porque hay algo que no debo hacer y si pregunto qué me cabe esperar, es porque hay algo que no me cabe esperar. De allí que la cuarta pregunta (¿Qué es el hombre?) resuma las tres anteriores y que todas se remitan a la primera (¿Qué puedo saber?)<sup>258</sup>. De allí que la crítica de la razón pura pueda ser considerada una indagación sobre la finitud del hombre y, por tanto, una indagación sobre el fundamento de la metafísica, es decir, sobre la posibilidad de la ontología<sup>259</sup>.

Si frente a este planteamiento, comparamos las perspectivas de Kant y de Feuerbach, veremos que Kant partía de la respuesta a la pregunta sobre qué debe hacer el hombre para responder a la cuarta pregunta, que es acerca de lo que el hombre es (o puede ser). Feuerbach buscaba autónomamente el ámbito de lo que el hombre puede ser, tratando de invertir el planteo. Con Feuerbach cobra primaria importancia la pregunta antropológica, en tanto que Kant deriva la respuesta a la misma del “¿Qué debo hacer?”

Por cierto que la pregunta antropológica “no sólo no se subordina a las tres anteriores, sino que se transforma en la primera, de la cual se derivan las otras tres”<sup>260</sup>, y allí, en la primera, en el “¿Qué puedo saber?”, es donde puede no coincidir con la respuesta feuerbachiana, pero ello no obsta a reconocerle el mérito de haber señalado adecuadamente el camino de la interrogación antropológica como fundamentadora. A partir de ese camino antropológico, Feuerbach no se limitó a proteger al Estado del delincuente, sino también al delincuente del Estado<sup>261</sup>.

Jiménez de Asúa, tras afirmar que Tejedor tuvo una “veleidad bávara”, afirmación que —como dijimos— es altamente superficial, observa que su texto fue interpretado con elementos y argumentos

<sup>258</sup> V. HEIDEGGER, *Kant y el problema de la metafísica*, trad. de Gred Ibscher Roth y rev. de Elsa Cecilia Frost, México, 1973, especialmente, pp. 171-182; en la trad. italiana de María Elena Reina, Milano, 1962, pp. 267 y ss.

<sup>259</sup> Ibidem.

<sup>260</sup> Idem, p. 181; en la trad. italiana, p. 283.

<sup>261</sup> BLOCH, ERNST, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt, 1961, p. 107. Sobre el pensamiento de FEUERBACH en relación con el de KANT y el de HEGEL, referido especialmente al problema de la libertad, HOLZHAUSER, HEINZ, *Willensfreiheit und Strafe, Das Problem des Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit*, Berlín, 1970.

italianos<sup>262</sup>, lo que en gran medida es cierto. No obstante, la interpretación del texto con elementos italianos del tipo de los carrarianos no era tan descabellada, porque Carrara no fue del todo extraño a influencias del idealismo alemán. De cualquier forma, los detalles de estas influencias mutuas y de la forma en que se combinan en nuestra doctrina primera, es cuestión que debe estudiarse más profundamente para lograr conclusiones serias. Pero, al margen de esta cuestión —que está necesitada de investigación— hubo en el penalismo argentino una voz kantiana cuyo signo es inconfundible y manifiesto: la de Rodolfo Rivarola.

Es lógico que Rivarola no criticase mucho al código Tejedor y lo hiciese en mayor medida con el texto de 1886, producto de una incoherente modificación de aquél<sup>263</sup>. El código Tejedor debía parecerle más coherente a Rivarola, frente al texto de 1886 y, especialmente, frente a los embates positivistas de la época, que llevaron a otros autores a un inexpresivo eclecticismo —como en el caso de González Roura<sup>264</sup>— o a una posición más abiertamente positivista a Moyano Gacitúa, aunque sin que llegase a rechazar la inimputabilidad<sup>265</sup>.

El pensamiento kantiano de Rivarola se refleja en la distinción que hace entre moral y derecho<sup>266</sup>, entre otras cosas. Esta misma postura filosófica le lleva a defender la autonomía del derecho penal frente a las pretensiones de reducción antropológica y sociológica, propugnadas por el positivismo criminológico en boga de la época<sup>267</sup>. Puede, sin duda, ser considerado como uno de los más claros exponentes del pensamiento penal que trató de mantenerse libre de las simplificaciones positivistas. Quizá su escasa combatividad y algunos titubeos fueron los que dieron pie a que Ramos lo considerase positivista<sup>268</sup>.

Esta circunstancia no fue un azar, sino que obedece a que Rivarola fue el primer catedrático de filosofía que tuvo la Universidad de Buenos Aires en 1896<sup>269</sup>. Si bien no levantó la bandera contra el positivismo filosófico con una crítica aguda —como sería luego la de Korn o la de Alberini— lo cierto es que, pese a alguna admiración por Spencer, Rivarola se salvó de la “filosofía de moda”, permaneciendo mucho más próximo a Kant y con algunos reconocimientos a mé-

<sup>262</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *Evolución del Derecho Penal Argentino*, cit., p. 8.

<sup>263</sup> RIVAROLA, RODOLFO, *Exposición y crítica del Código Penal de la República Argentina*, Bs. As., 1890, Introducción, pp. 1-2; igual en *Derecho Penal Argentino, Parte General*, Bs. As., 1910, pp. 16-7.

<sup>264</sup> V. GONZÁLEZ ROURA, OCTAVIO, *Derecho Penal*, Buenos Aires, 1922, I, pp. 37-73.

<sup>265</sup> MOYANO GACITÚA, CORNELIO, *Curso de Ciencia Criminal y Derecho Penal Argentino*, Bs. As., 1899, p. 338.

<sup>266</sup> RIVAROLA, *Derecho Penal Argentino*, pp. 84 y ss.

<sup>267</sup> *Idem*, pp. 90 y ss.

<sup>268</sup> RAMOS, JUAN P., *Curso*, 1935, I, p. 315.

<sup>269</sup> V. RIVAROLA, RODOLFO, *Escritos filosóficos*, Bs. As., 1945; VELÁSCO, LEOPOLDO, *La vida y obra del maestro Dr. Rodolfo Rivarola*, Bs. As., 1944; FARRÉ, LUIS, *Cincuenta años de filosofía en Argentina*, Bs. As., 1958, pp. 45-53.

ritos escolásticos. Rivarola hizo su teoría penal sin exponer previamente un sistema filosófico ni precisar **acabadamente** sus puntos de partida. No obstante, es bueno apuntar que afirma que toda la exposición está sometida a la crítica filosófica, que "limita la precipitación de las teorías científicas"<sup>270</sup>.

En nuestro país, fue sin duda Rivarola la voz del criticismo penal más autorizada.

Rivarola no fue propiamente un filósofo, puesto que su formación y sus trabajos más importantes fueron jurídicos. No obstante, fue el penalista argentino de su tiempo con mayor versación filosófica. Cuando ocupó su cátedra filosófica en 1896, al fundarse la Facultad, con él no se agregó una nueva voz al coro positivista de la época, sino que, pese a la importancia que otorgaba a Spencer, muestra un equilibrio prudente considerando el ambiente intelectual en que debía actuar<sup>271</sup>. Cuando en 1904 elevó su programa para la cátedra de ética y metafísica, cobraba mayor relieve la teoría kantiana<sup>272</sup> y en el breve programa que para la misma cátedra eleva en 1907, ya se puede advertir que otorga una amplia prevalencia al estudio de las teorías kantianas<sup>273</sup>. De este modo, evitó no sólo que la cátedra de filosofía cayese en manos positivistas, sino que lo logró en plena euforia positivista. Con razón se ha dicho que "en el fondo, era el espíritu kantiano que penetraba así en las aulas de la nueva Facultad, pero despojado de la audacia creadora que infundió a la época del idealismo alemán. Era un Kant a la defensiva, una especie de coraza kantiana para parar los golpes del positivismo"<sup>274</sup>.

Esta feliz circunstancia no se limitó sólo al ámbito de los orígenes de nuestra filosofía académica, sino que Rivarola extendió su benéfico efecto a su obra jurídica y, en gran medida, habida cuenta de que fue una de las voces más decisivas en la larga gestación de nuestro código, a nuestra misma ley penal.

<sup>270</sup> RIVAROLA, op. cit., p. 78.

<sup>271</sup> V. el *Discurso inaugural*, en *Escritos filosóficos*, cit., p. 7.

<sup>272</sup> *Idem*, p. 26.

<sup>273</sup> *Idem*, p. 35.

<sup>274</sup> JOSÉ LUIS GUERRERO, en "Palabras preliminares" a los *Escritos filosóficos*, cit., p. XIII.





## CAPÍTULO X

### EL ROMANTICISMO PENAL

I. — CARACTERIZACIÓN GENERAL: 138. Caracterización general. - II. — AL INFINITO POR LA DIALÉCTICA IDEALISTA: HEGEL: 140. Hegel. 141. Los penalistas hegelianos alemanes. 142. El hegelianismo penal italiano: Pessina. 143. El neo-idealismo penal italiano. 144. El neo-hegelianismo alemán. - III. — AL INFINITO POR LA CIENCIA: EL POSITIVISMO: 145. Caracterización general. 146. El concepto positivista del hombre y sus consecuencias penales (aproximación al mismo). 147. Panorama del positivismo penal. 148. El positivismo utilitario: Bentham. 149. El positivismo penal evolucionista materialista: Lombroso. 150. El positivismo penal sociológico: Ferri. 151. El platonismo rudimentario de Garofalo. 152. La llamada "lucha de escuelas": la antropología biológica contra la antropología filosófica. 153. El positivismo penal evolucionista-espiritualista de von Liszt. 154. El positivismo correccionalista: Dorado Montero. 155. El positivismo jurídico-penal. 156. El positivismo jurídico de Binding. - IV. — AL INFINITO POR LA INTUICIÓN: EL "ROMANTICISMO" STRICTO SENSU: 157. El correccionalismo. 158. La "Escuela penal humanista". 159. El derecho penal y Nietzsche. 160. Caminos irracionales menores. - V. — AL INFINITO POR EL MATERIALISMO DIALÉCTICO: MARX: 161. Marx.

*Óptima cosa es la medida*  
(Cleóbulo).

#### I. — CARACTERIZACIÓN GENERAL.

139. **Caracterización general.** Hemos visto que el Iluminismo fue un movimiento eminentemente racionalista, caracterizado por su fe ciega e irracional en el indefinido avance de la razón. Dado el nebuloso concepto de razón y el acto de fe que de ella hacían, era natural que el mismo movimiento llegase a su punto culminante con una investigación acerca de la razón misma, que, como vimos,

fue la crítica kantiana, que por vía de la referencia apriorística a tiempo, espacio y categorías<sup>1</sup>, puso de relieve la finitud de la razón. Pero por ese camino, no sólo encontró un límite a la razón y al conocimiento, sino al hombre mismo, con lo que —como lo destacó Heidegger— no fue una teoría del conocimiento, sino toda una fundamentación metafísica.

Desafortunadamente, pocas cosas parecen irritar más al hombre que la consciencia de su propia finitud. A la concepción antropológica finita de Kant sucedió una reacción frenética que llegó a cumbres inverosímiles. La consigna de esa reacción fue llegar a las “cosas en sí”, proclamadas como inaccesibles por Kant, y a las que quisieron llegar todos a como diese lugar. No se trataba de nuevas teorías del conocimiento simplemente, sino que lo que se debatía era el concepto mismo del hombre. El acceso a las “cosas en sí” implicaba una respuesta a la primera pregunta kantiana (¿qué puedo saber?) de carácter absoluto: todo. Consecuencia de esta respuesta era una concepción del hombre como ente ilimitado. Todas las tentativas persiguieron lo mismo: unos sosteniendo un tortuoso concepto de razón, otros reemplazando a la razón por el sentimiento o por la fe, otros disfrazando a la fe o a la intuición como razón, otros negando “las cosas en sí”, otros afirmando que las “cosas en sí” son las que se presentan tal como la intuición ingenua las ofrece. Todo ese pensamiento, que es presa de un verdadero frenesí en pos de lo infinito, es el romanticismo, aunque muchas de sus manifestaciones que bajo este rubro consideramos aquí, en los manuales de historia de la filosofía se consideren por separado y, por consiguiente, reduzcan el calificativo “romántico” a un escaso número de pensadores de comienzos del siglo xix.

La senda antropológica que había dejado señalada Kant en su concepción finita del hombre será retomada en nuestro siglo, pero antes, el pensamiento circulará, desplegando un inmenso rodeo, cuya consigna fue: “abajo los límites: hacia lo infinito”. Este rodeo del pensamiento tuvo muy graves e importantes consecuencias penales, que señalaremos, con la obvia brevedad que corresponde a un trabajo general.

El pensamiento romántico, moviéndose en procura del principio infinito, se orientó por dos grandes caminos: α) Uno de ellos consistió en concebir a la razón de modo “irracional”: lo real y lo

<sup>1</sup> Las categorías son el *a priori* decisivo. Las formas de la sensibilidad externa e interna sólo preparan lo que debe subsumir el entendimiento (Crítica de la razón pura, *Analítica trascendental*, I, II, c. 3).

racional se identifican. Este camino, a su vez, puede entenderse también en dos sentidos distintos: la razón deja de ser una simple vía de conocimiento para convertirse en una potencia creadora, en forma tal que todo lo real es creado o poco menos por la razón, lo real es racional porque lo racional es real (vía idealista); la otra senda pretende que lo real es siempre racionalmente cognoscible, puesto que no hay "cosas en sí", sino que todas las cosas son como se nos aparecen sensorialmente, en forma tal que todo lo racional es real, porque todo lo real es racional (vía materialista). β) El otro camino consiste en suplir o reemplazar a la razón con componentes emocionales o irracionales (fe, sentimiento, intuición). Aquí se introducen estos componentes en forma que puede dar lugar a una consideración complementaria, o bien, llegar a un irracionalismo o antirracionalismo completo. Entre ambos polos hay una inmensa gama de variantes.

Dentro del primer camino, en su variante idealista, el pensamiento más importante fue la dialéctica idealista hegeliana, en tanto que su segunda variante corresponde a todas las manifestaciones del positivismo. El segundo camino corresponde al de todos los irracionalismos e intuicionismos. Completaremos nuestra exposición con la consideración de la dialéctica materialista, que no deja de ser una suerte de síntesis o de simbiosis de las corrientes románticas.

## II. — AL INFINITO POR LA DIALECTICA IDEALISTA: HEGEL

140. Hegel. Hegel trató de superar lo finito, negándolo en cuanto tal. Para Hegel hay un infinito y este principio infinito no es otra cosa que la razón. Toda vez que niega lo finito, y lo único infinito es la razón, lo único que es, es la razón y nada más. Como corolario, todo lo que es, es porque es racional, porque participa del principio infinito y en la medida en que participa del mismo. Debe quedar claro que Hegel no pretende que la razón trate de comprender lo real, sino que afirma que lo real no es posible de no ser racional. De allí que sintetice su pensamiento afirmando que "lo que es racional es real, y lo que es real es racional"<sup>2</sup>.

Si comparamos a Hegel con Kant, de inmediato caeremos en la cuenta del universo que les separa: Kant hace de lo finito la base de su filosofía, en tanto que Hegel niega lo finito. El camino

<sup>2</sup> *Grundlinien der philosophie des Rechts*, Vorrede.

antropológico que dejó señalado Kant es despreciado por Hegel, porque Kant, dejó abierto el camino para que sea precisamente la finitud lo que haga que la antropología desempeñe un papel fundamentador ontológico. Hegel desprecia y niega esa finitud, se burla de ella, siempre en pos del principio infinito que llama "razón".

No debe creerse que la razón es para Hegel lo mismo que Kant entendió por razón; en modo alguno. La razón no es para Hegel algo pasivo, sino una fuerza activa, algo creador, dinámico, que condiciona la existencia de todo lo que existe porque es lo que le da existencia. Es un principio infinito que se completa a sí mismo, porque avanza triádicamente, como tesis, antítesis y síntesis. Todo lo finito se diluye en este principio infinito que avanza triádicamente y que se objetiva.

"El único objetivo que Hegel pretendió atribuir a su filosofía (y ha procurado realizar con su filosofía) es la justificación racional de la realidad, de la presencialidad, del hecho, cualquiera que sea"<sup>3</sup>. De allí el gran conservatismo que hay en la filosofía de Hegel: no distingue entre ser y deber ser (como hacía Kant), sino que para él lo que es, es porque debe ser. Ese "ser que debe ser" se revela por la razón, que para él es la Idea o "auto-conciencia", que avanza dialécticamente. La función de la filosofía es rescatar a la razón cuando se pierde, fenómeno que Hegel llama "alienación" y que quizá sea su verdadero aporte a la antropología filosófica. Su sistema cae en un optimismo desenfrenado en el que todo puede justificarse. "No hay errores ni males, los errores y los males no son considerados por sí, sino en consideración a los momentos positivos y dentro de la síntesis que es siempre verdad y bien"<sup>4</sup>.

La filosofía de Hegel participa de la naturaleza del pensamiento romántico: un principio infinito que es captado como intuición y a partir del cual se da la respuesta a cualquier problema. Es una manera de expulsar de la filosofía —de un sólo golpe— todos los problemas filosóficos, no obstante lo cual, y como no podía ser de otra manera, "se le vuelve a presentar incesantemente un problema fundamental: el de sí mismo"<sup>5</sup>.

Hegel es un filósofo oscuro. Su poca claridad de expresión ha dado lugar a que se le interpretara de la forma más diversa. Así, Kauf-

<sup>3</sup> ABBAGNANO, III, 92.

<sup>4</sup> SCIACCA, 474.

<sup>5</sup> ABBAGNANO, NICOLA, *Filosofía, religión y ciencia*, Bs. As., 1961, p. 15.

mann afirma que Hegel no llegó tan lejos como los románticos contra Kant, sino que quiso integrar a Kant y al romanticismo en un único sistema<sup>6</sup>. Adorno sostiene que “la aspiración de totalidad de la filosofía tradicional, culminante en la tesis de la racionalidad de lo real, es inseparable de la apologética. Y ésta se ha convertido en absurda. La filosofía que se plantease todavía como total, en cuanto sistema, llegaría sí, a ser un sistema, pero de delirio”<sup>7</sup>, y creemos que le asiste gran razón en este juicio. Por otra parte, pese a que creemos innegable el conservatismo de Hegel, Marcuse trata de rescatar un supuesto valor revolucionario de Hegel y hace recaer todo el conservatismo del pensamiento romántico en el positivismo<sup>8</sup>. Reichenbach llega a sostener que el sistema de Hegel “es la pobre construcción de un fanático que ha descubierto una verdad empírica y trata de convertirla en una ley lógica dentro de la más anticientífica de todas las lógicas”<sup>9</sup>. Juicios tan dispares se pueden explicar sólo partiendo de la oscuridad de su exposición. Naturalmente, ante este panorama, quedamos relevados de intentar aquí una exégesis de todas estas interpretaciones, que últimamente han arreciado<sup>10</sup>.

Si bien para Hegel la autoconsciencia logra satisfacerse recién en otra autoconsciencia, lo cierto es que el dilema —aparente o real— entre autonomía y vinculación de la conciencia lo resuelve por vía de la objetivación vinculante, de la cual el Estado es el depositario. Entre el hombre político antiguo y el “hombre fin en sí mismo” kantiano, Hegel se decide abiertamente por el primero y el hombre se pierde en el Estado, como grado superior de objetividad vinculante, aunque luego, también el Estado se pierda en la historia. En último análisis, Hegel mediatiza al hombre en la historia<sup>11</sup>. Por otra parte, la historia es concebida como un espíritu en acción, que reconoce al mundo oriental, al mundo griego, al mundo romano y, por último, al mundo germano<sup>12</sup>, lo que no hace extraño que Hegel haya sido un filósofo oficial en su tiempo. Además, cabe tener en cuenta que no sólo es el hombre el que desaparece en el Estado, ni el Estado que desaparece en la historia, sino que, por aplicación de su principio dialéctico, todo lo

<sup>6</sup> KAUFMANN, WALTER, *Hegel*, Madrid, 1972, p. 28.

<sup>7</sup> ADORNO, THEODOR W., *Filosofía y superstición*, Madrid, 1972, pp. 11-12.

<sup>8</sup> MARCUSE, HERBERT, *Razón y revolución*, Madrid, 1972.

<sup>9</sup> REICHENBACH, HANS, *La filosofía científica*, México, 1967, p. 82.

<sup>10</sup> Así lo destaca SAUER, E. FRIEDRICH, *Filósofos alemanes*, México, 1973, pp. 103-4 y lo revela la bibliografía que incluye WALTER KAUFMANN al final de su trabajo, cit.

<sup>11</sup> V. el párrafo cit. por KAUFMANN, p. 259.

<sup>12</sup> V. §§ 355 a 358 de sus *Grundlinien der philosophie des Rechts*.

que es tiende a negarse, a quedar conservado y destruído por acción de la síntesis en que todo se halla *aufgehoben* —palabra misteriosa en la terminología de Hegel—, lo que equivale a decir que, en cierto sentido, su metafísica es una suerte de suicidio cósmico.

Hegel entiende por espíritu (*Geist*) una fuerza, una dinámica<sup>13</sup>, que constituye la totalidad de lo real, y que, como tal, pasa por tres fases: subjetiva, objetiva y absoluta. La fase subjetiva del espíritu se alcanza con la libertad, esto es, al emerger el hombre de la naturaleza. Alcanzada la fase subjetiva y agotada con la libertad, el hombre pasa a la fase del “Espíritu objetivo”, en que rompe la subjetividad para entrar en la vida colectiva, fundando las relaciones con otras auto-conciencias, y es allí cuando surgen el derecho, la ética, la moral, la historia. Por último, el espíritu entra en la fase absoluta, en que se eleva sobre el mundo, lo que es objetivado en el arte, la religión, la filosofía. Como el derecho pertenece a la segunda de esta tríada de fases, es decir, al “espíritu objetivo”, y ésta recién comienza con la libertad, o sea, cuando alcanza su máximo la fase del espíritu subjetivo, la conclusión es que el hombre no puede actuar de modo jurídicamente significativo si carece de libertad. Si el hombre no ha alcanzado la fase de la libertad (auto-conciencia), no puede pretender entrar en relación con otra auto-conciencia y, por ende, no puede entrar en relaciones que corresponden al espíritu objetivo. De esto se deducen dos consecuencias jurídico-penales importantes: α) Lo primero que se debe indagar cuando nos hallamos frente a una apariencia de delito, es la capacidad psíquica del sujeto para ser libre. El inimputable, el que no actúa con libertad, no puede actuar antijurídicamente, pero tampoco jurídicamente. La libertad no será un presupuesto de la culpabilidad, sino de la antijuridicidad. β) El hombre que pertenece a una cultura diferente, que no ha alcanzado como cultura la culminación de la etapa del espíritu subjetivo, tampoco puede entrar en relaciones que hacen al espíritu objetivo, quedando fuera de la comunidad jurídica. Por esta vía, Hegel consagra un etnocentrismo que le haría merecedor de ser considerado un ideólogo de cualquier conquista.

El derecho en Hegel es un concepto sumamente complicado, que pertenece al espíritu objetivo, y que nace de la persona libre —autoconciente— pero que se manifiesta en la convivencia de auto-conciencias. Esta convivencia establece un límite a la esfera

<sup>13</sup> KAUFMANN, p. 287.

externa de libertad, del que nace el derecho de propiedad y su regulación natural es el contrato, como acuerdo de voluntades libres. La violación culpable de obligaciones contractuales es el delito, que representa una negación del derecho. Esta negación del derecho demanda a su vez una negación de ella, que es la pena. La pena, como negación del delito, que es negación del derecho, es afirmación del derecho, porque la negación de la negación es afirmación. De allí que la pena se justifique por sí misma, sin que deba reconocer —ni pueda reconocer— otro fundamento racional que su necesidad, evidenciada por la razón, que ordena la afirmación del derecho.

De lo dicho no puede concluirse que Hegel sea contractualista en cuanto al origen del Estado, sino que sólo considera que la pena corresponde como remedio a una violación contractual, por lo que la cuestión de los delitos pertenece al derecho privado y no al derecho público. Lo que según Hegel impide que la pena sea privada es que si quedase librada a los particulares, no tendría carácter moral, por ser un simple acto de venganza, cuya interioridad no estaría constituida por el fin de reparar el derecho con la negación de la negación de éste. De allí que afirme que la pena sólo alcanza moralidad cuando es aplicada por el Estado<sup>14</sup>.

Resulta francamente intolerable que se considere que la pena es un medio para asegurar las obligaciones contractuales, pero si alguna duda queda acerca del conservatismo de Hegel, ésta ya queda del todo excluida con la diferencia que introduce entre moralidad y eticidad.

Para Hegel, el propósito interno no interesa en el derecho, sino que es una cuestión que hace a la moralidad. Una acción la considera moral cuando responde al imperativo categórico, pero considera que el sistema de Kant es hueco, que se trata de una moral que corresponde al interior del sujeto, y cree hallar un criterio objetivo de ella en lo que llama "eticidad". Hace consistir a la "eticidad" en una objetivación de la moralidad, dada en la familia, en la sociedad civil y, finalmente, en el Estado. La eticidad es, pues, un grado más alto que la moralidad, porque es una objetivación de ésta, y el máximo grado de la objetivación de la moralidad se da en el Estado. Por mucho que algunos pretendan que Hegel no glorificaba así al Estado prusiano —que le colmaba de favores—, sino a un ideal Estado racional, lo cierto es que el Estado prusiano

<sup>14</sup> *Grundlinien der philosophie des Rechts*, §§ 103-4.

le hacía catedrático de Berlín y, aunque fuese cierto lo afirmado por sus actuales defensores, aún frente al Estado racionalmente concebido, cabe preguntarse dónde queda el punto de partida, esto es, la libertad y la auto-conciencia, cuando su máximo grado de objetivación es el Estado.

En tanto que "Moralität" proviene de "mores", "eticidad" proviene del "Ethos" griego, que coincide con las "Sitten" alemanas (costumbres) y de allí que use "Sittlichkeit" (eticidad). En definitiva, lo que Hegel hace es una glorificación de la costumbre que pierde al hombre en el espíritu comunitario, como queda claro con su afirmación de que "la absoluta totalidad ética no es otra cosa que un pueblo". Recuérdese que la glorificación de las costumbres es una actitud irracionalista, muy propia del romanticismo. Esta glorificación de las costumbres y del Estado tiene consecuencias catastróficas para la teoría del bien jurídico, pues la costumbre, como "eticidad" en el sentido de moralidad objetivada, es susceptible por sí de convertirse en un bien jurídico, y, además, todos los bienes jurídicos desaparecen en el Estado, cuyo único objeto con la pena es reafirmar el derecho como necesidad impuesta por la razón.

Pretender que el pensamiento hegeliano tiene contenido revolucionario, como lo pretende Marcuse, pese a todo el arsenal de argumentos sutiles que esgrime<sup>15</sup>, es tarea poco menos que irrealizable. Marcuse pretende demostrar que Marx fue un heredero y continuador de Hegel y que el materialismo dialéctico es el heredero natural del idealismo alemán. En algún sentido puede ser ello cierto, como que ningún pensamiento se da descolgado de todo contexto y de todo antecedente, pero no nos cabe duda de que el idealismo hegeliano y el positivismo son dos justificaciones del *statu quo* postrevolucionario. Sea que lo real es real porque es racional o que lo racional es racional porque es real, la cuestión es la misma y la actitud que subyace es idéntica. No nos atrevemos a afirmar que Hegel no sea otra cosa que una gran sofisticación que encubría una posición de déspota ilustrado, pero lo cierto es que con esta cara lo vio la historia y así sirvió en gran medida al autoritarismo y contribuyó a alejar al derecho penal de cauces antropológicos. No negamos las posibilidades de otras interpretaciones de su pensamiento, pero objetivamente tampoco se nos puede negar que ésta fue la faz con que se lo vio en la historia.

Al menos respecto de la interpretación que predomina<sup>16</sup>, creemos que lleva razón Buber al afirmar que el sistema de Hegel es

<sup>15</sup> MARCUSE, *Razón y revolución*, cit.; hay otro trabajo anterior de MARCUSE sobre HEGEL en un sentido diferente: *La ontología de Hegel*, Bs. As., 1970.

<sup>16</sup> V. por ej., DE RUGGIERO, GUIDO, *Hegel*, Bari, 1968; sea dicho esto sin perjuicio de otros puntos de vista en cuya discusión no podemos entrar



una desviación tan grande del pensamiento antropológico, como “nunca había ocurrido todavía en la historia del pensamiento humano”. Su influencia favoreció la “desposesión de la persona humana concreta y de la sociedad humana concreta en favor de la razón del mundo, de sus procesos dialécticos y de sus formaciones objetivas”<sup>17</sup>.

Agrega Buber, con neta referencia al afán de construir un sistema, que Hegel, que de joven había seguido el sendero antropológico, lo interrumpió luego, tratando de edificar una tercera gran mansión para el hombre, que había quedado al sereno luego del derrumbe de las grandes mansiones cosmológica de Aristóteles y teológica de Santo Tomás. Aunque Kant se había percatado del problema y había concluido en que no era tarea de la filosofía edificar una nueva mansión, Hegel desvió el curso del pensamiento y trató de edificar una mansión “logológica”, que nunca llegó a alojar verdaderamente al hombre, sino que fue casi un acicate para retomar la senda antropológica<sup>18</sup>.

El llamado de atención para retomar la senda perdida no se hizo esperar y provino de Kierkegaard, que llevó un ataque frontal a esta filosofía. El existencialismo no es un canto de alabanza al irracionalismo, sino precisamente un llamado de atención hacia la existencia misma del hombre en su problematicidad. La razón que se enrosca en sí misma identificando realidad con racionalidad, queda convertida en algo ajeno al hombre. El llamado kierkegaardiano<sup>19</sup> —redescubierto por nuestro Unamuno<sup>20</sup>, para honor de los que hablamos castellano— es el grito del hombre saliendo de la mansión “logológica” de Hegel.

141. Los penalistas hegelianos alemanes. Hegel fue tempranamente seguido en nuestra materia, por varios autores alemanes. A la diversidad de códigos dictados en Alemania se trató de oponer, particularmente a partir de 1840, una sistemática sobre la que

---

aquí. Por ejemplo: BLOCH, ERNST, *El pensamiento de Hegel*, Bs. As., 1945; CROCE, BENEDETTO, *Saggi sullo Hegel*, Bari, 1948; DILTHEY, WILHELM, *Hegel y el idealismo*, México, 1944; HIPPOLITE, JEAN, *La concepción de la antropología y del ateísmo en Hegel*, Bs. As., 1972; LÖWITH, KARL, *De Hegel a Nietzsche*, Bs. As., 1974; SERRAU, RENÉ, *Hegel y el hegelianismo*, Bs. As., 1964; GULIAN, CONSTANTINE, *Método y sistema de Hegel*, México, 1971; BOURGEOIS, B., *El pensamiento político de Hegel*, Bs. As., 1972; etc. (V. la bibliografía cit. por KAUFMANN, WALTER, *Hegel*, Madrid, 1972).

<sup>17</sup> BUBER, MARTIN, *¿Qué es el hombre?*, México, 1964, p. 41.

<sup>18</sup> *Idem*, 43-6.

<sup>19</sup> No tiene sentido afirmar que KIERKEGAARD se mantuvo dentro del pensamiento hegeliano, como pretende PALMIER, JEAN-MICHEL, *Hegel*, México, 1971, pp. 101 y ss. Sobre KIERKEGAARD, SARTRE, HEIDEGGER, JASPERS y otros, *Kierkegaard vivo*, Madrid, 1970.

<sup>20</sup> V. MIGUEL DE UNAMUNO, *Del sentimiento trágico de la vida*.

edificar una común teoría del derecho penal, y para ello se echó mano preferentemente de la filosofía de Hegel<sup>21</sup>. Después de Feuerbach, el más importante dogmático que había tenido Alemania fue Karl Georg von Waechter (1797-1880)<sup>22</sup>, de pensamiento netamente liberal, con un concepto formal de culpabilidad, pero exigiendo como componente del dolo la consciencia de la antijuridicidad, aunque sin atender para la cuantificación de la pena a ninguna característica personal del autor, sino sólo a la cuantificación concreta del hecho en su magnitud de injusto. No obstante, el pensamiento de Waechter no estaba asentado en una posición filosófica sólida como para permitir la tarea que se impusieron los hegelianos, a partir de alrededor de 1840, pues para ello necesitaban un esquema estructural muy firme, como el que les facilitaba precisamente el sistema idealista de Hegel, con el delito concebido como negación del derecho y la pena entendida como negación del delito.

Christian Reinhold Köstlin (1813-1856) fue quien emprendió la tarea de fundar un sistema del derecho penal sobre la filosofía hegeliana<sup>23</sup>, en el que concibió al derecho como la eticidad en su forma objetiva y al delito como la lesión del derecho “como tal”, es decir, dirigido no contra una particular forma de aparición del derecho, sino contra su esencia misma, como su negación general, haciendo fincar la justificación de la pena en la justicia abstracta y la necesidad absoluta de reparar objetivamente el derecho. No obstante, al lado de esta justificación —y acercándose un poco a la pretensión actual de distinguir entre fin de la pena y fin de la ejecución penal— admitía una finalidad secundaria correccionalista, combinándola con la justificación absoluta de la misma. Se negaba a fijar legalmente criterios de individualización judicial de la pena, afirmando que bastaba con sentar el principio y dejar que de él extraiga el juez sus consecuencias, pues de lo contrario

<sup>21</sup> Cfr. SCHMIDT, *Einführung*, p. 283.

<sup>22</sup> V. WAECHTER, KARL GEORG VON, *Abhandlungen aus dem strafrechte*. Leipzig, 1835; *Beitrag zur Geschichte und Kritik der Entwürfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund*, Leipzig, 1870; *Beiträge zur deutschen Geschichte*, Tübingen, 1845; *Die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen*, Leipzig, 1874; *Beilagen zu Vorlesungen über das Deutsche Strafrecht* Stuttgart, 1877; *Strafrechtliche Fragen*, Leipzig, 1877; *Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1825-6; *Gemeines Recht Deutschlands insbesondere gemeines deutsches Strafrecht*, Leipzig, 1844; *Das Königlich sächsische und das thüringische Strafrecht*, Stuttgart, 1857.

<sup>23</sup> KÖSTLIN, CHRISTIAN REINHOLD, *Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts*, 1845; *System des Deutschen Strafrechts*, Tübingen, 1855.

se corría el riesgo de que las "leyes pesquen en las aguas turbias de la política".

Julius Friedrich Heinrich Abegg (1796-1868)<sup>24</sup>, siguió también de cerca las ideas de Hegel en nuestro campo, basando la pena en el principio general de la justicia retributiva, lo que le llevaba a los mismos resultados infructuosos que en este terreno había tenido Köstlin. Sus esfuerzos dogmáticos no se pueden pasar por alto, no obstante esta característica general, y tampoco su tentativa de combinar la historia y la filosofía concebidas como dos partes de una misma totalidad. En cuanto a su concepción del delito y de la pena, seguía casi estrictamente los pasos de Hegel: "El crimen —decía—, es injusto, como tal y porque es tal, no debe permanecer, debe ser nuevamente cancelado (*aufgehoben*), y por cierto que aparte de cualquier otro fundamento y de cualquier otra finalidad, para volver con ello al derecho a su dominio intocable, en sí sagrado e inquebrantable, que en casos especiales ha sido quebrantado en una especial existencia". "La pena encontrará su lugar, de este modo, simplemente al servicio de la justicia, y ésta será la norma también para la aplicación, los presupuestos, la clase y la cantidad de la misma"<sup>25</sup>.

Albert Friedrich Berner (1818-1907), desarrolló toda su actividad en la Universidad de Berlín, desde su habilitación en 1844 hasta su retiro en 1899. Su adición a Hegel se manifiesta en los siguientes términos: "El crimen, la lesión del derecho como derecho, es algo en sí correcto; en esta corrección interna se manifestará mediante la pena. Correcto es el crimen en cuanto que quiere ser cancelación del incancelable derecho. Esta corrección se manifestará como tal en lo que ella es, es decir, será aniquilada. La pena es así, negación de la negación, dicho afirmativamente, afirmación del derecho"<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> ABECC, JULIUS FRIEDRICH HEINRICH, *System der Kriminalrechtswissenschafts*, 1826; *Beiträge zur Begutachtung des Entwurfs des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Bayern vom Jahre 1854*, Erlangen, 1854; *Beiträge zur Kritik des Entwurfs zu einem Criminalgesetzbuche für das Königreich Sachsen vom Jahre 1836*, Neustadt a.d. Orla, 1837; *Beiträge zur Strafprocess-Gesetzgebung*, Neustadt a.d. Orla, 1841; *Lehrbuch des Strafrechtswissenschaft*, Neustadt a.d. Orla, 1836; *Die verschiedene Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse zu einander und zu dem positiven Rechte und dessen Geschichte*, Neustadt a.d. Orla, 1835; *Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft*, Breslau, 1830.

<sup>25</sup> ABECC, FRIEDRICH HEINRICH, *Die verschiedenen Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse zu einander und zu dem positiven Rechte und dessen Geschichte*, Neustadt a.d. O., 1835, p. 28.

<sup>26</sup> BERNER, ALBERT FRIEDRICH, *Grundlinien der kriminalistischen Imputationslehre*, Berlín, 1843; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1857

Posteriormente, en su *Lehrbuch* habrá de afirmar que la pena halla su fundamento en la retribución y en la justicia que en ella finca, pero sin olvidar que el Estado está sólo para la conservación del orden jurídico, de lo que deduce una "segunda base del derecho penal", de la que emergen los fines de intimidación y corrección como complementarios del de justicia, puesto que siempre serán perseguidos dentro de los límites que ésta impone. Así, si la cantidad de pena que corresponde a la justicia retributiva se ha cumplido antes de obtener las finalidades de intimidación y de corrección, no se podrá prolongar la pena, porque sería injusta; inversamente, si esos fines son logrados antes de cumplirse la cantidad de pena correspondiente a la justicia retributiva, se penará hasta esta medida, pues de lo contrario también la pena sería injusta. Consideraba que cuanto más firme se hallase el orden jurídico, menores debían ser las penas, puesto que el fin de aseguramiento del mismo no requería penas mayores. Con estas consideraciones, Berner se fue acercando al pensamiento de la prevención general, en forma de indentificarse casi con éste, resultando clara su vinculación con el concepto del Estado liberal, sostenedor de la conservación del orden jurídico<sup>27</sup>.

Hugo Hälschner (1817-1889), que fue profesor en Bonn, admitió incluso con mayor amplitud que los otros hegelianos alemanes la secundariedad de fines en la pena y las combinaciones de teorías. Si bien afirmaba, como todos ellos, que el único fin de la pena es la cancelación del delito, concibiéndola como una retribución del hecho criminal mediante una coerción inferida al criminal, sostenía, que la justicia requería que la pena en su cantidad y calidad fuese adecuada a la culpabilidad, pero además, incluso aceptaba que dentro de ciertos límites, en cuanto a la cuantificación, la pena no correspondiese estrictamente a la justicia retributiva, sino que hubiese un cierto margen de juego para consideraciones de pura utilidad. Así era como también reconocía a la pena una finalidad de corrección, sólo que afirmaba que "la inmediata realización de la corrección no puede ser el fin de la pena"<sup>28</sup>.

---

(ediciones posteriores en 1863, 1866, 1868, 1871, 1874, 1876, 1877, 1879, 1881, 1882, 1884, 1886, 1889, 1891, 1898); *Lehrbuch des deutschen Pressrechts*, Leipzig, 1876.

<sup>27</sup> Cfr. SCHMIDT, EB., *Einführung*, p. 290.

<sup>28</sup> HÄLSCHNER, HUGO, *Geschichte des brandenburgisch-preussischen Strafrechts*, Bonn, 1855; *Das gemeine deutsche Strafrecht systematisch dargestellt*, Bonn, 1881 y 1887; *Das preussische Strafrecht*, Bonn, 1855 y 1868; *System des preussischen Strafrechtes*, I (1858), II (1868).

En general, del pensamiento de estos autores resulta claro que eran en el fondo liberales, que mediante el pensamiento de la retribución, que lograban apelando a la justicia retributiva hegeliana como necesidad incondicionada de afirmación del derecho, lo que perseguían era hallar un límite más o menos cierto para la pena, que en modo alguno podía ser dado por la corriente correccionalista, por ejemplo. En último análisis, no es otro el propósito que persiguen ahora las teorías retributivas de la pena, en que la retribución es más bien un recurso mental para dejar a salvo la certeza de la pena, que un concepto con contenido real.

Cabe destacar que estos autores tuvieron el mérito de situar a la acción o conducta en el centro básico de la teoría del delito. "En la primera mitad del siglo XIX, volvieron los hegelianos (especialmente Abegg, Berner, Köstlin) al punto de vista de que el efectivo fundamento de la imputación yace en la acción, y con ello repusieron al concepto mismo de acción como punto central del sistema jurídico-penal. Ellos determinaron la acción en la línea ya retomada por Pufendorf, ante todo con las palabras de Hegel, como 'la realización de la voluntad' (libre) de un sujeto (imputable): el 'principio motor de la acción' sería 'la voluntad', a la que el derecho hace valer como atribución las mutaciones del mundo exterior, en tanto hayan sido dispuestas por ella"<sup>29</sup>. Si bien su concepto de acción identificaba "acción" con "acción culpable", obligando a comenzar la sistematización con el análisis de la culpabilidad (imputabilidad) del autor, no cabe duda de que su concepto analítico era superior en este sentido a algunos postulados posteriores de origen positivista.

142. **El hegelianismo penal italiano: Pessina.** En la Universidad de Nápoles, en el siglo pasado, Vera y Spaventa explicaban la filosofía de Hegel, haciendo de esa universidad el centro del hegelianismo italiano en la segunda mitad de dicho siglo. Allí fue profesor Enrico Pessina (1828-1916), que fue el penalista de la época en que mayor impacto causó el hegelianismo, que lo recibió tanto directamente como a través de los hegelianos alemanes<sup>30</sup>. Pessina

<sup>29</sup> WELZEL, 38-9.

<sup>30</sup> Cita expresamente a HEGEL, pero también a ABBEGG y a BERNER, entre otros. Considera que el derecho penal depende de la razón misma (PESSINA, ENRICO, *Elementi di Diritto Penale*, Napoli, 1882, I, p. 20; hay trad. castellana de Hilarión González del Castillo, Madrid, 1913; las citas son de la edición italiana).

definía a la filosofía del derecho penal como “la investigación racional de los principios absolutos de la justicia punitiva”<sup>31</sup>. Siguiendo el pensamiento hegeliano, afirmaba que la justicia penal no puede fundarse en los intereses del individuo ni en los de la sociedad, sino en algo superior, “y esto, que es superior al individuo y a la sociedad, es el destino del hombre, único que puede justificar los intereses sociales e individuales”<sup>32</sup>. Para Pessina, el interés individual era el interés de una parte, contra el que la convivencia humana tiene el derecho de luchar, siendo “el reino del derecho” el objeto de la lucha<sup>33</sup>. Hay aquí un claro planteamiento dialéctico de interés de la parte contra interés de la convivencia, que se sintetiza en el “reino del derecho”. Esta síntesis se opera, porque, siguiendo a Hegel, cree en una continua evolución del hombre, “de la materia del espíritu”<sup>34</sup>.

El sentido de la “eticidad” (*Sittlichkeit*) hegeliana, se manifiesta en Pessina con claros ribetes nacionales: requiere que el Estado se adecue, en sus regulaciones jurídicas, a la consciencia nacional: “Para que el Estado nacional opere como órgano del derecho, es menester que la consciencia nacional del contenido del derecho se formule en el derecho positivo, en las *leyes penales*”<sup>35</sup>. Esta insistencia en la consciencia nacional, probablemente la toma de Spaventa, que la había tomado del romanticismo italiano<sup>36</sup>.

Su concepto del delito no puede ser más hegeliano: el delito es la negación del derecho. “Maleficio es la acción de la libertad humana que infringe el derecho”. “La violación o negación del derecho demanda su reafirmación”<sup>37</sup>. Su evolución del derecho penal también sigue de cerca la concepción hegeliana de la historia: “Todas las especiales direcciones del destino humano, pese a su variedad, tienen en común el moverse hacia un mismo fin supremo, como que se originan en un mismo principio, que es la unidad del espíritu humano”<sup>38</sup>.

Consecuentemente con su pensamiento, la pena es “el acto de la sociedad que, en nombre del derecho violado, somete al delincuente a un sufrimiento, como medio indispensable para la reafir-

<sup>31</sup> Idem, p. 9.

<sup>32</sup> Idem, p. 17.

<sup>33</sup> Idem, p. 20.

<sup>34</sup> Idem, p. 21.

<sup>35</sup> Idem, p. 40.

<sup>36</sup> Sobre ello, ABBAGNANO, III, 426-8.

<sup>37</sup> PESSINA, op. cit., p. 37-8.

<sup>38</sup> Idem, p. 46.

mación del derecho". No obstante, al igual que Köstlin, acepta que la pena persiga también un fin correctivo sobre el delincuente, a condición de que no se lo tome como su fin inmediato.

Pessina, al igual que los hegelianos alemanes, era hombre de pensamiento liberal, y si bien manifiesta que la "ley penal es la necesaria manifestación de la conciencia jurídica de un pueblo respecto a la punición del delito", que es "la exposición del derecho penal por obra de la sociedad jurídica", y que "el objeto de la ley penal es determinar el contenido del derecho penal en nombre de la conciencia nacional"<sup>39</sup>, de estas afirmaciones deriva que la ley penal debe contener todo lo que es la materia del derecho penal, debiendo aparecer como el producto de la facultad constitucional para interpretar esa conciencia. Conforme a esto, reivindica el principio de reserva, la garantía del juez natural, el debido proceso legal, la inviolabilidad del domicilio, etc., al mismo tiempo que rechaza la costumbre como fuente del derecho penal<sup>40</sup> y reafirma el principio de interpretación restrictiva y de aplicación de ley más benigna<sup>41</sup>.

Spirito pretende que Pessina terminó en el eclecticismo, navegando entre las supuestas escuelas "clásica" y "positivista", versión que es recogida por otros autores. Para ello se funda en un párrafo de Pessina en su historia del derecho penal italiano, que aparece en su conocida *Enciclopedia*<sup>42</sup>, concluyendo en que "su posición ecléctica no puede ser de fecundidad alguna para el desenvolvimiento del derecho penal, no pudiendo valer para el historiador sino como el indicio de la comenzada disolución de la escuela clásica"<sup>43</sup>. De la lectura del párrafo que cita Spirito no surge otra cosa que el reconocimiento de los aportes de las disciplinas empíricas en el derecho penal, particularmente en lo que hace a la delimitación del campo de la demencia y del delito, pero nada hay de ecléctico en ello, no vemos que Pessina haya cedido un sólo paso en sus convicciones originales.

<sup>39</sup> Idem, p. 88.

<sup>40</sup> Idem, pp. 89-90.

<sup>41</sup> Idem, p. 94. Otras obras de PESSINA son: *Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX*, Firenze, 1868; *Il naturalismo e le scienze giuridiche*, Napoli, 1879; *La crisi del diritto penale nell'ultimo trentennio del secolo XIX*, Napoli, 1906; *Manuale di diritto penale italiano*, 1893-5; *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente*, Milano, 1906. Sobre PESSINA: MAZZOLA, ENRICO, *Nel I centenario della nascita di E. P.*, Napoli, 1928.

<sup>42</sup> SPIRITO, UGO, op. cit., pp. 155-158.

<sup>43</sup> Idem, p. 158.

143. **El neo-idealismo penal italiano.** La renovación filosófica del idealismo en Italia correspondió a Giovanni Gentile y a Benedetto Croce. El clima espiritual de Italia venía siendo propicio para el desarrollo del idealismo. La unidad política de Italia se vió necesitada de enfrentar al Papado, por cuestiones circunstanciales políticas, lo que hizo que necesitase de una filosofía que pudiese oponerle a la Iglesia la Nación como valor. Fue por eso que en la segunda mitad del siglo XIX la escuela napolitana desarrolla el hegelianismo, pero con la advertencia de que ese hegelianismo tenía signo liberal, como por otra parte, correspondía al signo político de la casa real tras la cual se unificaba políticamente la península. En nuestro siglo hubo una renovación del hegelianismo en Italia, un neo-hegelianismo, cuyo representante más importante fue Giovanni Gentile<sup>44</sup>, aunque en esta ocasión, su signo político fue totalmente inverso.

Este neo-idealismo se suele identificar con la "filosofía del fascismo". Es verdad que Gentile suele ser considerado como el ideólogo del fascismo, como que fue muerto por su adhesión al gobierno "titere" de 1944, pero también es cierto que el fascismo —como todo movimiento político— no tuvo "una" filosofía, porque no fue "una" filosofía, sino, precisamente, un movimiento político<sup>45</sup>. No obstante, el pensamiento filosófico de Gentile desemboca en un gran autoritarismo. Mientras que Marcuse señala a Gentile como el filósofo del fascismo, tratando de demostrar que nada tiene que ver con Hegel<sup>46</sup>, Abbagnano indica que "el facismo no tenía, en sus comienzos, ninguna doctrina, a menos que se quiera llamar tal a un genérico e intolerante nacionalismo"<sup>47</sup>. Entre estas dos posiciones está la verdad, puesto que lleva razón Abbagnano al afirmar que el fascismo no tenía una filosofía, pero el mismo autor reconoce que Gentile se sintió identificado con el régimen y se convirtió en su máximo exponente intelectual. El fascismo no se generó a partir de las ideas de Gentile, sino que el Estado totalitario se adoptaba como ideal de Estado en la concepción de Gentile. De allí que, en este sentido, tenga también razón Marcuse al señalar a Gentile como el filósofo del fascismo. En lo que no coincidimos con Marcuse es en separar a Gentile del pensamiento hegeliano, pues, a nuestro en-

<sup>44</sup> V. GENTILE, GIOVANNI, *Opere complete*, Firenze, 1930-1952. Fondazione Giovanni Gentile per gli studi di Filosofia, *Giovanni Gentile. La vita e il pensiero*, Firenze, 1948.

<sup>45</sup> V. GENTILE, *Il fondamento del fascismo*; es conocida la influencia que ejerció en esa época, particularmente por los altos cargos que desempeñó. Puede verse la síntesis de su discurso, ya casi totalmente perdida la guerra, en SANTARELLI, ENZO, *Storia del Fascismo*, Roma, 1973, III, 251-3.

<sup>46</sup> *Razón y Revolución*, cit., p. 392.

<sup>47</sup> ABBAGNANO, III, 428.



tender, Gentile corona la línea que usualmente se atribuye a Hegel, sin perjuicio de que ese pensamiento admita otras exégesis más correctas o simplemente distintas, asunto sobre el que no estamos en condiciones de emitir opinión.

Tampoco todo el neo-hegelianismo fue fascista, porque Croce se apartó de esa posición política, lo que no impide reconocer que el neo-hegelianismo filosófico italiano tiene todos los componentes autoritarios del hegelianismo, aumentados con ulteriores desarrollos. De cualquier manera, la cabeza visible del movimiento no fue Croce, sino Gentile, puesto que Croce era hombre más universal, más humanista, aunque menos filósofo<sup>48</sup>. En algunos aspectos influyó más que Gentile sobre nuestra ciencia, porque como su temática abarcaba un campo mayor, estuvo más cerca de las ciencias particulares.

El hegelianismo y el positivismo se tocan, pues poco importa que lo racional sea racional por ser real, o que lo real sea real por ser racional. Ambas posiciones no hacen más que justificar "hechos", sin aportar el dato crítico a la realidad. En ambas el hombre queda sepultado en un mar de hechos. En el pensamiento italiano neo-hegeliano y en sus consecuencias para nuestra ciencia, es donde esto se ve con toda claridad, pues el neo-idealismo italiano terminó coincidiendo con el positivismo (o el positivismo con el neo-idealismo, según se prefiera).

Gentile se propuso un idealismo extremo. Para él lo único que existía era el pensamiento, no como objeto, sino como actividad pensante. Luego, pensamiento y ser se identificaban, no admitiéndose tampoco diferencia entre pensamiento y acto, sino considerando al *pensamiento como acto*, es decir, *acto puro*, que era lo único que existía. Pensar es romper la alteridad entre el pensamiento y lo pensado. Todo lo pensable presupone el pensamiento, de modo que nada queda fuera del pensamiento mismo. El "hecho" no es otra cosa que el pensamiento que se ha vuelto pasado y que se enfrenta a sí mismo<sup>49</sup>. Gentile termina afirmando que la verdad coincide con el hecho y, de esta manera, cae en una suerte de coincidencia con la corriente que pretende combatir: el positivismo<sup>50</sup>.

En cuanto a su concepción del Estado, se ve clara la línea neo-hegeliana. No cabe duda de que Hegel muy difícilmente hubiese suscripto las tesis de Gentile a este respecto, pero el hegelianismo da todos los elementos para semejante desarrollo patoló-

<sup>48</sup> Cfr. SCIACCA, MICHELE F., *La filosofía, hoy*, Barcelona, 1961, I, 119 y ss.

<sup>49</sup> GENTILE, *Teoria generale dello spirito come atto puro*, Firenze, 1944.

<sup>50</sup> Cfr. MARCUSE, op. cit., 393.

gico: el Estado es espíritu objetivo; luego, en una comunidad en la que el hombre alcanzó cierto desarrollo, sólo es en la medida en que es miembro del Estado, es decir, en que participa del espíritu objetivo<sup>51</sup>. Este concepto encaja como guante a la pretensión fascista de que “la política es la vida del derecho” y que éste no es más que la realización de una ideología política, la que, a su vez, como pensamiento, es un acto que se justifica en sí mismo, cuya verdad se encuentra en sí<sup>52</sup>, lo que hace que la consecuencia jurídica del pensamiento de Gentile sea un irracionalismo disparatado.

En el campo penal, las consecuencias del pensamiento gentiliano son bastante claras: si se asimila pensamiento y acto el derecho penal no tiene límite de ingerencia. Por otra parte, si el pensamiento es tan extremadamente creador —porque es acto— se cae en un solipsismo filosófico que reduce a monólogo cualquier pretensión de diálogo. Es obvio, pues, que el derecho en general no podía fundarse en ningún diálogo interpersonal. Con todo, fueron varios los autores que en algún momento lo transitaron. Ugo Spirito fue uno de ellos<sup>53</sup>. Como consecuencia de que todo proceso espiritual es infinitamente libre, considera que siempre que hay una decisión hay una responsabilidad infinita y, por ende, todos son responsables siempre que hayan querido su hacer. Con ello coincide con el positivismo en que no hay imputables e inimputables. A partir de este principio se desarrolla una teoría de la pena que recuerda la de Dorado Montero, que era una versión española del pensamiento positivista.

Giuseppe Maggiore también participó en un momento de esta posición<sup>54</sup>, negándose a distinguir imputables e inimputables, basado en el referido principio de responsabilidad universal, en que el hombre está siempre presente en sus acciones, aunque distinguió

<sup>51</sup> Cfr. la interesante y sagáz crítica de MESSNER, JOHANNES, op. cit., pp. 25-6.

<sup>52</sup> Sobre esto, ver las afirmaciones de DINO GRANDI y ROCCO citadas por HERNÁNDEZ GIL, op. cit., I, 338-9.

<sup>53</sup> SPIRITO, UGO, *L'idealismo italiano e i suoi critici*, Firenze, 1930; *Il nuovo diritto penale*, Venezia, 1929; *La vita come ricerca*, Firenze, 1948; *Il problematicismo*, Firenze, 1948; *La filosofia del comunismo*, Firenze, 1948; *Scienza e filosofia*, Firenze, 1950; *La vita come arte*, Firenze, 1948; *El pragmatismo en la filosofía contemporánea*, Bs. As., 1945.

<sup>54</sup> MAGGIORE, *Attualismo e responsabilità legale*, en “S. P.”, 1924-I; *Sul fondamento dell'imputabilità penale*, Palermo, 1930; la síntesis de su pensamiento en LYRA, ROBERTO, *Nuevas Escuelas Penales*, trad. de Enrique Ramos Mejía, Bs. As., 1938, pp. 104-109.

penas y medidas de seguridad, como medidas educativas distintas para sujetos distintos. Cabe observar que esta consecuencia es similar a la que por vía de un extremado positivismo aplicado a la sistemática de von Liszt, llegaba en su momento Lilienthal. En algún momento compartieron también la misma corriente Orestano y Costa<sup>55</sup>. La corriente perdió importancia y murió definitivamente después de la guerra. Un resabio de esta posición se registra en Antolisei, que no exige la imputabilidad en el delito<sup>56</sup>, e incluso en la fórmula del vigente código italiano (art. 42).

La enseñanza que nos deja en nuestra ciencia es la comprobación de que el idealismo y el positivismo a la larga vienen a coincidir, lo que reconoció Ferri en sus últimos años.

Ferri mismo abrió el camino de una aproximación del positivismo al idealismo fascista mediante la distinción entre “filosofía” y “métodos positivos”<sup>57</sup>, a los que en sus últimos años prefería llamar “galileanos”. “Nosotros, los positivistas de la escuela criminal —decía—, no seguiremos un sistema filosófico, sea el de Augusto Comte, el de Herbert Spencer o el de Roberto Ardigó. Naturalmente, hay también en sus sistemas una parte de verdad que siempre es posible utilizar, pero, lo que caracteriza la nueva orientación surgida en Italia respecto a la justicia penal, es el uso del método positivo que yo prefiero llamar *itálicamente* el método galileano”<sup>58</sup>. Destacaba Ferri que ya Gentile había dicho que las consecuencias prácticas del idealismo actual no son muy lejanas a las del positivismo penal y de conformidad con ello, decía orgullosamente que ambos puntos de vista tienen más coincidencias entre sí que cualquiera de ambos respecto de la “escuela clásica” o de la “técnica jurídica”. Agregaba que “si la filosofía idealista sostiene que entre sujeto y objeto no hay antagonismo ni discontinuidad sino más bien identidad unificadora; si en la filosofía idealista se sostiene que la idea y el acto son inseparables y son una entidad única, encontrar que los criminalistas de la escuela penal positiva quieren que el delito sea estudiado no sólo en sí mismo, disecado como en una preparación de anatomía jurídica, sino también estudiado antes de nada en la perso-

<sup>55</sup> ORESTANO, FRANCESCO, *Prolegomini alla scienza del bene e del male*, Roma, 1915 (reproducido en *Opere complete*, Milano, 1939-1944, vol. XIV y XV); COSTA, FAUSTO, *Delitto e pena nella Storia della Filosofia*, 1924 (en la segunda edición —1928— sobre la que se hace la trad. castellana que citamos, se expresa en sentido crítico a su posición de cuatro años antes, pp. 264-9); también en su *Trattato di Filosofia del diritto*, Milano, 1947).

<sup>56</sup> ANTOLISEI, MANUALE, 250-2.

<sup>57</sup> FERRI, ENRICO, *Scuola positiva e filosofia idealista*, en “Difese penali e Studi di Giurisprudenza”, Torino, 1925, III.

<sup>58</sup> FERRI, *La justicia humana*, discurso pronunciado con motivo de la reunión del “Congreso para el progreso de las ciencias”, el 2 de mayo de 1924, en “Rev. Penal Argentina”, IV, 1924, pp. 5 y ss.

nalidad del hombre que lo ha concebido y realizado, se evidencia que este método positivo está poco alejado de la filosofía idealista”<sup>59</sup>. Por boca del propio Ferri se llega a la conclusión de que el positivismo desemboca en el idealismo y, pese a que Ferri trata de separar filosofía y método, en el último párrafo indicado queda claro que la proximidad es perfectamente filosófica y no meramente metodológica. Por otra parte, es absurdo pretender separar una teoría del conocimiento de la filosofía que le da sustento.

De allí que sea perfectamente explicable que el positivismo se haya alegrado del código fascista y no hay nada de falso en la afirmación de Altavilla: “He aquí por qué cuando la escuela positiva va alegremente al encuentro de Arturo Rocco y Eduardo Massari no cumple un gesto de claudicación sino de coherencia científica, porque en ellos saludan a los legisladores que han llevado al delincuente al proscenio de la justicia penal”<sup>60</sup>.

Maggiore fue quien desde el campo idealista también pretendió que el principio de la responsabilidad universal, por él sostenido, se conciliaba con la responsabilidad social de los positivistas<sup>61</sup>. Si bien Florian no pareció aceptar esto con mucha convicción<sup>62</sup> y, por cierto que el concepto de “defensa” de los positivistas no se compagina del todo con el de “educación” del idealismo, no es menos cierto que tales contactos existen, particularmente a nivel de la responsabilidad. La coincidencia última del punto de partida debe llevar al mismo punto de llegada. Por lo demás, cabe recordar que Benedetto Croce, que fue el otro filósofo del neo-idealismo —aunque contrario al fascismo— se expresaba de modo bastante coincidente con el positivismo, particularmente en lo que respecta al problema de la responsabilidad<sup>63</sup>.

No obstante, de lo dicho no puede deducirse que todos los positivistas penales hayan aceptado un maridaje perfecto con el idealismo actual, sino que, por ejemplo, del Pozzo criticaba al idealismo actual, afirmando que no tiene porvenir en la ciencia penal, aunque reconociendo que el positivismo debía aprender de él la forma de dimensionar al hombre<sup>64</sup>, contra lo que se alzó Montalbano<sup>65</sup>, tratando de superar el positivismo mismo por un camino más puramente empírico, aún más radical que el positivista, que le llevaba a afirmar rotundamente el origen biológico del delito.

<sup>59</sup> Idem, p. 16.

<sup>60</sup> ENRICO ALTAVILLA, *El subjetivismo del derecho penal en el proyecto de código penal italiano*, en “Rev. Penal Argentina”, VIII, 1928, pp. 5 y ss. (24).

<sup>61</sup> MAGGIORE, *L'unità delle scuole di diritto penale*, Palermo, 1918.

<sup>62</sup> FLORIAN, EUGENIO, *Parte General del Derecho Penal*, La Habana, 1929, I, p. 60.

<sup>63</sup> V. COSTA, FAUSTO, op. cit., p. 257.

<sup>64</sup> DEL POZZO, CARLO UMBERTO, *Il fondamento dell'imputabilità nell'idealismo attuale*, en “S. P.”, 1936-I, pp. 147-159.

<sup>65</sup> MONTALBANO, G., *La scuola penale empirica*, Palermo, 1937.

El neo-hegelianismo penal italiano, o idealismo actual o neo-idealismo, y el positivismo, tienen en común un defecto que nunca lograron superar: para ambos es imposible construir la responsabilidad, lo que no se supera con ningún compromiso fácil entre libertad y necesidad. Si el espíritu es absolutamente libre, como pretenden los neo-idealistas, no hay posibilidad de responsabilizar a nadie, porque en el porvenir, el que piensa ahora ya no es el que pensó antes, porque tuvo también libertad para rehacerse completamente, para re-pensarse completamente. La auto-educación —tan remanida por los idealistas actuales o activistas— es un reconocimiento de esta posibilidad, pero hace inconcebible cualquier forma de responsabilidad. En cuanto al positivismo determinista, si aceptamos que el hombre no tiene posibilidad de elegir, tampoco tendrá la sociedad posibilidad de responsabilizarle. No es de extrañarse que, partiendo uno del idealismo y otro del positivismo, Spirito y Dorado Montero se aproximen en algunos puntos. Aunque el principal oponente del idealismo actualista pareció ser el positivismo, la verdad es que su efectiva mira estuvo puesta en la destrucción de la responsabilidad penal, tal como era entendida por la tradición del pensamiento penal racional que culmina en Carrara. *La cuestión no fue de idealismo contra positivismo, sino de idealismo contra racionalismo penal* <sup>66</sup>.

Cabe consignar que, si bien Gentile hace gala de cristianismo, al punto que Sciacca comenta que su filosofía, según su autor, sería la única posición espiritualista y cristiana, fuera de la cual se es naturalista y ateo <sup>67</sup>, su posición nunca fue la del sano pensamiento católico, como puede comprobarse con las críticas que en el plano filosófico-jurídico le dirigen autores que incuestionablemente participan de esta corriente <sup>68</sup>.

144. **El neo-hegelianismo alemán.** La expresión jurídica del neo-hegelianismo alemán fue, al igual que la italiana, una corriente que desembocó en un abierto apoyo al totalitarismo, cuyos más destacados representantes en el campo filosófico jurídico fueron Julius Binder y Karl Larenz.

Julius Binder (1870-1940) se enfrenta en 1925 con las concepciones del liberalismo y de la democracia, y del marxismo por el

<sup>66</sup> Cfr. LYRA, ROBERTO, op. cit., p. 114.

<sup>67</sup> SCIACCA, op. cit., I, 110-111.

<sup>68</sup> V. la citada crítica de MESSNER; en el campo penal, BATTAGLINI, GIULIO, *Principii di Diritto Penale*, Milano, 1929, p. 73.

otro lado, empleando por primera vez los conceptos de pueblo y generalidad<sup>69</sup>. En una monografía posterior<sup>70</sup> afirma que las ideologías liberales como las marxistas, pertenecen a las ideologías individualistas, conforme a las cuales, el Estado es una unión jurídica de individuos sometidos a las mismas normas y el pueblo el resumen del mismo. La soberanía del pueblo recae en los incontables individuos independientes, que son considerados esencias rasonantes y con el valor de personalidades con el así llamado valor de dignidad humana, es decir, con un valor en sí. Conforme a esta concepción, el Estado sería un medio para la obtención de fines personales, no quedándole otra tarea que la conservación de la seguridad jurídica. Este es el así llamado "Estado de Derecho", en que todas las tareas culturales son dejadas en manos de los individuos particulares. En oposición abierta a esta forma de Estado, coloca Binder el pensamiento de la "comunidad" como punto central de su llamada filosofía y busca en los conceptos de "pueblo" y "comunidad" las categorías fundamentales y los primeros objetos de la realidad social. La "generalidad" es para Binder la condición para la existencia de la personalidad, pero no puede concebirla como algo abstracto y del todo común, sino que procura individualizar su esencia en las "exteriorizaciones del espíritu del pueblo" en determinadas relaciones comunitarias de amplio o pequeño contorno, puesto que considera a la "generalidad" como algo concreto, como una "configuración viva del espíritu", cuya esencia no radica en la igualdad de sus miembros, sino en "el ser coordinado con el otro"<sup>71</sup>. "La nación —decía Binder— como manifestación del espíritu objetivo en el mundo, no es una inseparable masa de átomos humanos indiferenciados, sino una unidad de vida que se individualiza y concretiza como pueblo y en los miembros de un pueblo"<sup>72</sup>.

Karl Larenz, sigue moviéndose dentro del neo-hegelianismo y, pese a que critica algunos excesos de Binder<sup>73</sup>, en los tiempos anteriores a la guerra reconocía que el desarrollo de Binder "desemboca en una teoría del pueblo como espíritu concreto, que es apta

<sup>69</sup> BINDER, JULIUS, *Philosophie des Rechts*, Berlín, 1925.

<sup>70</sup> *Der deutsche Volksstaat*, 1934.

<sup>71</sup> Sobre BINDER, en sentido apologético, DIKOFF, LÜBEN, *Julius Binder*, en "Archiv f. Rechts - und Sozialphilosophie", T. 33 (1938-9), pp. 421-428 (425-8).

<sup>72</sup> BINDER, JULIUS, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1935, p. 164.

<sup>73</sup> Así, en *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1966, p. 119.

para dar a la ciencia alemana del derecho y del Estado una cimentación filosófica”<sup>74</sup>.

La tendencia nacional-socialista del neo-hegelianismo alemán es incuestionable. La destaca correctamente Hernández Gil<sup>75</sup> y Legaz y Lacambra dice atinadamente que “la filosofía del Estado que siguió las huellas de Hegel se convirtió en una interpretación de la existencia política del pueblo alemán bajo el signo del nacional-socialismo”<sup>76</sup>. Todo esto basta para refutar la opinión de Marcuse<sup>77</sup>, quien pretende desvincular totalmente el pensamiento hegeliano del nacional-socialismo. La circunstancia de que no todo el pensamiento nacional-socialista se haya fundado en Hegel no es argumento para sostener lo contrario<sup>78</sup>; que haya habido nazis que pretendían un Estado más autoritario que el hegeliano no implica que el idealismo hegeliano no proporcione un camino transitado por el autoritarismo.

El penalista alemán neo-hegeliano más destacado es Hellmuth Mayer, también plegado a posiciones totalitarias. Según su concepción expuesta por vez primera en su “Derecho Penal del Pueblo Alemán”, en 1936<sup>79</sup>, encuentra como único fundamento de la pena el hecho cometido, el injusto mismo<sup>80</sup>. Dice que “el derecho penal no debe ser visto como un derecho penal de lesión, en que la lesión al bien jurídico sería el fundamento del sistema, pero tampoco debe verse como un derecho penal de voluntad que parte del emprendimiento de lesiones jurídicas”. Lo concibe como una acción “mala” porque se dirige contra el “orden ético popular”, que parecería ser el único bien jurídico<sup>81</sup>. Afirma que el derecho penal de voluntad, exigido por ese orden, se hallaba en contradicción con el derecho penal a la sazón vigente (código de 1871), “que sostiene el apoyo

<sup>74</sup> LARENZ, KARL, *Die Rechts - und Staatsphilosophie des deutschen Idealismus und ihre Gegenwartbedeutung*, Göttingen, 1933, pp. 186-7; *Sittlichkeit und Recht* en “Reich und Recht in der deutschen Philosophie”, Stuttgart u. Berlín, 1943, T. I, pp. 169 a 412, especialmente 292 a 332 y 367 a 412.

<sup>75</sup> HERNÁNDEZ GIL, op. cit., I, 357.

<sup>76</sup> LEGAZ y LACAMBRA, LUIS, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1972, p. 190.

<sup>77</sup> MARCUSE, op. cit., 398.

<sup>78</sup> Así parece entenderlo PINTO FERREIRA, *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*, en “Rev. de Informação Legislativa”, Senado Federal, Brasília, 1976, XIII-52, pp. 114 y ss. (125).

<sup>79</sup> *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, Stuttgart, 1936; con posterioridad a la guerra publicó una segunda edición en 1953, corrigiendo los excesos nacional-socialistas (*Strafrecht, Allg. Teil*) y una síntesis en 1967.

<sup>80</sup> MAYER, H., *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, p. 137.

<sup>81</sup> MAYER, H., *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, p. 162.

al derecho penal de voluntad como derecho penal de lesión”<sup>82</sup>. Consecuentemente define al delito como: “La realización de la voluntad maligna de aquella acción que, en contradicción intolerable con el orden moral popular vigente, se realiza en el mundo exterior”<sup>83</sup>. Analiza al delito siguiendo la sistemática objetivo-subjetivo, aunque pretende que es diferente de la sistemática seguida al respecto por Liszt-Beling. Dice al respecto: “Siendo el delito el hecho realizador de la voluntad maligna, pertenecerá todo lo exterior, toda la parte objetiva del hecho, al injusto objetivo. En él se habrá exteriorizado la voluntad. Y, por el contrario, pertenecerá todo lo subjetivo, la total parte interna del mismo, a la teoría de la culpabilidad, o, mejor, de la responsabilidad”<sup>84</sup>. “Hay, pues, un injusto objetivo, cuando el abstracto sujeto imaginado, en la concreta situación, no hace lo que en esta situación se le ha ordenado. El abstracto sujeto imaginado es, pues, aquél que también subjetivamente podrá ser hecho responsable”<sup>85</sup>.

La explicación que ensaya Mayer a esta sistemática es que no admite un concepto estratificado del delito, sino un juego dialéctico de aspecto objetivo (injusto) y subjetivo (responsabilidad). “La teoría ha manejado frecuentemente en el último siglo los conceptos de antijuridicidad y de culpabilidad como conceptos independientes y no como conceptos de relación dentro del concepto de delito”<sup>86</sup>. Como ambos aspectos los concibe de manera compresente, para determinar uno no tiene inconveniente en echar mano del otro. Es así que puede sin esfuerzo afirmar que en los delitos de tendencia interna y en la tentativa, “el legislador elige sólo un medio especial para la delimitación del tipo”<sup>87</sup>.

En un trabajo muy posterior<sup>88</sup> sigue defendiendo la teoría absoluta de la pena sobre base hegeliana, afirmando que Hegel combatió las teorías relativas de las penas, como la de Feuerbach en su tiempo, pero que no por eso negaba —y tampoco lo hacía Kant— que la pena tuviese otra finalidad a nivel empírico, sino que sólo no se ocupaba de ella, por no ser un problema filosófico.

<sup>82</sup> MAYER, HELLMUTH, *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, Stuttgart, 1936, p. 185.

<sup>83</sup> *Idem*, 195.

<sup>84</sup> *Idem*, 228-229.

<sup>85</sup> *Idem*, 231.

<sup>86</sup> *Idem*, 163.

<sup>87</sup> *Idem*, 232.

<sup>88</sup> MAYER, HELLMUTH, *Kant, Hegel und das Strafrecht*, en “Fest. f. Engisch”, Frankfurt, 1969, pp. 54-79.



Reivindica de este modo a las teorías absolutas, lo que, llevado al plano del realismo resulta una pretensión de fundar la pena en la prevención general y negar a la prevención general todo efecto en la cuantificación.

### III. — AL INFINITO POR LA CIENCIA: EL POSITIVISMO

145. **Caracterización general.** El positivismo se caracterizó por pretender la identidad de la filosofía con la ciencia. Para esta corriente, la filosofía nunca fue otra cosa que una síntesis de las ciencias. Por otra parte, como resultado de la aplicación del método científico, el hombre no conoce límite alguno, es decir que la ciencia se revela como camino de acceso al infinito. De allí que el positivismo sea una forma de romanticismo, precisamente, el romanticismo que quiere alcanzar al infinito por la ciencia<sup>89</sup>.

Por ciencia —en sentido del positivismo tradicional— debe entenderse el conjunto de leyes establecidas a partir de la observación empírica. Después de observar los hechos, se establecen inductivamente las leyes que los rigen y así se llega a una concepción mecanicista del mundo a partir de la física de Newton. Entendida la ciencia de esta manera, parecería que el positivismo se ve obligado a renunciar a los problemas que se plantea la metafísica y la filosofía en general, pero en realidad, no es así, sino que el positivismo también quiso resolverlos porque debió —como cualquier corriente del pensamiento— enfrentarse con ellos. Su posición fue antimetafísica sólo en el sentido de rechazar la posición anterior a él, pero el positivismo no puede dejar de ser él mismo una posición metafísica, por ingenua que la consideremos. Hay más aún: ciertas corrientes positivistas, no sólo reemplazaron a la metafísica —o pretendieron responder a la pregunta metafísica— con la ciencia, sino que pretendieron que la ciencia podía dar la respuesta que reemplazase a la religión misma y fundar así una “religión científica” (Comte y los “saintsimonianos” acabaron en ello).

El fenómeno mismo del positivismo fue facilitado porque se originó en una época de desarrollo industrial, en que el hombre se deslumbró ante el poder adquirido sobre la naturaleza, a la que consideraba de manera harto simple, y el culto al hecho (al hecho de su poder) y a la técnica como instrumento de dominio de la

<sup>89</sup> Cfr. ABBAGNANO, III, 236 y 335.

naturaleza, le llevaron a creer que por vía de esa técnica podía superar cualquier límite y acceder libremente al infinito.

Si bien no corresponde formular aquí un juicio crítico general sobre el positivismo filosófico, tampoco podemos tratar sus consecuencias para nuestra ciencia sin formular previamente algunas consideraciones.

a) En principio, el positivismo tiene características absolutamente conservadoras, pues es un culto al hecho. Si algunos de sus sostenedores han sido o pretendido ser verdaderos reformadores sociales, ello obedece a la incoherencia interna de su pensamiento, pero un desarrollo coherente y acabado de los principios de que parte no puede menos que concluir en soluciones de apuntalamiento al *statu quo*: el culto a lo que es no predispone a tratar de cambiar lo que es. No podemos menos que estremecernos, pensando en la tenebrosa organización social delirada por Comte.

b) El positivismo ha demostrado siempre una clara tendencia a despreciar todo el pensamiento precedente y rotularlo peyorativamente bajo una común etiqueta<sup>90</sup>, pero él mismo no configura una unidad ni mucho menos. A partir del principio de la proscripción de la metafísica anterior, los caminos positivistas se separan, y si Saint-Simon y Comte llegaban a una verdadera religión por vía del positivismo social<sup>91</sup>, otros tomaron el camino del positivismo utilitarista y otros los del evolucionista.

c) El positivismo muestra dos facetas. Una es su general tónica conservadora, pero, al lado de la misma es innegable que también presenta un afán de conocer y demanda un método riguroso que, aunque hoy lo vemos como erróneo o erróneamente aplicado, tampoco puede negarse que aspiró a eliminar del campo científico una cantidad de prejuicios oscurantistas. Es incuestionable que la ortodoxia positivista contribuyó al avance de las ciencias, porque trajo consigo "la tendencia a delimitar problemas, con las

<sup>90</sup> Así, por ej., LAAS, cit. por ABBAGNANO, 273, que calificaba todo lo anterior como "platonismo"; en lo penal, todo lo anterior fue llamado "escuela metafísica" (V. PUGLIA, FERNANDO, *Prolegomenos ao estudo do Direito Repressivo*, trad. de Octavio Mendes, São Paulo, 1891, p. 52).

<sup>91</sup> Sobre ello, CHARLÉTY, SÉBASTIEN, *Historia del Sansimonismo*, Madrid, 1969; COMTE, AUGUST, *Cours de philosophie positive*, París, 1933; del mismo, *Discours sur l'esprit positif*, París, 1923; GOUHIER, H. G., *La jeunesse d'Auguste Comte et la formation du positivisme*, París, 1936.

exigencias metodológicas que esto lleva consigo”<sup>92</sup>. Si bien el horizonte de proyección de una ciencia se altera en forma tal que cada crisis de su sistema de comprensión conduce a un nuevo acotamiento, lo cierto es que “para progresar en el saber hace falta delimitar los problemas”<sup>93</sup>. En nuestro campo no nos cabe duda de que, a la vuelta del positivismo jurídico, la ciencia del derecho penal ha logrado una cierta precisión metódica de la que antes carecía, y a la vuelta del positivismo penal sociológico y evolucionista, aparece estructurado un nuevo orden de conocimientos, que es la criminología, o, al menos, su problemática planteada como interrogante científico ineludible.

146. El concepto positivista del hombre y sus consecuencias penales (aproximación al mismo). Dada la falta de unidad del positivismo, no se puede hablar en forma concluyente de una concepción antropológica única, sostenida por todos los positivistas, pero sí podemos afirmar que hay una concepción antropológica que predomina en ellos: entienden —o tienden a entender— al hombre en el puro sentido biológico-naturalista.

Una antropología científicista, desarrollada sobre base causal-mecanicista, no puede distinguir al hombre de los demás entes, a no ser por el mayor grado de complejidad del ser del hombre. El hecho de que el hombre no pase de ser una cosa más complicada que las otras cosas, no justifica que se le considere con mayor dignidad que al resto de las cosas. Esta es la consecuencia lógica de la consideración del hombre al mero nivel biológico. Recordemos que Comte no dejaba de mostrar simpatías por el animismo primitivo. Un concepto del hombre que se limita a señalar un “rincón muy pequeño de la rama de los vertebrados”<sup>94</sup> sirve para fundamentar un derecho penal que tiene las manos libres para hacer lo que quiera del hombre. El derecho penal concebido a partir de esta base no sería más que una parte de un gigantesco dispositivo que estaría destinado a *causar* ciertos movimientos en unos mecanismos complicados y a evitar otros. Pero, aún así entendidas las cosas. ¿qué movimientos hay que causar y cuáles evitar? ¿qué política penal surge de esta concepción biológica del hombre? Aun-

<sup>92</sup> PIAGET y otros, op. cit., Madrid, 1973, p. 61.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> SCHELER, MAX, *El puesto del hombre en el cosmos*, Bs. As., 1972, p. 25.

que parezca asombrosa la respuesta, no nos cabe duda que siempre se trata de una política penal idealísticamente fundada.

Para una corriente positivista —que ha ejercido particular influencia en el campo penal— lo que debe evitarse y lo que debe fomentarse se puede reconocer empíricamente. Son los hechos los que para ellos muestran lo “dañoso” y lo “benéfico”, lo “socialmente malo” y lo “socialmente bueno”. Eso lo pueden reconocer los integrantes del grupo de “científicos iluminados”. Nada distinto pasa con ellos a lo de los filósofos destinados a regir la *República* platónica. Cuando los positivistas creen que los valores se pueden reconocer “científicamente”, deben concluir en que hay un derecho penal “natural” concebido al modelo del idealismo, superior a todo derecho positivo y reconocible por la razón. De allí que el positivismo ferriano no se ocupase muy particularmente de la parte especial del código, que von Liszt —mucho más cauto y jurídico— elaborase la teoría de la antijuridicidad material entendida como “dañosidad social”, que Garofalo pretendiese que hay un “delito natural”, que Nicolai dedujese de ello el fundamento de la superioridad de la raza nórdica, y que Lombroso creyese que se puede individualizar a los delincuentes por caracteres somáticos, como sujetos pertenecientes a una *species generis humani* destinada condicionalmente a atentar contra la “idea” de humanidad, “idea” que Comte llegó a idealizar en su delirio hasta convertirla en una religión, como culto al “Gran Ser”, que era la humanidad reconocible en la historia (en lo que parece acercarse más desquiciadamente a Hegel). Todo esto, en el fondo, no responde a otra cosa que al reconocimiento de la objetividad, de la exterioridad, de la inmutabilidad y de la reconocibilidad de los valores. Que Platón los reconociese por la razón y los positivistas por la ciencia, no cambia sus consecuencias: en el caso de Platón una sociedad regida por una minoría de filósofos platónicos, en el de los positivistas, por una minoría de científicos positivistas.

Lo que para satisfacer un “deber ser” que está objetivamente establecido en la naturaleza de modo empíricamente verificable, se le puede hacer a un mecanismo complicado que está a una altura de la escala zoológica, es algo que no conoce límite alguno. Se trataría de un mecanismo que tiene que cumplir una función, para lo cual se mueve por múltiples estímulos, y se lo puede acondicionar corrigiendo esos estímulos, cuando no opere bien en el cumplimiento de esa función. El mayor desarrollo práctico de esta teoría se alcanza con la reflexología, que ha contribuido a descubrir nuevas

técnicas<sup>95</sup>. Aplicando este principio, lo único que debe hacerse es estimular a ese animal complicado que es el hombre, en el sentido de los "deber ser" descubiertos por los visionarios científicos positivistas. En caso de que, pese a los estímulos, los mecanismos no funcionen en la forma deseada, se puede inutilizar alguna de sus partes o el todo. De cualquier manera, una cosa, por complicada que sea, es sustituible por otra cosa similar.

Cabe aclarar que no pretendemos que los positivistas hayan sido una manada de monstruos encabezados por unos delirantes alucinados, lo que sería injusto a nivel de consideración humana, sino que, si bien a la mayoría de ellos, componentes de carácter emocional, a nivel individual, les movieron a tomar en cuenta consideraciones humanitarias y a no llegar a semejantes consecuencias, nada obsta a que ellas surjan del desarrollo coherente de sus puntos de partida, libre de interferencias emocionales. El positivismo penal es un "neo-platonismo" —entendidas las "ideas" como valores— más peligroso que el platonismo originario, porque la pretensión de objetividad valorativa se funda a partir de los éxitos técnicos, en un tiempo en que la humanidad estaba segura de ellos.

Puede argumentarse que esta concepción antropológica es la que corresponde al positivismo evolucionista y sociológico, pero que no es la del positivismo jurídico-penal. En éste hay un culto al hecho, sólo que el "hecho" es allí la ley. Tampoco aquí puede afirmarse una unidad conceptual, porque los positivistas jurídicos son frecuentemente incoherentes, pero lo cierto es que la afirmación de que el único derecho es el derecho positivo y ese derecho es omnipotente, encierra un apriorismo jusnaturalista: no puede afirmarse esto sin reconocer previamente el derecho que le asiste al que impone ese derecho<sup>96</sup>. El derecho que se agota en la coerción institucionalizada ha decidido que el valor proviene de la coerción, es objetivo y se reconoce en la ley. Todos los valores jurídico-penales serían valores legales, pero todos ellos dependerían de uno previo a la ley penal: la fuerza que otorga la capacidad de coerción. Detrás de semejante concepción, tampoco puede haber nada muy diferente de una máquina complicada a la que se mueve por la

<sup>95</sup> Según PIAGET (op. cit., p. 131), la reflexología se desbarata hoy ante el reconocimiento electroencefalográfico de actividades espontáneas del sistema nervioso y del organismo, es decir, de actividades que no responden a estímulo.

<sup>96</sup> KELSEY requiere expresamente este *a priori*, por lo que VERDROSS lo califica de "positivista hipotético" (VERDROSS, 401).

fuerza, fuerza que puede autolimitarse en función de cualquier principio, siempre que lo crea conveniente.

Es bien conocida la afirmación de Comte acerca de la "ley de los tres estadios": el teológico, el metafísico y el científico positivo<sup>97</sup>. Según Comte, el espíritu humano, en un primer estadio, encuentra a todo una explicación sobrenatural, reemplazando luego lo sobrenatural por fuerzas abstractas —estado metafísico— y, alcanzando por fin el estado positivo, en que las explicaciones son científicas. Si nos detenemos en un examen más próximo de Comte y ubicamos esta "ley" dentro de su sistema, veremos que Comte no busca el "ser", sino el "deber de ser" pues de esa ley deduce el camino a la llamada "sociocracia" (hoy se habla de "tecnocracia"), que se establecía siguiendo las leyes reveladas por la "física social" (a lo que llamó "sociología" porque Quetelet se adelantó a usar el nombre de "física social")<sup>98</sup>. Si tenemos esto en cuenta, veremos que Comte es coherente: hubo una época en que el "deber ser" se sostuvo que venía indicado por lo sobrenatural reconocible objetivamente; otra en que se sostuvo que el deber ser lo indicaba la razón, y, finalmente, otra en que Comte y sus seguidores, afirman que el deber ser se puede extraer científicamente, porque el ser es porque debe ser. En realidad, lo que Comte está señalando son tres estadios diferentes del objetivismo valorativo, pero, en modo alguno tres estadios del pensamiento humano, porque muy frecuentemente éste se percató de que el ser no puede depender del deber ser, porque el "deber ser" es un "ser" que aún no es y, consiguientemente, de lo que no es no se puede extraer lo que es. El mismo positivismo posterior a Comte se percató de esta pretensión idealista, tratando de desvincularse de la misma, para no caer en el idealismo: "si ambas premisas de un silogismo están en indicativo, la conclusión también lo estará. Para que la conclusión pueda establecerse en imperativo, será necesario que por lo menos una de las premisas esté en imperativo"<sup>99</sup>. De los desarrollos de esta variante del positivismo nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

147. **Panorama del positivismo penal.** El positivismo ha repercutido en nuestra ciencia con diferentes modalidades, y todas ellas fueron importantes en su momento, constituyendo frecuentemente un lastre para el pensamiento penal contemporáneo, por lo

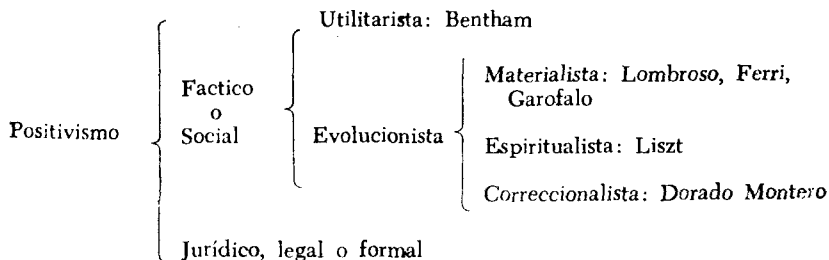
<sup>97</sup> V. KOZARY, *La loi des trois états d'August Comte*, París, 1897. Hay una tendencia a dividir la evolución de la ley penal en estos tres estados. El positivismo criminológico italiano se consideraba a sí mismo como el enunciador del estadio científico.

<sup>98</sup> Sobre ello, QUIRÓZ CUARÓN, ALFONSO, en "Derecho Penal Contemporáneo", n.º 3, México, 1965. Una expresión distinta a la de QUETELET usaba GUERRY: "análisis de las estadísticas morales" (V. RADZINOWICZ, *Ideología e criminalità*, cit., p. 31).

<sup>99</sup> PINCARÉ, HENRI, *Filosofía de la ciencia*, México, 1964, p. 254.

que nos vemos obligados a concederle la extensión que merece un esclarecimiento de sus raíces ideológicas.

El positivismo se desarrolla en la ciencia jurídico-penal, en dos sentidos: como *positivismo fáctico o social* y como *positivismo jurídico, formal o legal*. La corriente del positivismo jurídico —que veremos en § 155— se centra en el culto a la metodología, quedando sin ningún contenido filosófico, lo que la convierte en un verdadero “mono con ametralladora”. La dirección fáctica o social del positivismo jurídico-penal, se divide tempranamente en una dirección meramente *utilitarista*, representada por Bentham (§ 148), que queda necesitada de precisar el “para qué” de la utilidad que preconiza, y una dirección *evolucionista*, la que, a su vez, se subdivide en evolucionismo materialista, espiritualista y correccionalista. El evolucionismo materialista (Lombroso, Ferri y Garofalo, §§ 149, 150, 151) culmina con el racismo de Nicolai (§ 151). El evolucionismo espiritualista, representado por von Liszt (§ 153), resulta más equilibrado en cuanto a sus proposiciones, aunque no llega a una formulación coherente, debido a la dualidad de que parte y que nutre todo su sistema. El positivismo evolucionista correccionalista fue el de Dorado Montero (§ 154), resolviéndose en un generoso intento que se disuelve en lo utópico y visionario. Seguiremos, pues, el desarrollo de este esquema.



148. El positivismo utilitarista: Bentham. Jeremy Bentham nació en Londres el 4 de febrero de 1748 y murió el 6 de junio de 1832. Fue un filántropo que dedicó su vida a la reforma de la legislación inglesa, habiendo tenido tanta influencia en el campo procesal como en el penal mismo. Sus ideas las comunicaba a otros gobiernos, lo que le valió el título de ciudadano francés, otorgado por la Convención. La máxima de toda su acción fue “la mayor felicidad posible para el mayor número posible”, principio que logró arraigar profundamente en la ética inglesa. En 1789 publicó

una obra titulada *Introducción a los principios de la moral y de la legislación*, que en 1802 fue publicada parcialmente en francés por Dumond, con el título *Traité de législation civile et pénale*<sup>100</sup>, junto con otros escritos inéditos de Bentham. El mismo Dumond publicó luego la *Teoría de las penas y de las recompensas*, extraída de manuscritos de Bentham de 1775 y de algunos posteriores<sup>101</sup>. John Suart Mill publicó por primera vez su obra completa en materia procesal en inglés en cinco volúmenes en 1827: *Rationale of judicial evidence, specially applied to english practice*. En 1787 publicó su *Defensa de la usura*, que marcó un importante criterio para el pensamiento penal inglés en la materia. El pensamiento de Bentham ha ejercido gran influencia en la jurisprudencia anglosajona y no poca sobre los redactores del *Code Napoleón*. En la nota introductoria a su gran discurso, pronunciado en 1828 en la Cámara de los Comunes, Brougham dijo que “la era de la reforma legal y la era de Bentham son una y la misma cosa”<sup>102</sup>. Bentham llevó su utilitarismo hasta el extremo de donar su cadáver a la facultad de medicina<sup>103</sup>.

Afirmaba Bentham que el “bienestar público debe ser el objeto de la legislación”<sup>104</sup>, la utilidad general debe ser el principio del razonamiento en legislación. A este principio de utilidad general opone el que llama “principio del ascetismo”, sostenido por los que sienten horror y que consideran odioso o criminal todo lo que halaga los sentidos<sup>105</sup>. En igual plano, opuesto a su principio de utilidad, coloca el principio arbitrario o “principio de simpatía y antipatía”, que consiste en “aprobar o rechazar por sentimiento”, “sin admitir otra razón para ese juicio, que el juicio mismo”<sup>106</sup>. El sostenido principio de utilidad está necesitado de un criterio de utilidad, que Bentham halla en la propiedad que algo tiene para provo-

<sup>100</sup> Se cita la tercera edición, París, 1830, tres tomos.

<sup>101</sup> Se cita la tercera edición, *Théorie des peines et de récompenses, ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais, par Et. Dumont*, París, 1825, dos tomos.

<sup>102</sup> RADZINOWICZ, LEÓN, *A History of English Criminal Law and its Administration from 1750*, London, 1948, I, p. 355.

<sup>103</sup> Sobre BENTHAM, PHILIPPSON, COLEMAN, *Three Criminal Law Reformers, Beccaria, Bentham, Romilly*, Montclair, 1970, pp. 107 a 234; ATKINSON, C. M., *Jeremy Bentham: his life and his work*, London, 1905; una completa bibliografía en RADZINOWICZ, op. cit., I, pp. 355 a 396; *Teoría del Derecho Penal, Extracto de las obras de Bentham adaptado a la enseñanza de los alumnos del Instituto Nacional*, Santiago de Chile, 1864 (50 pp.).

<sup>104</sup> *Traité de Législation civile et pénale*, T. I, p. 1.

<sup>105</sup> *Idem*, p. 7.

<sup>106</sup> *Idem*, p. 12.



car un placer o para evitar un dolor. Para Bentham el placer y el dolor son los dos polos sobre los que construye toda una teoría moral que pretende hacer de ésta una ciencia exacta, toda vez que se puede cuantificar con exactitud la cantidad de placer y de dolor.

La utilidad pública es concebida por Bentham como la suma de las felicidades individuales. Conforme a este criterio, afirma que el principio de la utilidad nunca fue bien manejado en la legislación, sino que sólo ocasionalmente aparece junto al de arbitrariedad<sup>107</sup>. De allí que el criterio para erigir una acción en delito, hayan sido los prejuicios, las opiniones, y las costumbres<sup>108</sup>. Por su parte, este criterio, según el cual decide qué acciones han de ser delito, lo finca a partir de la comparación entre la cantidad de placer que un acto proporciona a su autor y la cantidad de mal que del mismo acto se deriva para la parte lesionada<sup>109</sup>.

Conforme al mismo criterio utilitarista, si bien reconoce que la pena es un mal<sup>110</sup>, la única utilidad que encuentra a la misma es que se traduce en la "prevención particular, que se aplica al delincuente individual, y la prevención general, que se aplica a todos los miembros de la comunidad, sin excepción"<sup>111</sup>:

Las consecuencias que tiene el utilitarismo en cuanto a su distinción entre moral y derecho son sorprendentes: "La moral, en general, es el arte de dirigir las acciones de los hombres de manera de producir la más grande cantidad posible de bienestar". "La legislación debe tener precisamente ese objetivo"<sup>112</sup>. En otras palabras: la moral y la legislación tienen la misma finalidad. Para Bentham la diferencia no radica en una cuestión de fines, sino en una cuestión de cantidad: el ámbito de la moral es más amplio que el de la legislación. Ello obedece a que, en los casos que quedan reservados solamente a la moral, la pena, que es el único medio por el que la ley puede influir directamente sobre la conducta de los hombres, causaría un mal —consistente en la alarma social— más grave que el mal que con ella se quiere prevenir. La otra razón, encontrada por Bentham para establecer esta diferencia cuan-

<sup>107</sup> Idem, p. 25.

<sup>108</sup> Idem, p. 98.

<sup>109</sup> Idem, p. 99.

<sup>110</sup> *Théorie des peines et des récompenses*, I, p. 2.

<sup>111</sup> Idem, p. 13.

<sup>112</sup> *Traité de Législation civile et pénale*, I, 107.

titativa entre moral y legislación, es que los vicios morales son muy difíciles de tipificar y ello causaría inseguridad jurídica <sup>113</sup>.

Conforme a esta distinción, Bentham se ve obligado a reparar de preferencia en el mal que el delito ha causado, es decir, en su aspecto objetivo, reduciendo a un segundo plano su aspecto subjetivo. Para el pensador inglés, la subjetividad del delito es sólo una medida que interesa a la alarma social: el delito intencional causa una mayor alarma social que el culposo, siendo ella una medida del daño, por lo que debe ser más penado <sup>114</sup>.

Si bien es cierto que Bentham resulta claro en múltiples aspectos —como puede ser la utilidad de la pena— ésta, por sí sola, no puede ser el fundamento de toda la moral y de cualquier derecho de punir, pues se trata de un concepto hueco, relleno con un hedonismo bastante difuso. El placer y su grado es un concepto bastante subjetivo. Para rellenar la teoría de Bentham se requiere un cartabón objetivo: el placer que a Bentham le produciría un cuadro de Picasso, probablemente fuese muy escaso. En último análisis, el hedonismo no puede prescindir de una valoración objetiva: hay que fijar lo que puede producir placer y asignarle un grado de placer, como paso previo para saber si es digno de tutelarse con una conminación penal, e individualizar el grado de dolor que la misma debe importar. ¿Qué criterio nos ofrece Bentham para esta individualización? Ninguno, por cierto, salvo su buen sentido, que a veces no podemos compartir a un siglo y medio de distancia. Piénsese, por ejemplo, en su observación acerca de la pena de flagelación, en la que había observado que el mayor o menor grado de dolor quedaba librado a la voluntad del ejecutor y, para eliminar esta desigualdad, proponía la construcción de una máquina cilíndrica, debiendo establecer el juez el número de vueltas <sup>115</sup>. En el fondo, el “placer” con que rellena Bentham su hedonismo penal, es el placer de la burguesía de su tiempo y esa es la escala de valores que quiere convertir en una moral exacta, matemática, igual a la geometría.

Muchas afirmaciones de Bentham son atractivas, como que parte de la afirmación de que la autoridad es un mal que hay que limitar y, ese límite lo encuentra en la utilidad, pero aquí es donde el límite se relativiza: utilidad ¿para quién y para qué? Respecto del positivismo

<sup>113</sup> Idem, 107-8.

<sup>114</sup> Idem, III, 2P-1.

<sup>115</sup> *Théorie des peines et des récompenses*, I, 91-2.

social propiamente dicho, Bentham no puede considerarse más que como un antecedente. No obstante, que en Bentham ya hay un componente positivista claro y una teoría sobre esa base, es algo que queda demostrado por su incapacidad para fundamentar cualquier valoración, como no sea remitiéndose a la de su época y por la circunstancia de que tácita o expresamente el pensamiento de Bentham es retomado cada vez que un positivista (o neo-positivista) quiere referirse a la cuestión ética o al contenido del derecho —puesto que casi siempre se queda en la forma—, trance en el que lo hace casi siempre como de paso o echando mano del utilitarismo<sup>116</sup>. El positivismo social propiamente dicho se configuró con Comte, quien nació cuando ya Bentham había escrito la mayor parte de las teorías que hemos enunciado. Bentham es un continuador de David Hume (1711-1776), aunque deposita un mayor grado de confianza en la razón, pues para Hume las valoraciones morales tenían su fundamento en la razón o en el sentimiento, en tanto que Bentham pretende eliminar el sentimiento y quedarse sólo con la razón, puesto que era un racionalista, en tanto que Hume predicaba virtualmente la dictadura de la costumbre. No obstante, ya Hume había adelantado el criterio de utilidad en la vida social para la individualización de las cualidades morales. De cualquier modo, en el sentido de que renuncia a teorías explicativas, limitándose a la constatación de los hechos, “Hume es el verdadero y único padre del positivismo”<sup>117</sup>.

Bentham, al pretender que el derecho penal no tocara toda la moral sólo por razones prácticas, como al negar el contenido de la declaración francesa de 1789, porque su utilitarismo le impedía reconocer cualquier derecho natural, inició el derecho penal de autor propio de todo el positivismo, dando lugar a lo que Foucault califica de “sociedad panóptica”, que perdura hasta nuestros días. En éste sentido representó la corriente opuesta al derecho penal de acto del pensamiento penal revolucionario, no siendo en vano que el código Napoleón le haya tenido por inspirador.

El utilitarismo de Bentham tuvo un eco posterior en el campo del derecho penal, con la “nueva criminología” sostenida por el profesor español Quintiliano Saldaña<sup>118</sup>. Este autor sostuvo una teoría que presentó como un desarrollo ulterior del positivismo, y que fundaba en las ideas de Bentham, Stuart Mill y William James. La influencia del pragmatismo anglosajón le llevó a afirmar que, en tanto que el positivismo estudiaba el fenómeno criminal en forma científica, objetiva, se requería una ponderación del mismo y de la justicia penal desde el ángulo del resultado práctico obtenido.

<sup>116</sup> V. por ej., RUSSELL, BERTRAND, especialmente en *The conquest of happiness*.

<sup>117</sup> WINDELBAND, I, 355.

<sup>118</sup> SALDAÑA, QUINTILIANO, *Nouvelle Criminologie*, París, 1929; *Nueva Criminología*, Madrid, 1931; *Modernas ideas penales*, Madrid, 1922; *Teoría pragmática del derecho penal*, Madrid, 1923; *Le pragmatisme pénal*, en “Rev.

Partiendo de este principio, no defendió la pura prevención social, sino la "previsión" social, es decir, no la mera defensa de un orden jurídico, sino la defensa de la sociedad, previendo su evolución, o sea, implicando que ciertos delitos debían quedar impunes porque así lo requería la evolución social. Para Saldaña, la peligrosidad radica en la sociedad misma y, en cierto sentido, sus teorías se acercan a la co-culpabilidad, aunque tal terminología sería por entero extraña a su sistemática. Estas elaboraciones las lleva hasta el extremo de concebir una "defensa social universal"<sup>119</sup>.

Si bien su teoría fue duramente criticada por Ferri<sup>120</sup>, quien sostuvo que en lugar de continuar el desarrollo de la escuela positiva lo truncaba, otros lo consideraron neo-positivista<sup>121</sup>, pero lo cierto es que en su pensamiento hay cierta originalidad, aunque frecuentemente poca coherencia. Trata, por ejemplo, de combinar el principio de la intimidación social con el reconocimiento de que el estado peligroso reside en la sociedad y la aceptación de que el delito responde a una necesidad de satisfacción de carencias reales.

En general, nos atrevemos a decir que esta posición carece de coherencia porque carece de la decisión previa del "para qué" de la utilidad proclamada, lo que neutraliza a todo pragmatismo y le lleva a ser encubridor de la ideología. En Saldaña se puede notar —aunque con esto se escandalicen muchos, porque detrás de ello hay una agria disputa política de tiempos idos— una clara influencia de Dorado Montero. La insistencia de Saldaña en la necesidad de hacer sentir a la sociedad su complicidad en el delito y la afirmación de la corregibilidad del delincuente, son de puro cuño doradiano, aunque injertadas en un contexto filosófico diferente. No es extraño tampoco que en Saldaña puedan encontrarse muchos puntos de contacto con algunos criterios actuales sostenidos por la llamada "criminología crítica".

El positivismo cientificista siempre concluye en un pragmatismo, aunque esto es sólo una necesidad lógica, que no siempre coincide con la cronología de los hechos. Desde este ángulo, la llamada "escuela pragmática española" —que es dudoso que haya llegado a ser tal—, es un desarrollo lógico del positivismo sociológico que en el mismo Ferri desembocó en un pragmatismo anti-filosófico, aunque menos coherente y más pedestre que el de Saldaña: "Cuando el legislador hace un código penal —escribió Ferri— no hace un tratado de filosofía, de teología o de moral, sino que organiza un conjunto de medios prácticos para preservar a la sociedad honesta contra las agresiones de los malhechores. Es una función práctica y, como tal, extraña a las convicciones

---

de Identificación y Ciencias Penales", La Plata, 1929, pp. 214-228; sobre SALDANA, MASAVEU, JAIME, *Nueva dirección española en filosofía del derecho penal. Estudio y ficha bibliográfico-crítica del Prof. Saldaña*, Madrid, 1942.

<sup>119</sup> V. SALDANA, *La défense social universelle*, Paris, 1925.

<sup>120</sup> FERRI, *Principii*, p. 60.

<sup>121</sup> Así lo consideraba AFRANIO PEIKOTO.

religiosas, correspondientes a otra jurisdicción"<sup>122</sup>. Aparte de la mezcla absurda entre filosofía, metafísica y religión, lo que se confiesa abiertamente en este párrafo es el utilitarismo como, único criterio. Con sobrada razón Duguit le criticó al pragmatismo jurídico su incapacidad para limitar el poder estatal, diciendo muy precisamente que el utilitarismo es un positivismo jurídico al que se suma un "cálculo de rendimiento"<sup>123</sup>.

En nuestra tradición doctrinaria hay un empleo bastante original del pragmatismo, que corresponde a Tejedor, quien dice tomarlo de Chaveau<sup>124</sup> lo que es explicable, porque el *Code* Napoleón fue influido en gran medida por Bentham. Tejedor sostenía que el castigo, "para ser legítimo, debe revestir dos condiciones: 1ª) que el hecho sea inmoral, lo que constituye la justicia intrínseca del castigo; 2ª) que éste sea necesario a la conservación del orden social, lo que envuelve su utilidad"<sup>125</sup>. De este modo, el delito se confunde con lo inmoral, pero sólo puede ser penado cuando ello sea útil a la conservación del orden social. Esta combinación de dos principios incompatibles —sostenida por Tejedor antes de plegarse a Feuerbach— no pasa de ser una curiosidad histórica. La más importante objeción que se le puede formular es que, como todo utilitarismo, no responde a la pregunta de cuál sea la pena útil al orden social y cuál no lo sea, lo que implica dejar un enorme arbitrio para penar lo puramente inmoral. Esta carencia se explica, porque la teoría, en definitiva, es la de Romagnosi, pero privada del límite que le ponía éste, al hacerla fincar en la "defensa social". Tejedor criticó justamente el defensismo de Romagnosi, pero se quedó con gran parte de la teoría, no estando exento de ecos pragmáticos<sup>126</sup>.

**149. El positivismo penal evolucionista-materialista: Lombroso.** Cesare Lombroso nació en Verona el 6 de noviembre de 1835, en el seno de una familia hebrea. Estudió en Padua, en Pavía y en Viena, y en 1858 obtuvo el doctorado en medicina en Génova, incorporándose al ejército. Ya había hecho algunos estudios sobre el mal de la pelagra y en 1863 comenzó a explicar medicina legal en Pavía, publicando algunos trabajos sobre la alienación mental.

<sup>122</sup> FERRI, Discurso pronunciado el 2 de mayo de 1924 en Nápoles, en el Congreso de la Sociedad para el Progreso de las Ciencias, cit.

<sup>123</sup> V. LEÓN DUGUIT, *El pragmatismo jurídico*, Madrid, 1924 (?) y la tentativa de refutación que en la presentación ensayaba QUINTILIANO SALDAÑA.

<sup>124</sup> V. CHAVEAU, ADOLPHE - HÉLIE, FAUSTIN, *Théorie du Code Pénal*, París, 1872, I, 16-7.

<sup>125</sup> TEJEDOR, *Curso*, p. 7. Argumentos utilitarios más o menos definidos fueron sostenidos entre nosotros también por CARLOS OCTAVIO BUNGE, *Fundamentos del Derecho de castigar*, en "Rev. de la Fac. de Der. y Ciencias Soc.", Bs. As., 1908; BERGA, MATÍAS, *Estudio sobre el fundamento del Derecho Penal*, Bs. As., 1889; abiertamente partidario de BENTHAM fue OSVALDO MAGNASCIO, *Fundamento del Derecho Penal, Justicia y utilidad*, Bs. As., 1884.

<sup>126</sup> Abiertamente contra el utilitarismo de BENTHAM se manifestó ADÁN QUIROGA, op. cit., pp. 22-23.

Por esos años publicó otros trabajos y tradujo la obra "La circulación de la vida" de Moleschott. Lombroso había conocido a Moleschott cuando éste se vio obligado a ir a Torino a dar clases, y allí tradujo su obra<sup>127</sup>. Moleschott era un fisiólogo holandés, partidario del monismo materialista radical, que afirmaba que "el hombre es lo que come"<sup>128</sup>. Esta obra y la influencia de Moleschott sobre Lombroso serán de gran importancia<sup>129</sup>. Volvió a interesarse por el problema de la pelagra, enfermedad endémica del norte de Italia, respecto de la cual Lombroso hizo importantes investigaciones, continuando también con sus investigaciones psiquiátricas, hasta que en 1876 se publica en Milán la primera edición del famoso trabajo "El hombre delincuente"<sup>130</sup>, que seguirá ampliando en sucesivas ediciones y también cambiando algunos puntos de vista, particularmente por influjo de Ferri y del menos amistoso de los franceses (Manouvrier, en el Congreso de París de 1880). Se orientó también al estudio de las relaciones entre genio y locura, lo que le valió serias polémicas. En colaboración con su yerno —Guglielmo Ferrero, que sería el autor de la famosa historia de Roma— publicó "La mujer delincuente". A partir aproximadamente de 1890, Lombroso siguió infatigablemente sus labores de cátedra y de manicomio y se dedicó a una heterogénea e increíble cantidad de estudios e investigaciones, que van desde "la barbarie china" hasta los orígenes de la arquitectura gótica, desde el antisemitismo hasta el peligro amarillo y el patriotismo, sin excluir el espiritismo, al que se mostró inclinado en sus últimos años.

Como puede observarse, Lombroso fue un científico, pero fue por sobre todo un hombre genial y de una gran inquietud intelectual. Probablemente, este exceso de inquietud fue el que le ganó las más duras críticas, debido a sus frecuentes generalizacio-

<sup>127</sup> MOLESCHOTT, *Die Kreislauf des Lebens*; en italiano, *La circolazione della vita*, Milano, 1869; en castellano, *La circulación de la vida, Cartas sobre la filosofía en contestación a las cartas sobre la química, de Liebig*, trad. de A. Ocina y Aparicio, Madrid, 1881.

<sup>128</sup> El confiado optimismo materialista e ingenuo de MOLESCHOTT es poco menos que asombroso, pero, incuestionablemente, es el producto claro del pensamiento de una época. Llegaba al extremo de proponer la supresión de los cementerios para que no se pierda el fósforo de los huesos (JAC. MOLESCHOTT, *La circulación de la vida, Cartas sobre la fisiología en contestación a las cartas sobre la química, de Liebig*, trad. de A. Ocina y Aparicio, Madrid, 1881, pp. 500 y ss.

<sup>129</sup> Su hija, en la biografía, pasa por alto esta influencia, mencionándola sólo de paso en forma incidental (V. LOMBRÓS FERRERO, GINA, *Vida de Lombroso*, trad. de Nicolás Cilla, Bs. As., 1940, p. 77).

<sup>130</sup> Un detallado estudio de las sucesivas ediciones, LANDECHO, op. cit.

nes, en ocasiones harto apresuradas. Sin embargo, tuvo el mérito de lanzar al mundo una problemática, cuyo planteamiento nunca se había hecho en bloque, echando con ello las bases de la criminología, tal como la conocemos hoy. Landecho afirma que la personalidad humana de Lombroso se proyecta hacia lo científico, haciendo de él “un investigador intuitivo hasta lo genial, pero falto de crítica hasta desesperar a sus mejores amigos”<sup>131</sup>. Murió a los setenta y cuatro años de edad en Torino, el 18 de octubre de 1909<sup>132</sup>.

El eje de la teoría lombrosiana lo constituye su obra “El hombre delincuente”<sup>133</sup>. Lombroso se planteó la necesidad de encarar el problema de la criminalidad desde un punto de vista diferente al seguido hasta entonces y, ante el auge de las disciplinas naturalísticas, decidió enfocar el estudio del delincuente aplicando estos conocimientos (anatómicos, fisiológicos, etc.). De este modo, llegó primero a la conclusión de que es imposible trazar una neta separación entre locura y delincuencia, derivando de allí que la forma de combatir a la delincuencia no es el estudio abstracto del delito, sino el concreto del delincuente. En base a sus observaciones, afirmó haber descubierto una categoría de “delincuente natos”, que presentan características que son reconocibles somáticamente, y cuya tendencia obedece a caracteres atávicos.

El reconocimiento somático de caracteres criminales fue un camino ensayado desde antiguo. El siciliano Tommaso Natale (1733-1849) parece haber sido un importante antecedente del biologicismo criminal<sup>134</sup>, aunque el más inmediato a Lombroso es la “frenología” de Gall<sup>135</sup>, pero la característica más importante del pensamiento lombrosiano consistió en injertar todas estas observaciones, enriquecidas con las que él mismo había reunido con

<sup>131</sup> LANDECHO, S. J., CARLOS MARÍA DE, *La tipificación lombrosiana de delinquentes, Primera Parte: Trayectoria humana y doctrinal de Cesare Lombroso* (Madrid, 1967, edición en multicopiador; el trabajo se compone de cuatro volúmenes, del que sólo tuvimos acceso al primero, y, a juzgar por éste, la investigación de LANDECHO parece ser la más completa sobre LOMBROSO), p. 254.

<sup>132</sup> Su hija parece indicar que murió pasada la media noche, es decir, el 19 (op. cit., p. 235).

<sup>133</sup> V. el estudio comparativo de las sucesivas ediciones en LANDECHO, op. cit. (disponemos de la francesa de 1895 y de la 3ª italiana de 1884).

<sup>134</sup> Su obra se titulaba *Sull'efficacia e necessità delle pene* (sobre ello, IMPALLÒMENTI, *Istituzioni di Diritto Penale*, Torino, 1921, p. 67).

<sup>135</sup> Sobre ella, NICEFORO, ALFREDO, *Criminología*, Puebla, 1954, t. I; QUIROZ CUARÓN, ALFONSO, *Evolución de la criminología*, en “Derecho Penal Contemporáneo”, México, Nº 3, 1965, pp. 13 a 56.

gran agudeza clínica, en una teoría general que siguió el camino trazado por el evolucionismo darwiniano.

No podemos pasar por alto un intento —relativamente bien fundamentado— de señalar a Gall como el iniciador de la moderna criminología científica. Franz Josef Gall nació en Baden, Alemania, en 1751 y estudió medicina en Estrasburgo. Fue un famoso anatomista del cerebro y su interés por el cráneo sólo se derivaba de su afirmación de que éste recubría cuidadosamente las partes del cerebro, adaptándose a sus formas, por lo que, mediante su estudio se podía detectar qué partes del cerebro estaban más o menos desarrolladas en un individuo. Generalmente se considera que la frenología carecía de toda base científica, pero no es cierto, puesto que en su tiempo Gall dedicó más de veinte años de investigación a ella y con esto colocó las bases de la investigación de las localizaciones cerebrales. Lo importante para nosotros es que pretendió descubrir un “centro de la destructividad”, que situaba inmediatamente sobre la oreja, lo que, curiosamente, viene a coincidir con la posición de las intervenciones que se han practicado modernamente para reducir agresividad incontrolada. Al comenzar el siglo XIX, Gall y su discípulo Spurzheim debieron abandonar Viena —donde daba lecciones Gall— a instancias de la Iglesia Católica, que los acusó de herejes por pretender que el centro de la razón estaba en el cerebro y no en el corazón. Esta circunstancia le llevó a recorrer varios países europeos, encontrando numerosos adeptos, particularmente en Inglaterra y luego en Estados Unidos, donde fue más tarde Spurzheim. Su más connotado seguidor inglés fue Charles Combe (1788-1858) y en Estados Unidos Charles Caldwell (1772-1853). Las principales obras de Gall fueron *la Craniología* (1807) y —en colaboración con Spurzheim— *la Anatomía y fisiología del sistema nervioso en general y del cerebro en particular* (cuatro volúmenes entre 1810 y 1819)<sup>135 bis</sup>.

Lombroso encontró en el cráneo de un viejo delincuente habitual, una “fosita occipital media”, y otras malformaciones menores, que remedan las formaciones craneanas de algunos mamíferos. Por esos años, circulaba una teoría, enunciada por Haeckel, que sostenía que la “ontogenia resume la filogenia”, es decir, que el desarrollo del embrión en el seno materno sintetiza la evolución que ha seguido la especie. Si asociamos ambas cosas, inmediatamente surge que la criminalidad “nata” obedece a una detención del desarrollo embrionario en un estado inferior al que debe alcanzar el ser humano.

<sup>135 bis</sup> V. LEONARD SAVITZ-STANLEY H. TURNER-TOBY DICKMAN, *The Origin of scientific Criminology. Franz Josef Gall as the First Criminologist*, en “Theory in Criminology. Contemporary Views”, ed. por Robert F. Meier, London, 1977, pp. 40 y ss.



Ernst Haeckel (1834-1919) fue un zoólogo de la Universidad de Jena, que publicó importantes trabajos en su materia y también una serie de obras de más que dudoso valor filosófico, en que predicaba un absoluto monismo materialista con argumentos simplistas que hoy se hallan científicamente rebatidos. Haeckel representa "la contra-partida de la metafísica idealista". "Pretende explicar el devenir cósmico como un ininterrumpido desarrollo, desde las formas de existencia más bajas y embrionarias a las más altas y complejas; pero se opone al idealismo en que pretende encontrar en las formas más bajas la razón determinante de las más elevadas y de eliminar toda finalidad del proceso natural"<sup>136</sup>. Haeckel hace una aplicación metafísica del principio darwiniano de la selección natural y, con base en ello, quiere fundamentar toda la explicación de la "evolución cósmica". "Por la aleación arbitraria de los varios estadios de la selección natural, por lo ilusorio de las explicaciones, que la mayor parte de las veces caen en el misterio, por la torpeza con que trata las cosas de la experiencia espiritual, la obra de Haeckel sobre *Los misterios del mundo* ha caído en un merecido descrédito"<sup>137</sup>. En la actualidad hay quienes reivindican a Haeckel en Alemania<sup>138</sup>, pero lo cierto es que esta reivindicación no pasa del plano biológico. Por otra parte, debemos tener en cuenta que a la luz de la ciencia actual, lo incuestionable es la evolución, pero no las teorías que quieren explicarla, porque, a este respecto, desde Darwin hasta hoy, una teoría sucede a otra, y aún hay grandes dificultades para hallar una explicación adecuada, teniendo todas el valor de hipótesis<sup>139</sup>. La actitud de Haeckel, en modo alguno se limitó a constatar el evolucionismo, sino que, a partir de una de sus hipótesis explicativas, se reveló como un desarrollo romántico y religioso, con tal fe en la naturaleza que le lleva al panteísmo. La vinculación de esta corriente con el pensamiento lombrosiano la pone de relieve correctamente Abbagnano<sup>140</sup>.

Dejando de lado la grosería materialista de la "ley biogenética fundamental" de Haeckel, lo cierto es que la idea de que en el hombre se concentra toda la naturaleza, es una idea mística, que se filtra en pensamientos muy lejanos al aquí expuesto, como que tiende a restituir al hombre su puesto central en el universo, que el darwinismo

<sup>136</sup> DE RUGGIERO, GUIDO, *Sommario di Storia della Filosofia*, Bari, 1927, pp. 331-2; también TOFFOLETTO, ETTORE, *Haeckel*, Brescia, 1945.

<sup>137</sup> DE RUGGIERO, loc. cit.; se refiere a una obra de divulgación con la que HAECKEL llegó al gran público. Otra de sus obras de vulgarización, en la que habla de la "psicología de las células", que es el más claro paso previo a los "equivalentes" del delito en las plantas y animales es *El origen de la vida*, trad. de Aurelio Medicana, Barcelona, 1908, especialmente, pp. 117 y ss.

<sup>138</sup> Así, HEBERER, GERHARD, *El origen del hombre*, en HANS QUERNER y otros, *Del origen de las especies*, Barcelona, 1971, p. 161.

<sup>139</sup> Cf. VAN DE POL, W. H., *El final del Cristianismo convencional*, Bs., As., 1969, p. 89.

<sup>140</sup> ABBAGNANO, III, 306.

descarnado le hacía perder. Max Scheler afirma que el hombre contiene todos los "grados esenciales de la existencia, y en particular de la vida; y en él llega la naturaleza entera (al menos en las religiones esenciales) a la más concentrada unidad de su ser"<sup>141</sup>. Bien lejano estaba Scheler de monismo materialista, pero la idea es la misma y su cuño místico.

Cabe agregar un dato curioso, en apariencia de interés puramente histórico, pero que en realidad revela cuáles son las consecuencias últimas de este monismo materialista y de su extraña y descabellada difusión hasta hace casi medio siglo. Haeckel afirmó que "la teoría darwiniana demuestra que la igualdad pretendida por los socialistas es un imposible, puesto que desiguales nacen los individuos todos". A partir de las diferencias hereditarias, Haeckel pretende una diferencia de funciones por división del trabajo, que es muy similar a la que por un camino opuesto sostenía Platón. Respecto al darwinismo, afirma rotundamente que "si se pretendiera atribuir tendencias políticas a esta escuela, más bien la encuadrarían las aristocráticas e individualistas, que las democráticas y socialistas. La teoría de la selección nos dice asimismo que en la vida de las especies, tan sólo una pequeña minoría de individuos alcanza el completo y sano desarrollo...". Ferri emprendió la crítica a esta posición en nombre del socialismo, y respondió: "El socialismo no nivela la desigualdad física y moral existente entre los hombres. El socialismo científico, en que se inspira la teoría de Carlos Marx dice: los hombres son desiguales, pero son hombres. En consecuencia, si cada individuo humano nace y se desarrolla en distintas condiciones que los demás, todo hombre, en el mero hecho de serlo, debe tener garantida una existencia como tal, no como paria o bestia de carga"<sup>142</sup>. Ferri dedica todo un libro a rebatir a Haeckel. Trata de armonizar el darwinismo con el socialismo. No es aquí lugar para analizar si lo logra, pero sí para puntualizar cuál es el fondo de esta disputa: no es otro que una concepción puramente biológica del hombre, enfrentada con una antropología filosófica, que en el caso de Ferri toma de Marx y que le sirve para refutar las monstruosas perspectivas de Haeckel, que abren el camino a la eugenesia, a la esterilización, a la división de la sociedad en castas, a la consideración de hombres y razas como sub-humanas, y a otras aberraciones que la humanidad conoció y, desgraciadamente, aún conoce, pese a los esfuerzos realizados por los organismos internacionales<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> MAX SCHELER, op. cit., p. 33; sobre esta "ley" también VIALLETON, LOUIS MARIUS, *Une probléme de l'évolution*, Montpellier, 1908.

<sup>142</sup> FERRI, ENRICO, *Ciencia positiva*, trad. de Emilio Gante, Barcelona, s. f., p. 15.

<sup>143</sup> Una interesante y curiosa popularización de las ideas evolucionistas, considerando la patología humana (y particularmente las "monstruosidades" que tanto preocuparon a los médicos de siglos anteriores) como degradaciones, puede verse en A. DEBAY, *Histoire naturelle de l'homme e de la femme*, París, 1864.

Esta teoría de la delincuencia atávica tuvo gran repercusión y se siguió sosteniendo aun cuando ya se había disipado la ilusión de poder reconocer somáticamente al criminal "nato", que era la pretensión última que perseguían los estudios de Lombroso<sup>144</sup>. La teoría se siguió sosteniendo a nivel profano, entendiéndose que la reacción criminal era propia de hombres primitivos<sup>145</sup>. Los posteriores estudios antropológicos desmintieron totalmente tales afirmaciones<sup>146</sup>.

Lombroso se percató prestamente de la insuficiencia de su afirmación en el atavismo y fue admitiendo otras categorías de delinquentes. Fue así como reconoció al "loco moral", que es un concepto próximo a ciertas caracterizaciones contemporáneas de la personalidad psicopática y del que en cierta forma ya había hablado Pritchard. Reconoció la epilepsia "larvada", a partir de un caso de homicidio múltiple cometido por un soldado epiléptico. Admitió en su clasificación al "delincuente de ímpetu", al delincuente loco y al delincuente ocasional. Con la admisión del delincuente ocasional, dio entrada a muchas consideraciones sociales, aceptando la crítica que a su primitivo determinismo biológico le formulara Ferri<sup>147</sup> y los franceses. Con la admisión de estas categorías, Lombroso enuncia una clasificación de los delinquentes, que inicia una larga serie de las mismas, que habrá de ser común en todos los autores positivistas<sup>148</sup>. Estas clasificaciones són el antecedente de las modernas tipologías criminológicas y, por otro lado, de la versión patológica de las mismas, en los tristemente célebres "tipos de autor".

También Lombroso incursionó en la problemática de la delincuencia femenina, concluyendo en que la mujer es tanto física como

<sup>144</sup> De allí todo el arsenal de mediciones y material gráfico que LOMBROSO ofrecía en su "Atlas", que aparece como apéndice de "El hombre delincuente" (v. por ej., *L'Homme criminel, Atlas, LXIV planches*, París, 1895).

<sup>145</sup> Se entendió esto también a nivel científico (v. por ej., NICEFORO, ALFREDO, *Criminología*, Puebla, 1954).

<sup>146</sup> Sobre ello, el importante trabajo de BLARDUNI, OSCAR C., *Crítica a la teoría del atavismo en la génesis del delito*, La Plata, 1950; un amplio cuadro de todas estas teorías y de su correspondiente fuente bibliográfica en BERNALDO DE QUIRÓS, CONSTANCIO, *Las nuevas teorías de la criminalidad*, Madrid, 1908.

<sup>147</sup> LOMBROSO las recoge principalmente en su libro *El delito* (trad. castellana, Madrid, s. f.).

<sup>148</sup> La forma en que surge esta clasificación hace que sea elaborada en forma conjunta por LOMBROSO y FERRI, por lo que algunos autores la consideran de ambos (FLORIÁN, por ej.), en tanto que GÓMEZ le otorga todo el mérito a FERRI.

intelectualmente inferior al hombre y que la prostitución es un equivalente del delito en la mujer <sup>149</sup>.

A lo largo de estas observaciones, las posiciones de Lombroso fueron rectificadas por él mismo. El curso central de su pensamiento acerca del delito puede resumirse —siguiendo a su mejor estudioso contemporáneo— de la siguiente manera: “En la *teoría criminogénica* intuye emocionalmente desde sus primeros años el origen morboso del delito; y aunque los vaivenes de su actividad científica le llevan a afirmar durante un decenio la primacía absoluta de la teoría atávica, vuelve luego a su primitiva concepción morbosa de la criminogénesis, gracias a las identificaciones sucesivas del delincuente nato con el loco moral y el epiléptico”. “Lo mismo sucede en la *tipificación delincencial*, donde a partir de un primer estadio de indistinción, pasa por un segundo de eliminación de los delincuentes no congénitos, para terminar luego por aglutinarlos todos alrededor del delincuente nato, como degradaciones sucesivas de la potencia delincencial del mismo, tendencia que tiene su origen común en la epilepsia”. “También engloba a los *factores exógenos* del delito en su cerrada síntesis. Tienen dichos factores para nuestro autor el mero papel de excitantes o inhibidores de la tendencia criminal. Por ello podrá suceder que un delincuente nato y por lo mismo con el máximo de tendencia delictiva, quede latente; o que un delincuente ocasional, que por tanto presenta el mínimo de potencia delincencial innata, se convierta en habitual e incorregible, por lo que en su estadio final en poco se diferenciará del nato” <sup>150</sup>.

Lombroso, en su investigación, consagró un método, consistente en la “observación a toda costa de los hechos” <sup>151</sup>, echando con ello las bases de la “antropología criminal”, por lo que bien merece ser considerado el padre de la criminología. Si las teorías de Galeno han perdido su vigencia, no puede decirse lo mismo de la medicina. Este fue el gran mérito de Lombroso: llamar la atención hacia el estudio sistemático del delincuente, lo que hasta entonces se había llevado a cabo sólo parcial y asistemáticamente <sup>152</sup>.

<sup>149</sup> LOMBROSO, C. - FERRERO, G., *La femme criminelle et la prostituée*, París, 1896.

<sup>150</sup> LANDECHO S. J., CARLOS MARIA DE, op. cit., p. 256.

<sup>151</sup> LOMBROSO-FERRERO, op. cit., prefacio.

<sup>152</sup> CIAFARDO, ROBERTO, *La influencia ejercida por la obra de Lombroso en la ciencia criminológica*, en “Hom. a José Peco”, La Plata, 1974, p. 87.

Lombroso fue seguido en Francia por Lacassagne, “menos como discípulo que como émulo”, quien fundó en Lyon los *Archives de l'Anthropologie Criminelle*. Discípulo de Lacassagne fue Emile Laurent. Ambos explicaban la criminalidad innata, pero no por el atavismo, sino por el desarrollo incompleto y la degeneración, “explicación que tiende a prevalecer —decían— poniendo de relieve el lado social de la cuestión”, que había sido originalmente descuidado por Lombroso<sup>153</sup>. Al mismo tiempo, Lacassagne reivindicaba para Francia la originalidad de la antropología criminal biológica. En el Congreso de Roma de 1885 decía que tenía “el profundo placer de reconocer la influencia de Lombroso y de la escuela italiana, pero también, para ser justo, decir que el movimiento ha comenzado en Francia con los trabajos de Gall, de Broussais, de Morel, de Despine”<sup>154</sup>, observación que Gabriel Tarde consideraba justa<sup>155</sup>.

Se alejaron del biologismo criminal los sociólogos franceses, particularmente Tarde y Emile Durkheim<sup>156</sup>. Ambos vivieron el clima del positivismo y particularmente Tarde fue el sociólogo de la criminalidad en Francia<sup>157</sup>, pero proporcionó un argumento contra el evolucionismo con su teoría de la imitación<sup>158</sup>, en tanto que Durkheim —pese a ser más directo descendiente de Comte, estuvo un poco más cerca del evolucionismo<sup>159</sup>. Ello hizo que ambos se cruzaran serias críticas con Ferri, por su más marcado evolucionismo social<sup>160</sup>. No podía ser de otra manera, porque Tarde aceptaba el indeterminismo, aunque no fundaba en él la responsabilidad, sino que la hallaba en la semejanza social, es decir, en la idea que cada miembro del grupo tiene de su semejanza con los restantes integrantes del mismo y, además, en la identidad personal o identidad consigo mismo<sup>161</sup>. Desde este ángulo, Tarde le re-

<sup>153</sup> V. LAURENT, EMILIO, *La antropología criminal y las nuevas teorías del crimen*, Barcelona, 1905, p. 39.

<sup>154</sup> V. “Archives de l'Anthropologie Criminelle”, I, 1886, p. 169.

<sup>155</sup> Idem, III, 1888, p. 67.

<sup>156</sup> DE DURKHEIM: *Las reglas del método sociológico* (1895); *El suicidio* (1897); *Representaciones colectivas e individuales* (1899); *La división del trabajo en la sociedad* (1893).

<sup>157</sup> La obra sintética más interesante de GABRIEL TARDE es *La criminalité comparée*, París, 1886; para nosotros es también muy importante *La filosofía penal*, trad. de J. Moreno Barutell, Madrid, “La España Moderna”, s. f. ( 2 ts.). Sus restantes obras principales son: *Las leyes de la imitación* (1890); *Lógica social* (1894); *La oposición universal* (1897); *Las leyes sociales* (1898).

<sup>158</sup> Cfr. TIMASHEFF, NICHOLAS S., *Sociological Theory, its nature and growth*, New York, 1961, p. 105.

<sup>159</sup> Cfr. TIMASHEFF, op. cit., 106 y 107; sobre Durkheim, ALPERT, HARRY. *Durkheim*, México, 1945.

<sup>160</sup> V. por ejemplo, las críticas de TARDE en *La criminalité comparée*, París, 1886, y en *La philosophie pénale*, Lyon, 1886.

<sup>161</sup> V. también FAUSTO COSTA, *Delitto e pena nella Storia del pensiero umano*, Torino, 1928, p. 240.

prochaba al positivismo italiano la carencia de una moral más racional y su fácil acceso a posturas utilitarias<sup>162</sup>.

Un adepto más cercano al positivismo italiano parece haber sido Maxwell, que negaba la distinción entre imputables e inimputables y el concepto de culpabilidad (que confundía con el dolo), al tiempo que hablaba de “vicios orgánicos de la función cerebral de la moralidad”<sup>163</sup>. En España fue Rafael Salillas —médico— quien se halló próximo a las ideas de Lombroso<sup>164</sup>. Fructuoso Cárpena difundía también las ideas de la antropología física, aunque rechazaba el determinismo biológico<sup>165</sup>. Contra las mismas se batía Félix de Aramburu y Zuloaga<sup>166</sup>.

En nuestro país cundieron las ideas positivistas, pero uno de los primeros que siguió muy fielmente las ideas de Lombroso fue Luis María Drago, con su conocido trabajo “Los hombres de presa”, que fue traducido al italiano con el nombre de “Los delincuentes natos”<sup>167</sup>. En Brasil también tuvo temprana difusión el positivismo, siendo digna de recordarse la obra de Viveiros de Castro<sup>168</sup>.

Debe anotarse que Lombroso ha tenido también una influencia literaria, particularmente sobre D'Annunzio, muy especialmente en sus novelas *L'innocente* y *Giovanni Episcopo*. Un estudio de la literatura italiana de fines del siglo pasado escribía: “César Lombroso y su escuela de criminología positivista han hecho desfilar ante los lectores tal cantidad de delincuentes natos, que verdaderamente no había necesidad alguna de agregar otras causas a la delincuencia”<sup>169</sup>.

150. **El positivismo penal sociológico: Ferri.** Enrico Ferri nació en Benedetto-Po, provincia de Mantua, el 25 de febrero de 1856. Estudió con Ardigò, Ellero y Carrara, para entusiasmarse luego con las ideas de Lombroso, con quien tomó contacto después de la publicación de su tesis (*Teoría dell'imputabilità e negazione del libero arbitrio*, 1877). Después de una permanencia en París, pasó a integrar con Lombroso y Garofalo la tríada directriz de la llamada

<sup>162</sup> TARDE, *Positivisme et pénalité*, en “Archives”, cit., II, 1887, 51.

<sup>163</sup> MAXWELL, J., *Le crime et la société*, París, 1909, pp. 95-6.

<sup>164</sup> V. SÁINZ CANTERO, JOSÉ A., *La ciencia del derecho penal y su evolución*, Barcelona, 1970, pp. 156-158.

<sup>165</sup> CÁRPENA, FRUCTUOSO, *Antropología Criminal*, Madrid, 1909.

<sup>166</sup> ARAMBURU Y ZULOAGA, FÉLIX DE, *La nueva ciencia penal (Exposición y crítica)*, Madrid-Sevilla, 1887.

<sup>167</sup> DRAGO, LUIS MARÍA, *Los hombres de presa, Ensayo de antropología criminal*, Félix Lajouane, Edit., Buenos Aires, MDXXXLVIII (p. 219); *I delinquenti nati*, Milano, 1890, con introducción de LOMBROSO; hay una edición de 1921, Bs. As., “La cultura argentina”.

<sup>168</sup> VIVEIROS DE CASTRO, *A nova escola penal*, Río de Janeiro, 1ª ed. 1894; 2ª ed. 1913.

<sup>169</sup> SPENCER KENNARD, GIUSEPPE, *Romanzi e romanzieri italiani*, Firenze, 1905, II, p. 143.

“escuela positivista”. Ferri fue el expositor más claro del pensamiento positivista, y también el más polémico. Fue político, socialista <sup>170</sup> casi toda su vida, convertido al fascismo al final de sus días. Visitó nuestro país en dos oportunidades, mostrando grandes dotes oratorias y sostuvo una polémica sobre el futuro del socialismo en la Argentina <sup>171</sup>. Sus obras principales son la “Sociología criminal” <sup>172</sup> y los “Principios de Derecho Criminal” <sup>173</sup>. Presidió la Comisión redactora del Proyecto de Código Penal para Italia de 1921 <sup>174</sup>, que no fue sancionado. Adhirió en sus líneas generales al proyecto Rocco. Murió en Roma el 12 de abril de 1929 <sup>175</sup>.

La obra de Ferri es particularmente interesante a nuestros efectos por múltiples razones, entre otras porque, quizá por ser la más clara, es la que permite ver mejor las consecuencias últimas a que nos conduce el pensamiento positivista. Creemos que es difícil juzgarla con objetividad —especialmente por su carácter eminentemente polémico—, pero la objetividad sólo la podremos alcanzar en la medida en que podamos juzgar al autor en su circunstancia.

Ferri fue un hombre genial, que abrazó el positivismo recibido

<sup>170</sup> Desde su punto de vista describió la relación del socialismo con el positivismo penal en *Socialismo e criminalità*, Torino, 1883.

<sup>171</sup> La visita de Enrico Ferri a la Argentina en el centenario despertó una ola polémica tanto en nuestro país como en Italia. Una idea clara de la misma y también del clima de tolerancia ideológica que —al menos en ciertos niveles— vivía el país, nos lo proporciona el libro en que Folco Testena recopiló y anotó las alternativas de esa visita: TESTENA, FOLCO, *Le conferenze di Enrico Ferri nella Repubblica Argentina, raccolte e annotate da...*, Buenos Aires, 1911.

<sup>172</sup> FERRI, ENRIQUE, *Sociologia Criminal*, trad. de Antonio Soto y Hernández, Madrid, s. f. La última edición fue póstuma, al cuidado de Arturo Santoro, *Sociologia Criminale*, Torino, 1930. La misma es el desarrollo de la obra que comenzó llamándose *Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal* (trad. de Isidro Pérez Oliva, Madrid, 1887).

<sup>173</sup> FERRI, *Principii di Diritto Criminale*, Torino, 1928.

<sup>174</sup> *Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti* (1921), que puede verse como apéndice de los Principii (602 y ss.).

<sup>175</sup> En la Argentina se ha publicado sobre Ferri el libro de EUSEBIO GÓMEZ, *Enrique Ferri, Aspectos de su personalidad, síntesis y comentario de su obra*, Bs. As. 1947; antes, ARECO, HORACIO, P., *Enrique Ferri y el positivismo penal*, Bs. As., 1908. Sobre Ferri, entre otros autores varios, *Enrico Ferri e la scienza penale italiana*, Milano, 1940; *Enrico Ferri, Maestro della scienza criminologica*, Milano, 1941; DE MARSICO, ALFREDO, *Penalisti italiani*, Napoli, 1960, pp. 111 y ss.; COLLIN, FERNAND, *Enrico Ferri et l'avant-projet de code pénal italien de 1921*, Bruxelles, 1925. V. la bibliografía indicada por SPIRITO, Ugo, *Storia*, p. 258.

de Ardigó<sup>176</sup> —siguiendo la tradición de Carlo Cattaneo—, pero su genialidad no le impidió ser positivista y víctima del positivismo. No podemos aquí exponer un análisis completo y detenido del pensamiento de Ferri para confirmar este aserto, pero trataremos de bosquejar nuestra idea al respecto, no sin advertir que Ferri merece un estudio particular y pormenorizado, enfocando su pensamiento como el drama de una existencia que quiso acomodarse a pautas que le quedaron estrechas.

a) *La reducción del derecho a sociología.* Ferri, atraído por la nueva ciencia inaugurada por Comte, rechazó todo el andamiaje religioso de éste y se acercó más a Spencer, queriendo permanecer fiel al método inductivo hasta introducirlo al campo jurídico, pero partiendo de la observación de hechos sociales, tarea que siempre trató de realizar en sus trabajos y que, invariablemente, concluye en una necesaria disolución de la ciencia jurídica en la sociología. El derecho penal dejaba de ser una ciencia jurídica, para pasar a convertirse en un capítulo de la sociología. Cuando hoy muchos sociólogos del derecho pretenden lo mismo, olvidan que Ferri lo postuló muchos años antes<sup>177</sup>. Para Ferri, quienes pretenden la autonomía del derecho penal y hacen dogmática jurídica, “olvidan completamente y jamás utilizan los datos bio-sociológicos sobre delitos y delincuentes, porque no se deciden a estudiar, también jurídicamente, delitos y penas, pero con método positivo y no con las solas abstracciones lógicas”.

Esta reducción de lo jurídico a lo sociológico encierra una contradicción insalvable: lo valorativo se disuelve en lo no valorativo, con lo que desaparece todo dato crítico de valoración. Sin embargo, esta no es la actitud de Ferri: si su obra se caracteriza por algo es por su crítica, que se agudiza en su condición de socialista militante. La explicación de esto se ve clara en sus trabajos: Ferri disuelve al derecho en la sociología, pero hace de ésta una ciencia valorativa. Por caminos diferentes, la teoría crítica está hoy haciendo algo parecido<sup>178</sup>.

<sup>176</sup> El mismo FERRI confiesa en el prefacio a su obra: “Me es grato comenzar este libro con el recuerdo de esa triada gloriosa de pensadores italianos, a los que debo mi vida intelectual: Roberto Ardigó, Pietro Ellero, Cesare Lombroso” (FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, 2ª ed., Bologna, 1884, p. 1).

<sup>177</sup> FERRI, *Principii*, p. 82;

<sup>178</sup> V. ADORNO, TH. W. y otros, *La disputa del positivismo en la sociología alemana*, Barcelona, 1973.



b) *La sociología funda un objetivismo valorativo.* Cuando Ferri hace de la sociología una disciplina valorativa, es porque pretende que la misma indagación de los hechos sociales, por vía inductiva le indicará qué es lo bueno y qué lo malo. No necesita para nada del principio de autodeterminación, no hay nada que elegir, porque lo bueno y lo malo están dados en la realidad, son evidentes, claros <sup>179</sup>. De allí que Ferri desprecie el principio del libre albedrío, que para él no es más que un resabio de filosofía teológica. En un mundo en que todo está determinado mecánicamente, en que todas son causas y efectos, hay hombres que están determinados a delinquir en virtud del resultado de la conjunción de causas endógenas y exógenas que los llevan a atacar a la sociedad. La sociedad, por su parte, también está determinada a defenderse y a contraatacar. Lo socialmente dañoso se establece partiendo del estudio mismo de la sociedad, es decir, que su determinación es objetiva. De allí que Ferri haya propugnado un procedimiento penal en que se limitaba el principio *in dubio pro reo* y, en general, era menos acusatorio y, consiguientemente, más inquisitivo, eliminando las exageraciones “liberales” de la “escuela clásica” <sup>180</sup>. Ello resultaba coherente, porque el proceso no era más que la realización de la defensa social. Esta seguridad se impone como consecuencia del objetivismo valorativo —de cuño idealista— con que se maneja.

¿Es cierto que lo malo está “dado” objetivamente? Por cierto que no. Ferri cae en una trampa, que es en la que en definitiva cae cualquier objetivismo valorativo y cualquier derecho natural idealista: lo “dado”, lo que “encuentra”, es lo que él mismo puso. En otras palabras: consciente o inconscientemente desvalora una acción y, luego, la encuentra “objetivamente” desvalorada.

c) *El pensamiento penal autoritario de Ferri.* Cabe preguntarse cómo siendo Ferri un socialista y, por ende, un crítico de la sociedad establecida, se las arreglaba para compaginar su objetivismo sociológico valorativo con su pensamiento socialista. Ferri apelaba a un recurso similar al escolástico, distinguiendo una criminalidad “anti-humana” y una criminalidad “evolutiva”. La “evolutiva” sería aquella cuyos intereses chocan con los de la clase dominante y

<sup>179</sup> Luigi Lucchini le criticó duramente —y con razón—, tantas “evidencias” (*I semplicisti...*).

<sup>180</sup> Esto no puede atribuirse a un giro autoritario de Ferri en los últimos años, porque sustancialmente, su pensamiento es el mismo en *Los nuevos horizontes*, cit., pp. 304 y ss.

desaparecerá cuando desaparezcan las clases en la sociedad, lo que creía que sucedería con el advenimiento del socialismo. Más tarde consideró que el dominio de una clase puede evitarse también en el estado corporativo, ya que éste sometería a las clases sociales, del mismo modo que el Estado liberal sometió a él a los individuos<sup>181</sup>.

En principio, no es necesario exagerar la adhesión de Ferri al fascismo, ni afirmar que hay "dos" Ferri, uno socialista y otro fascista. La verdad es que el pensamiento de Ferri siempre tuvo un tinte autoritario: se trata del mismo pensamiento de quien era autor del proyecto de 1921, que negaba la autonomía del hombre y que propugnaba un proceso casi tutelar<sup>182</sup>. En este sentido no vemos ninguna "traición" a su pensamiento penal, sino que creemos que su posición no es más que la culminación lógica de un pensamiento penal idealista, que siempre tiene un fondo autoritario, que primero creyó que podía materializar en el socialismo y luego en el Estado corporativo.

Por otra parte, cabe recordar que la intervención de Ferri en el fascismo no hay que magnificarla tanto. En primer lugar Ferri se convirtió al fascismo en los primeros años de este movimiento, en situación bastante difícil para Italia, en que no es sencillo prever el futuro, porque las actitudes políticas deben juzgarse *ex-ante* y no *ex-post*, en que todo se ve claro. Ferri había aceptado una banca de senador<sup>183</sup>, pero los tiempos eran diferentes a los que comienzan cuando relata su experiencia, por ejemplo, Zangrandi<sup>184</sup>. No hay por qué vincular a Ferri con los delirios posteriores del fascismo y, además, parece ser que en definitiva consideraba su banca como un honor y un reconocimiento que se le hacía, más que una tribuna pública, de la que ya se consideraba alejado. Al menos, esta última es la versión que alguna vez nos relatara Francisco Blasco Fernández de Moreda, quien conoció a Ferri en Roma en sus últimos años.

d) *El determinismo*. En esencia, el pensamiento idealista —en definitiva— de Ferri, que le lleva al objetivismo valorativo y a pretender suprimir los elementos relativos de la prohibición, primero mediante el socialismo y luego mediante el Estado Corporativo, también está fundado en un concepto antropológico que

<sup>181</sup> Cit. por GÓMEZ, op. cit., pp. 198-9.

<sup>182</sup> Sobre los peligros del proceso tutelar hemos hablado en nuestra *Sociología procesal penal*, México, 1968.

<sup>183</sup> V. SANTARELLI, ENZO, *Storia del Fascismo*, Roma, 1973, III, 199.

<sup>184</sup> ZANGRANDI, RUGGERO, *Il lungo viaggio attraverso il fascismo*, Milano, 1971.

puede identificarse con la concepción biológica del hombre. Su pensamiento tiene fuertes tintes organicistas, como que, por mucho que se orientó hacia lo sociológico, Ferri no dejó de ser un evolucionista de cuño darwiniano. La defensa que formula del darwinismo desde el punto de vista socialista<sup>185</sup> y la crítica a los “excesos liberales” de los por él llamados “clásicos”, no hacen más que anunciar su futura coherencia con una concepción antropomórfica del Estado, que fue la sostenida por el fascismo. De una concepción organicista del Estado a una antropomórfica, no hay más diferencia que un cierto grado de “espiritualización”, pero sus consecuencias prácticas son similares<sup>186</sup>. La responsabilidad del delincuente se funda en la mera circunstancia de ser miembro de la sociedad, con lo que desaparece toda consideración a la culpabilidad: imputables o inimputables son igualmente responsables. La razón por la que aplica pena es sólo la peligrosidad del delincuente, y la naturaleza y extensión de la misma está dada por lo que sea menester para neutralizarla. *Todo esto es la consecuencia lógica de una concepción antropológica que niega al hombre su capacidad de auto-determinación como parte integrante de un ente mayor, distinto y más importante.*

La teoría de la defensa social que enuncia Ferri, es un desarrollo que originariamente se funda en Spencer<sup>187</sup>, quien parecería no reconocer ninguna diferencia cualitativa entre lo que acontece en la sociedad humana y en la sociedad animal. Ferri enlaza este argumento de la defensa social spenceriana con el de Romagnosi<sup>188</sup> y llega a afirmar que por “defensa social” debe entenderse un perfeccionamiento de la defensa jurídica, es decir, un derecho de “conservación” o de “preservación”. Vemos así que, a la vuelta de un largo camino, se llega nuevamente a la tutela jurídica, criterio que ya había sido sostenido por los que Ferri calificaba de “clásicos liberales”, sólo que en él fundado y rellenado con argumentos evolucionistas y sobre la base de un determinismo mecanicista que Ferri se preocupa en deslindar del fatalismo, pero, estimamos que no lo logra, porque si bien es cierto que el fatalismo no puede identificarse con el determinismo, es sólo porque el determinismo es precisamente el principio o criterio de verdad al que corresponde el fatalismo como actitud individual ante la existencia.

<sup>185</sup> V. FERRI, *Ciencia positiva*, trad. de Emilio Gante, Barcelona, s. f.; *Socialismo y ciencia positiva*, trad. de Roberto J. Payró, Bs. As.

<sup>186</sup> V. infra, § 187.

<sup>187</sup> V. *Sociología Criminal*, II, p. 33; sobre las relaciones del positivismo con el organicismo, también CUEVAS DEL CID, RAFAEL, *Introducción al Estudio del Derecho Penal*, Guatemala, 1954, p. 216.

<sup>188</sup> Idem, t. II, p. 45.

Lo cierto es que, si para Ferri la defensa "social" no es más que una forma "perfeccionada" de defensa "jurídica", su "perfección" parece consistir sólo en eliminarle el límite que se proponía trazarle el pensamiento anterior, que por "clásico" y "liberal" pretendía reconocer cierto respeto a la dignidad humana. Con un concepto biológico del hombre, complementado con el organicismo social, e implicando el determinismo mecanicista, la tutela jurídica ya no conoce límite alguno, porque el único límite que conocía era la dignidad humana, que para Ferri era un "resabio teológico". Perdido ese resabio "teológico", mantenido artificialmente por los "excesos liberales" de los "viejos clásicos", maestros de lo "abstracto", y en las difíciles "abstrucciones tudescas" de la dogmática, no nos cabe duda de que ya nada quedaba de la persona humana y tampoco ya nada tenía de "jurídica" la defensa que postulaba Ferri, que sólo era una defensa "mecánica", de fuerza contra fuerza, sin otro límite que la fuerza misma y, para colmo de males, sostenida por una física que se reveló como teóricamente falsa.

Entre nosotros, Eusebio Gómez no se percató de que el pensamiento de Ferri fue coherente, tanto en lo penal como en lo político abstracto. De allí que afirme que "del juicio del Maestro acerca de los excesos del liberalismo no puede hacerse argumento en contra de la Escuela Positiva, para sostener que ésta agredió a las libertades individuales. Ellas y su garantía fueron reconocidas siempre y continuarán siéndolo, por los positivistas, como una conquista irrevocable de la civilización"<sup>189</sup>. No nos cabe duda de que muchos positivistas asumieron esa actitud, especialmente Gómez —la que evidenció en sus discrepancias con Coll en el proyecto de 1937—, pero lo que queda sin respuesta es en qué se funda la misma dentro del planteo positivista. Esa actitud emocional de muchos positivistas carece de asidero dentro de su planteamiento, por lo que no creemos que sea cierto que Ferri, en lugar de evolucionar haya involucionado en su pensamiento<sup>190</sup>. En definitiva, aunque coincidimos *decididamente* con la disidencia de Gómez en su planteo a Coll, creemos que en la línea en que se enmarcaban ambos, era más coherente Coll, pues es la consecuencia lógica de los principios en el fondo idealistas y de objetivismo valorativo en que ambos se asentaban.

151. **El platonismo rudimentario de Garofalo.** Rafaele Garofalo nació en 1851 y murió en 1934, representó la vertiente jurídica del positivismo penal italiano, correspondiendo esta actitud con su

<sup>189</sup> GÓMEZ, op. cit., pp. 131-3.

<sup>190</sup> Como lo afirma GÓMEZ, op. cit., pp. 131-2.

actividad, que fue la de magistrado, en que alcanzó altos cargos, llegando a ser Procurador del Reino. Colaboró con Ferri en el proyecto de 1921 y se había incorporado tempranamente a la Escuela Positivista, habiendo sido presentado a Lombroso por Ferri, alrededor de 1880. Aportó a ella el concepto de "temibilità", luego cambiado por "pericolosità". Su obra fue más extensa <sup>191</sup>, pero el trabajo de mayor envergadura fue su *Criminologia* <sup>192</sup>, donde sistematizó su pensamiento. A diferencia de Ferri, que fue durante toda su vida socialista y que, en sus últimos años creía que le tributaba un reconocimiento final un gobierno popular y democrático, Garofalo fue un aristócrata, un noble que lució toda su vida su título de barón con orgullo.

Veremos luego que no tiene sentido hablar de una "escuela clásica" y que es dudoso que pueda hablarse de una "escuela positivista" en sentido estricto, toda vez que entre los positivistas pueden observarse diferencias profundas. Hasta aquí podemos notar ya las diferencias que separaban a Ferri de Lombroso, pero aún más se separa —ahora de ambos— el pensamiento de Garofalo. Éste representa el rasgo jusnaturalista de la escuela, recubierto de un manto de aparente pragmatismo —tan común al positivismo— proclamando su alejamiento de todo contenido metafísico, pero harto cercano al idealismo más extremo.

El pensamiento de Garofalo se nos revela como hartamente tenebroso desde el prólogo mismo de su *Criminologia*, que nos da la pauta general del mismo: nos coloca frente a una heterogeneidad irreductible de elementos argumentales esgrimidos como recursos teóricos.

En principio, parece que Garofalo pretende que la sociedad se defiende contra sus "enemigos naturales", es decir, contra los delincuentes, y no contra el delito <sup>193</sup>, y proclama que la ciencia penal no tiene otro objeto más que la defensa contra los "enemigos naturales de la sociedad". Alza su protesta, pues, contra lo que califica de "indulgencia de los magistrados", que "no es más que el triunfo de la lógica", conseguido "a expensas de la seguridad y

<sup>191</sup> Del resto es importante, *Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, 1880.

<sup>192</sup> GAROFALO, *Criminologia, Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Torino, 1885 (trad. castellano de DORADO MONTERO: *La criminología, Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, Madrid, s. f. (las citas son de la traducción).

<sup>193</sup> *Criminologia*, pp. 7, 11, 14 y 15.

moralidad sociales.<sup>194</sup> El contenido irracionalista de esta afirmación se completa con una apelación al “derecho del pueblo”. “A los ojos del pueblo —dice— los códigos, los procedimientos y el mismo Poder Judicial, parece que se han puesto de acuerdo para proteger al criminal contra la sociedad, más bien que a la sociedad contra el criminal”<sup>195</sup>. Como si este canto irracional no fuese suficiente, Garofalo cae también en la teoría de la “doble verdad”: no niega el libre albedrío, sino que niega la posibilidad de usarlo en la ciencia penal.

Garofalo se propone, como objetivo de su investigación, fijar el concepto de “delito natural”, valiéndose del método inductivo<sup>196</sup>, es decir, que su finalidad es hallar un orden objetivo de valores dados “naturalmente”, o sea, el objetivismo valorativo sobre el que se funda cualquier política penal que corresponde a un jusnaturalismo idealista. Garofalo era un noble, un aristócrata, y por ello, su interés es más coherente con su posición que el de Ferri con su socialismo elegante: busca el objetivismo valorativo, que es la fuente de cualquier jusnaturalismo idealista aristocratizante, desde Platón en adelante.

El método que sigue para ello es una apelación a lo irracional. Se percata del relativismo valorativo, históricamente innegable, y, por ende, abandona el análisis de los actos —que no conviene a su propósito— y pasa al “análisis de los *sentimientos*”<sup>197</sup>. Para Garofalo, tanto la moral como el delito fincan en lo afectivo. Aparte de no quedar claro qué se entiende por moral y cuál es su relación con el derecho, la apelación a lo afectivo no deja de ser una renuncia al método propio del positivismo, pese a que Garofalo no vacila en calificar a Spencer como “el más grande de los filósofos contemporáneos”<sup>198</sup>.

La búsqueda del delito “natural” con método positivista, fue hecha por aquellos que hablaban de los “equivalentes del delito” en las plantas y en los animales<sup>199</sup>. Así, Parmelee afirmaba: “Los equivalentes y analogías del delito deben ser encontrados entre otros animales que el hombre. Algunos criminalistas han buscado también esos equivalentes en el mundo de las plantas. Esta investigación de los equivalentes

<sup>194</sup> *Idem*, p. 11.

<sup>195</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>196</sup> *Idem*, p. 71.

<sup>197</sup> *Idem*, p. 73.

<sup>198</sup> *Idem*, p. 97.

<sup>199</sup> V. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, Torino, 1884, pp. 1 y 55.

del delito, fuera del mundo humano, está justificada. El delito es un fenómeno natural y por tanto, íntimamente relacionado con otros fenómenos naturales. De acuerdo con la teoría de la evolución, estamos obligados a creer que se ha desenvuelto fuera de esos fenómenos, y debemos inquirir su origen en ellos mismos”<sup>200</sup>. Este fue el método de búsqueda del delito “natural” ortodoxamente positivista, aunque no por ello más autorizado. En lugar, el de Garofalo es harto heterodoxo.

La incuestionable irracionalidad de la apelación a los sentimientos, hace caer a Garofalo en un tremendo etnocentrismo, en que sus propias valoraciones y las de su grupo pasan a ser las “verdaderas”, en tanto que el resto es pura patología o desviación, lo que no deja de estar teñido de algún tinte racista.

Apela a “los sentimientos morales que puede decirse que ha adquirido definitivamente la parte civilizada de la humanidad y que constituyen la verdadera moral contemporánea, y que no puede perderse sino que es susceptible de un desarrollo cada vez mayor”. Agrega que “no será, precisamente, la *recta ratio* de Cicerón..., pero será la *recta ratio* de los pueblos civilizados, de las razas superiores de la humanidad, excepción hecha de estas tribus degeneradas que representan en la especie humana una anomalía semejante a la que representan los malhechores en la sociedad”<sup>201</sup>. De más está decir que la visión de esas “tribus degeneradas” ha arrojado mucha luz sobre la organización de las “razas superiores”, merced a los estudios de antropología comparada emprendidos en nuestro siglo, cosa que Garofalo ni sospechó. Él volvía a insistir en su racismo<sup>202</sup> y agrega luego que esas “tribus degeneradas”, son “excepciones que confirman la regla, anomalías sociales que representan, con relación a la especie humana, lo que las anomalías individuales con relación a una raza o a una nación”<sup>203</sup>.

Veamos ahora cómo construía Garofalo su objetivismo valorativo.

Sostenía Garofalo que en cada sentimiento moral hay capas

<sup>200</sup> PARMELEE, MAURICE, *Criminología*, Madrid, 1925, p. 7; antes lo habían sostenido otros autores (fundamentalmente el propio Lombroso; también BERNALDO DE QUIRÓS, *Alrededor del delito y de la pena*, Madrid, 1904, p. 71); en la actualidad nadie busca ya estos “equivalentes”, limitándose la discusión a la naturaleza de la agresividad humana, en que KONRAD LARENZ cree que se deriva de la autoconservación, en tanto que FROMM distingue dentro de la agresividad humana, una clase que está derivada de esa forma y otra, que llama “destructividad”, que la considera exclusivamente humana (FROMM, ERICH, *Anatomie der menschlichen Destruktivität*, Stuttgart, 1974).

<sup>201</sup> GAROFALO, *Criminología*, cit., p. 77.

<sup>202</sup> *Idem*, p. 83.

<sup>203</sup> *Idem*, p. 102.

superpuestas que cada vez hacen más delicado ese sentimiento, en forma tal que, "separando sus partes superficiales, se descubrirá en él la parte verdaderamente sustancial e idéntica en todos los hombres de nuestro tiempo y de nuestra raza bajo el aspecto psíquico" <sup>204</sup>. Hace radicar lo que llama "el sentido moral de una agregación humana" en "el conjunto de los instintos morales altruistas, es decir, de los que tienen por objeto directo el interés de los demás, aunque indirectamente, pueda esto redundar en beneficio nuestro" <sup>205</sup>. Aquí se nota un lejano eco de la "regla de oro" kantiana, pero a continuación pasa a desenvolver un dogmatismo escolástico-valorativo, en que reduce a dos los "instintos morales altruistas": el de *benevolencia* y el de *justicia*. Por ende, el "delito natural" es el que afecta estos sentimientos, pero no en las "capas superiores" o "más delicadas" que alcanzan los mismos en la civilización, sino en su medida "media", lo que también recuerda un poco a Aristóteles. Así, el delito "natural" lesiona el instinto de benevolencia en su grado de piedad, pero no constituye delito la lesión de la misma benevolencia en su grado superlativo de falta a la filantropía. Algo parecido pasa respecto del "instinto" de justicia, cuya medida media es la *probidad*. Conforme a ella, concluye en que "el elemento de inmoralidad necesario para que un acto perjudicial sea considerado como criminal por la opinión pública es la lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales, o sea, la *piedad* y la *probidad*" <sup>206</sup>.

Conforme a este criterio, Garofalo elabora un cuadro de la criminalidad, en que los delitos que lesionan el sentimiento de piedad tienen por tipo los atentados contra la vida y la salud, y los que lesionan el de probidad tienen como núcleo los delitos contra la propiedad. Logrado este cuadro, la construcción de Garofalo se asemeja a cualquier ética fundada sobre base objetivista valorativa, muy particularmente similar a las éticas idealistas, sólo que mucho más pobre. A tal punto es ello cierto, que se traba en discusiones con Aramburu y Zuloaga acerca de la naturaleza del sentimiento lesionado por cada delito <sup>207</sup>.

Establecidos cuáles son los "delitos naturales", Garofalo pasa a averiguar quiénes son los delincuentes "naturales". Siguiendo el

<sup>204</sup> *Idem*, p. 83.

<sup>205</sup> *Idem*, p. 89.

<sup>206</sup> *Idem*, p. 106.

<sup>207</sup> *Idem*, p. 117.



mismo criterio idealista distingue los que carecen del sentimiento de piedad, los que no tienen una medida suficiente el mismo, y los que están desprovistos del sentimiento de probidad. Respecto de los dos últimos, propone medidas tales como la deportación y la relegación, en tanto que a los primeros les reserva la pena de muerte. *Todo el planteo represivo de Garofalo encierra un retorno al derecho penal bárbaro*, es decir, a la expulsión del criminal del seno de la comunidad.

“De la propia manera —dice— que una buena familia ha expulsado al hombre grosero, tan pronto como se ha dado a conocer por un gesto o una palabra, de la propia suerte que una agregación más extensa ha expulsado al hombre poco delicado o poco escrupuloso, de la propia suerte la sociedad entera arroja lejos de sí al hombre delinciente que, con una sola acción ha revelado su falta de adaptación”. Y agrega: “Por este procedimiento, el poder social producirá artificialmente una selección análoga a la que se produce espontáneamente en el orden biológico por la muerte de los individuos no asimilables a las condiciones particulares del medio ambiente en que han nacido o al que han sido transportados”<sup>208</sup>.

Todo el planteo de Garofalo se resume en esto: la sociedad es un organismo que está determinado a defenderse de sus células cancerosas, eliminándolas o reeducándolas. Cuando esto último no es posible, hay que matarlas, porque no tiene sentido mantener al salvaje degenerado, ciego a los valores que Garofalo descubre con su método “empírico”.

Garofalo no admite la reclusión perpetua como medida de segregación. La reemplaza directamente con la pena de muerte. Después de dar argumentos bastante infantiles para demostrar que la reclusión perpetua no es una medida segregatoria definitiva e irrevocable, dice que “aún cuando lo fuese, esto no sería una razón suficiente para darle la preferencia, puesto que no se ve cuál sea la utilidad de conservarle la vida a seres que no deben volver a formar parte de la sociedad; no se comprende el objeto de la conservación de una vida puramente animal; no se explica por qué los ciudadanos y, por consecuencia, las familias mismas de las víctimas, hayan de pagar un aumento de impuesto a fin de dar albergue y alimento a los enemigos irreconciliables de la sociedad”<sup>209</sup>.

<sup>208</sup> Idem, p. 326.

<sup>209</sup> Idem, p. 486.

La drasticidad de las medidas que proponía Garofalo eran una necesaria consecuencia de su sistema de valores objetivos aunado a una extrema concepción organicista de la sociedad, cuya crítica, hecha por Aramburu y Zuloaga, rechaza en razón de obedecer a “prejuicios individualistas”<sup>210</sup>. Esta desgraciada amalgama de una teoría aristocrática con otra totalitaria, le lleva a afirmar que “mediante una matanza en el campo de batalla, la nación se defiende contra sus enemigos exteriores; mediante una ejecución capital, de sus enemigos interiores”<sup>211</sup>.

En síntesis: como Garofalo va directamente a la búsqueda del objetivismo valorativo, en él culmina el planteo penal del positivismo penal evolucionista materialista, poniéndose de manifiesto —mucho más claramente que en Ferri y en Lombroso— el carácter aristocratizante y su fondo despiadado, inhumano y totalitario.

No escapará al menos advertido que el platonismo penal rudimentario de Garofalo, en que culmina el positivismo evolucionista materialista, contiene una serie de afirmaciones que luego habrían de sonar muy dolorosamente a la Humanidad. En efecto: un último coltazo de este pensamiento fue su instrumentación política, llevada a cabo por Nicolai en 1933<sup>212</sup>. En general, la construcción de Nicolai no es del todo ajena a la de Garofalo, sino que, más bien, es una nueva presentación de la misma con el agregado de un nuevo valor que descubre “empíricamente”: el de la superioridad de la raza germánica.

Hemos visto que Garofalo pretendía que la pena segregatoria y eliminatoria cumplía la función que los darwinistas asignaban a la selección natural. Era un equivalente social de la selección natural. Nicolai toma esta idea y comprueba que el sistema represivo de los antiguos germanos era de ese carácter, de lo que deduce que este sistema fue el que hizo una “raza superior”, al eliminar los elementos degenerados e impedir que sus taras se transmitiesen hereditariamente. Sostenía que cuanto más germano nórdico es un pueblo, menor es el índice de criminalidad.

Por supuesto que para llegar a estas consecuencias, Nicolai se valió de la teoría de un judío, de Lombroso, tal como la formulara primitivamente, es decir, conforme a una etiología fundamentalmente biológica de la criminalidad. Cabe observar que la teoría biológica pura del criminal “nato” es una teoría que entraña un gravísimo peligro, puesto que, al desconocer la influencia de los factores sociales del delito, deja a la sociedad al margen de su génesis. Si bien ésta no fue la general teoría de la criminalidad de Lombroso, el sendero intelectual que

<sup>210</sup> *Idem*, p. 331.

<sup>211</sup> *Idem*, p. 133.

<sup>212</sup> NICOLAI, HELMUT, *Die Rassengesetzliche Rechtslehre, Grundzüge e. nationalsozialist. Rechtsphilosophie*, München, 1932, pp. 55.

abrió la teoría del criminal "nato" corresponde a una ideología altamente conservadora y autoritaria, puesto que si el delincuente es un ser diferente del resto, que está biológicamente destinado al crimen, no queda otra solución que su eliminación.

De allí que Nicolai tomase de Lombroso el determinismo biológico, afirmando que la teoría del libre albedrío y la introducción de los factores sociales en la génesis del delito eran una invención "judeo-oriental y marxista". Sobre la base del determinismo biológico, también tomaba del positivismo la responsabilidad social o legal y propugnaba la pena de muerte y la agravación de las sanciones.

Al igual que Garofalo, Nicolai sostenía que la función del derecho penal es defender a la sociedad de los elementos que por sus taras hereditarias son incapaces para la convivencia, corruptores, anti-vitales y anti-sociales. Para defender la pureza lograda por el drástico penalismo bárbaro, propugnaba graves sanciones a los arios que contrajesen matrimonio con extranjeros.

No cabe duda de que Nicolai distorsiona el pensamiento lombrosiano, pero, sin embargo, su teoría no deja de tener cierta coherencia con éste. Ello obedece a que es la consecuencia última de la insuficiencia de una concepción biológica del hombre para fundamentar un derecho penal respetuoso de la dignidad humana.

Cuando al hombre no se le otorga otra dignidad que la de un animal de la escala zoológica que actúa mecánicamente, determinado por un equipo biológico heredado, el derecho penal que se funda a partir de esa premisa no puede darle al hombre otra jerarquía que la presupuesta en la premisa fundamentadora. Así es que Garofalo entendía que la piedad para con los animales es una forma refinada y superior de ese sentimiento y, al mismo tiempo, no se explicaba por qué había que alimentar a un delincuente "incorregible". Si Lombroso, Ferri y Garofalo no sostuvieron las ideas de Nicolai, fue porque no estaban penetrados de la concepción de la superioridad racial y porque su pensamiento —particularmente el del primero— no tuvo la fría y terrible coherencia que alcanzó el de Nicolai, aunque Garofalo ya se acercase peligrosamente a ella.

Si bien resulta injusto citar a Lombroso como "una tendencia socialmente reaccionaria y antihumana de la criminología burguesa"<sup>213</sup> y ponerlo al mismo nivel que al brutal Mittelstädt<sup>214</sup>, lo cierto es que el humanitarismo dentro del planteo positivista resulta una contradicción<sup>215</sup>, que solo se explica por factores emocionales, que el mismo Ferri se ocupa de objetarle a los por él llamados "clásicos", comenzando por Beccaria.

<sup>213</sup> BUCHHOLZ, ERICH - HARTMANN, RICHARD - LECKHAS, JOHN - STILLER, GERHARD, *Sozialistische Kriminologie, Ihre theoretische und methodologische Grundlegung*, Berlín, 1971, p. 147.

<sup>214</sup> OTTO MITTELSTÄDT (*Gegen die Freiheitsstrafen, Ein Beitrag zur Kritik der heutigen Strafsystem*, Leipzig, 1879), sostenía que la sociedad sólo podía dominar a la criminalidad por el hacha y la guillotina.

<sup>215</sup> BUCHHOLZ y otros, cit., p. 148.

152. La llamada "lucha de escuelas": La antropología biológica contra la antropología filosófica. Hay frases e ideas oportunas, que se repiten con indolencia y permanecen como verdades incuestionables, cuando, en el fondo, lo único que sucede es que no fueron cuestionadas. Esto fue lo acontecido con una idea de Ferri, que si bien se ha puesto de manifiesto como falsa, no por ello ha dejado de ser seguida por buen número de autores, porque se trata de una simplificación cómoda. Nos referimos a la expresión "escuela clásica". No nos cabe duda de que Ferri fue un hombre genial, tanto que sus mismos contrincantes aceptaron de buen grado lo que para él no fue más que un mote en una lucha.

Los positivistas en general fueron afectos a reunir a todos sus contradictores bajo un rótulo. Así como Ernst Laas pretendía que toda filosofía no positivista era "platonismo", Ferri englobó en el concepto de "escuela clásica" a todos los penalistas no positivistas. Según él, la escuela "clásica" había sido fundada por Beccaria y reconocía en ella a todos los autores no positivistas, en cuya cumbre colocaba a Carrara<sup>216</sup>. Esto da idea de que frente a la escuela positivista existía una "escuela clásica", y que luego surgieron las "escuelas eclécticas", es decir, justamente lo que Ferri quería lograr: mostrarse como la corriente joven, nueva, vigorosa y científica, frente a un pensamiento que llamaba pomposamente "clásico" —con lo que decía que le honraba admirativamente—, pero que en realidad, apelando al sentido vulgar de la expresión, remedaba con ella su inmovilidad y vetustez. Esto se ha sostenido como verdad de fe por muchos autores no positivistas y, si algunos lo critican reconociendo su falsedad, lamentablemente lo conservan como criterio sistemático, porque es un expediente cómodo para evitar cualquier penetración más profunda en el problema filosófico que subyace en todo el campo jurídico penal.

Con lo hasta aquí expuesto, el menos avisado de los lectores podrá advertir que jamás existió una "escuela clásica" y que Carrara nunca conoció a los positivistas como para enfrentarse con ellos. Menos aún puede afirmarse que Beccaria fuese el fundador de una "escuela" a la que pertenecieron penalistas de criterio contractualista, aristotélico, del pensamiento revolucionario francés y del despotismo ilustrado, del criticismo y del idealismo dialéctico, además de otros con muchas simbiosis y síntesis personales, todo lo cual más bien configura un congreso pluripartidista y en modo alguno la base homogénea que en cierto grado presupone una "escue-

<sup>216</sup> V. *Nuevos horizontes*, pp. 3 y ss.; *Sociología criminal*, I, pp. 1 y ss.

la”, que por otra parte, Ferri tenía que pretender que se había extendido más de un siglo.

Resulta claro que esto no pasa de ser un cómodo recurso de Ferri para poner en un saco todo el pensamiento penal anterior, pero que, por otra parte, tampoco deja de ser la expresión megalomaniaca de los positivistas: los positivistas pretendieron con ello que el derecho penal reconocía dos etapas, algo así como antes de Cristo y después de Cristo. Esa actitud —como dijimos— no deja de ser la tónica general del positivismo filosófico, como que fue un movimiento romántico, deslumbrado por las conquistas técnicas, que creía que la ciencia, tal como ellos la consideraban, era el camino por el que el hombre podía llegar al infinito. No es correcto reprocharle personalmente esta actitud a Ferri, cuando, en realidad, fue común a todo el positivismo y a gran parte del romanticismo restante, nunca caracterizado por su humildad.

Pero si nos detenemos a ver cuál fue la razón que movió a Ferri a ubicar tan heterogéneo conjunto del pensamiento anterior bajo un rótulo común, sería también injusto atribuir ello exclusivamente a megalomanía y delirio. Había una base cierta, no definida expresamente por Ferri, quien no llegaba a captarla, y que estaba más allá de los “caracteres comunes” que Ferri creía hallar en ese conjunto diverso de pensamiento penal anterior al advenimiento del positivismo. La verdad es que con la expresión “escuela clásica”, Ferri no designó a ningún sistema penal, sino a la totalidad de la antropología filosófica misma. *Fue la expresión con que los partidarios de una antropología biológica designaron a los partidarios de cualquier antropología filosófica, es decir, a todos los que no creen que el hombre sea sólo un animal de la escala zoológica.* En el fondo, lo que subyace es la lucha entre quienes concebían al derecho penal sobre una imagen biológica del hombre y los que lo concebían considerando que hay algo que señala en el hombre una cierta dignidad mayor que la indicada por su sólo nivel de complejización biológico.

Cuando el positivismo filosófico quedó superado y su lugar en Italia lo ocupó el idealismo actual —en tiempos del fascismo— la actitud de los positivistas —y particularmente de Ferri— fue bastante confusa. Una de sus características fue pretender separar la escuela penal positivista del positivismo filosófico<sup>217</sup>. Esta afirmación no fue más que una tentativa de salvar al positivismo penal ante el hundi-

<sup>217</sup> V. la conferencia de Ferri en 1924, cit. por Gómez, pp. 80-81.

miento del positivismo filosófico. La prueba de que Ferri encaró siempre el positivismo penal a partir del filosófico se halla en el primer capítulo de su *Sociologia Criminal*.

Ferri afirmaba que la "escuela clásica" se caracterizaba por aplicar el método tradicional "a priori". Decía que con este método "la filosofía no era, como dice Spencer, más que una sucesión de continuos suicidios, en vista de que cada filósofo demolía los sistemas precedentes para edificar el suyo, destinado a quedar destruido, a su vez, por sus sucesores; mientras que con el método experimental, una vez alcanzadas y comprobadas las innovaciones, adquieren vida para siempre y permanecen inquebrantables en cuanto a los hechos de donde las mismas han sido deducidas"<sup>218</sup>. Recuerda la tumultuosa lucha cuando "Comte en Francia, Spencer en Inglaterra, Ardigó en Italia, Wundt en Alemania, quisieron extender el método al estudio moral y psicológico del hombre"<sup>219</sup>. Estas afirmaciones no pasan de la tradición italiana remontada a Carlo Cattaneo (1801-1869), que pretendía aplicar el método "a priori" en filosofía, concibiendo a ésta como una *síntesis* de las ciencias, y afirmando que si los antiguos "pudieron expresarse en oposición a las ideas, fue porque los fenómenos no estaban aún ordenados e interpretados en ideas"<sup>220</sup>. La desvinculación de este pensamiento del positivismo es tarea imposible y no pasa de un recurso desesperado por salvar al positivismo penal del naufragio de la corriente filosófica.

Tampoco había propuesto Ferri que una ciencia experimental, llamada antropología o sociología criminal, complementase al derecho penal —como había sugerido Lombroso<sup>221</sup>— sino que criticaba esta posición de Lombroso por tímida, y propugnaba la aplicación lisa y llana del método experimental al derecho penal mismo<sup>222</sup>.

Las conquistas del pensamiento penal tenían para Ferri el valor de un acto humanitario surgido del sentimiento, pero alejado de la razón. "Tiempo es ya de recordar —decía— lo que ellos olvidaron, guiados y animados por las aspiraciones del sentimiento, mucho más poderoso seguidamente que los consejos de la razón fría", no sin advertir que las protestas del pensamiento penal ante los hechos "fueron llevadas por la ola del sentimiento humanitario hasta una verdadera exageración"<sup>223</sup>.

En cuanto a la concepción antropológica del positivismo, ninguna

<sup>218</sup> *Sociologia Criminal*, I, p. 11.

<sup>219</sup> *Idem*, p. 12.

<sup>220</sup> CATTANEO, CARLO, *Un invito agli amatori della filosofia*, cit. en *Pensieri di Carlo Cattaneo*, Lanciano, 1915, p. 20; sus *Scritti Filosofici*, se han publicado al cuidado de G. Perticone, Milano, 1942. Sobre el valor actual del pensamiento de CATTANEO, PUCCIO, UMBERTO, *Introduzione a Cattaneo*, Torino, 1977.

<sup>221</sup> LOMBROSO, *Über den Ursprung, das Wesen und die Bestrebungen der neuen anthropologisch kriminalistischen Schule in Italien*, en ZStW, 1881, I, 1.

<sup>222</sup> *Sociologia criminal*, I, p. 10.

<sup>223</sup> *Idem*, p. 7.

duda puede haber a partir de la lectura de la primera página de la obra clásica de Ferri: "El desarrollo grandioso y fecundo de la filosofía experimental en la segunda mitad del siglo XIX, particularmente en lo que concierne al estudio biológico y psicológico del hombre, considerado como uno de los innumerables anillos de la cadena zoológica, y el examen positivo de las sociedades humanas como organismos naturales, había ya formado un medio intelectual y determinado una corriente general, del cual las recientes investigaciones sobre los fenómenos de la criminalidad no son más que un aspecto particular"<sup>224</sup>. Más adelante, Ferri aceptaba expresamente la teoría de Haeckel<sup>225</sup>.

Cabe consignar —como dato curioso— que el empirismo de Ferri a veces descansaba en hipótesis tan endebles como la suposición de Garibaldi en sus *Memorie*, que nos atribuye a los rioplatenses una predisposición al homicidio como resultado de nuestro hábito alimentario carnívoro<sup>226</sup>.

Creemos que con esto basta para demostrar que no hubo ninguna traición de Ferri a su pensamiento en sus últimos años, sino que todo el positivismo penal representa una involución del derecho penal en cuanto a lo que en materia de garantías individuales respecta<sup>227</sup>, sin perjuicio en que de él se hayan derivado algunos beneficios en el campo penológico. También demuestra que quienes se sintieron defraudados por la posición de Ferri en sus últimos años, como Jiménez de Asúa, Eusebio Gómez y Roberto Lyra, en realidad, no habían meditado suficientemente las consecuencias últimas de su posición de siempre.

Si bien no existió jamás una "escuela clásica" del derecho penal, lo que sin duda hubo fue un ataque frontal a todo el pensamiento anterior en cuanto partía de una concepción más elevada en lo antropológico que la meramente biológica o zoológica. Este cometido agresivo lo cumplió la escuela positivista, que si bien pretendió dedicar una especial atención al delincuente, lo hizo sin depararle la consideración que merece como ser humano. Por ello, *al considerar al delito, no vio en él el acto de un hombre sino un síntoma de la inclinación delictual del autor*.

La teoría que pretende ver en el delito un simple signo de peligrosidad fue conocida en Alemania como "teoría del acto sintomático" y sostenida por Tesar y Kollmann a principios de este siglo<sup>228</sup>. Las

<sup>224</sup> Idem, pp. 1-2.

<sup>225</sup> Idem, p. 54.

<sup>226</sup> Idem, p. 69.

<sup>227</sup> Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El criminalista*, IV, 104. Su posición era diferente en *El código penal argentino y sus proyectos reformadores ante las modernas direcciones del derecho penal*, Madrid, 1928, que también cita con beneplácito EUSEBIO GÓMEZ (op. cit., p. 19).

<sup>228</sup> TESAR, *Die symptomatische Bedeutung der verbrechischen Verhaltens*, Berlin, 1907; KOLLMANN, *Die Stellung des Handlungsbegriffe im Strafrechtssystem*, Breslau, 1908.

variantes de estas teorías se desarrollaron hasta desembocar en el tipo de autor, camino perfectamente coherente con el de la culpabilidad de autor o del carácter<sup>229</sup>, que es contradictoria con el principio de formulación legal de los tipos de actos. Esta teoría no sitúa en la base de la teoría del delito a la acción o conducta, sino al autor. La acción prohibida pasa a un secundarísimo plano, pues no es considerada más que como una vía para conocer al autor. Kollmann, por ejemplo, propone el siguiente sistema “sintomático”<sup>230</sup>: “El delito es el medio de conocimiento de la pena y de la culpabilidad. 1º) *El delito como medio para el conocimiento de la voluntad*. a) La teoría del conocimiento sintomático en general; b) La teoría del medio de conocimiento de la voluntad, en la que se encuentra el concepto de acción; c) La teoría de la combinación de síntomas de voluntad. 2º) *El delito como medio de conocimiento de la culpabilidad*. a) Teoría de la culpabilidad; b) El carácter jurídico del síntoma de culpabilidad; c) La teoría de la combinación de los síntomas de culpabilidad. 3º) *El delito como medio de conocimiento de la culpa penal*. a) La teoría de la pena y de la importancia de particulares síntomas como combinación de síntomas —prevención general y especial—; b) Clasificación de las categorías penales de culpabilidad; c) Clasificación de los individuos penalmente capaces”. Cabe recordar que Ferri reivindicó para sí la prioridad de la teoría sintomática del delito<sup>231</sup>.

La pretensión de trasladar al derecho penal la premisa médica de que “no hay enfermedades sino enfermos” y la reducción sintomática de la conducta criminal, acompañada de la afirmación de que el delincuente no es un hombre como los demás<sup>232</sup>, provocó, lógicamente, una serie de reacciones. Los positivistas se integraron en “escuela”, con su propio órgano de difusión —la revista “Scuola positiva”—, y teniendo por cabezas visibles a Lombroso, Ferri y Garofalo. El enfrentamiento con los sostenedores de todo pensamiento penal basado en distinta concepción antropológica fue la base de la llamada “lucha de escuelas”, que cubrió un período científico extendido por más de medio siglo y cuyo centro fue Italia.

Es imposible describir aquí el panorama de esta lucha científica, cuyos límites temporales van, aproximadamente, desde la aparición de la obra de Lombroso hasta pocos años antes de la segunda guerra mundial. En general, *fue una lucha de políticas penales asentadas sobre criterios filosóficos diversos*. Su campo no

<sup>229</sup> La expresión en LISZT, *Lehrbuch*, 1922, p. 160.

<sup>230</sup> KOLLMANN, op. cit., pp. 225-6.

<sup>231</sup> FERRI, *Sociología Criminal*, I, 15-6.

<sup>232</sup> En contra de la pretensión de identificar al delincuente con el enfermo se alzó la autorizada palabra de CONCEPCIÓN ARENAL, *Clínica criminal*, en “La Nueva Ciencia Jurídica”, Madrid, 1892, I, pp. 3 a 11.



fue el de la ciencia jurídico-penal —que se limitaba a recibir el inevitable reflejo— sino el de la política y el de la filosofía penales. Con todo acierto dice Rivacoba que “el enfoque escolar del derecho penal no es sino la consideración filosófica del mismo”<sup>233</sup>.

Cada posición que surgía de la lid, era calificada como “escuela”. La lucha escolástica llegó a extremos inadmisibles y la superproducción de “escuelas” motivó serias y enconadas críticas<sup>234</sup>. El epicentro del debate político-penal fue Italia, pero el positivismo tuvo también su versión germana, donde fue representado por Franz von Liszt<sup>235</sup>, en abierta lucha contra el grupo cuyas cabezas visibles eran Karl Binding y Birkmeyer. En España el positivismo —en su variante local y original— fue representado por Pedro García-Dorado Montero, clarificado catedrático de Salamanca, que desarrolló los principios en la forma más coherente. En la misma España se había enfrentado al positivismo italiano Félix de Aramburu y Zuloaga<sup>236</sup>. La lucha fue larga y feroz. En Italia se enfrentaron al positivismo varios autores —Magri, Zanichelli y, sobre todo, Luigi Lucchini— y el tono nunca fue cordial: mientras Lucchini calificaba a Ferri de “simplista del derecho penal”, éste le calificaba de “espiritista del derecho penal”<sup>237</sup>. Lucchini había partido de presupuestos similares al positivismo y se fue luego embrollando en las premisas y apartándose de las consecuencias, hasta enfrentarle abiertamente<sup>238</sup>, afirmando que la peligrosidad y la “defensa social contra el peligroso” hacen tabla rasa con nuestro proceso de conocimiento y sus garantías. Parodiando a los positivistas, decía Lucchini —con razón— que la igualdad de las partes, el debate oral, la defensa, la acusación, la contradicción, la publicidad y el mismo principio de inocencia serían “otros tantos artificios inventados por los doctrinarios clásicos en beneficio de los señores delincuentes”<sup>239</sup>.

<sup>233</sup> RIVACOBA, op. cit., p. 67 nota 147.

<sup>234</sup> V. LYRA, ROBERTO, op. cit., pp. 1 y ss.

<sup>235</sup> V. Infra, § 153.

<sup>236</sup> ARAMBURU y ZULOAGA, F. DE, *La nueva ciencia penal*, Madrid, 1887. FERRI responde a sus críticas en el prólogo a la traducción de *Los nuevos horizontes...*, Madrid, 1887. Contra la escuela positivista, desde ángulo puramente confesional, VIDA, FERNENCO, *La ciencia penal y la escuela positivista italiana*, Madrid, 1890.

<sup>237</sup> V. la defensa conjunta que de su escuela hacen LOMBROSO, FERRI, GAROFALO, FIORETTI, *Polemica in difesa della scuola positiva*, Bologna, 1886.

<sup>238</sup> V. LUCCHINI, LUIGI, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*, Torino, 1886; en 1874 fundó la *Rivista Penale* que dirigió hasta su muerte.

<sup>239</sup> LUCCHINI, LUIGI, *Le Droit Pénal et les nouvelles théories*, trad. de Henri Prudhomme, París, 1892, p. 339.

No podía ser de otra manera, porque lo que estaba en juego eran dos conceptos del hombre absolutamente incompatibles, al menos en la forma en que se planteaba la cuestión. En medio de este fragor surgen algunas tentativas de conciliación que, en lo que a Italia respecta, contribuyeron a oscurecer más las cosas.

Una serie de tentativas de unificación, cuya naturaleza fue bastante inorgánica, correspondió a la conocida como "terza scuola". En ella se reunían autores heterogéneos, todos los cuales tuvieron como característica común sólo el empeño por lograr una teoría "unitaria", aunque rechazaban airadamente la calificación de "eccléticos". Sus exponentes más notables fueron Guglielmo Sabatini, B. Alimena, Impallomeni y Emmanuele Carnevale.

*Sabatini* reunió en el género "coacción criminal" las penas y las medidas de seguridad. En cuanto a la imputabilidad, se apartó de los positivistas, considerando la categoría de los inimputables, rechazada por éstos. No obstante, no se fundó en el libre arbitrio, sino en la capacidad para ser sujeto de la relación jurídico-penal. Como consecuencia, también se apartó del principio de la responsabilidad criminal o social de los positivistas<sup>240</sup>.

*Alimena* observaba que la defensa social no excluye la enmienda del reo, sino que cuando ella es posible, afirmaba que la defensa se vuelve inútil. Al mismo tiempo creía que la defensa social es la única capaz de establecer una relación entre delito y pena<sup>241</sup>, porque entendía que la teoría de la retribución pretende establecer esa ecuación entre dos datos que son incommensurables. No obstante, no le quedaba otra salida que apelar al concepto de "justicia" como límite para la defensa social, con lo que caía en un círculo vicioso, elocuente demostración de que la "defensa social", por sí sola, no proporciona ninguna medida admisible para la pena<sup>242</sup>. Para salvar esta petición de principio acudía a algunas difusas reglas, cuya validez general puede ser sostenible, pero que no ayudan ni suplen las carencias de la defensa social descarnada. Tales eran, por ejemplo, la afirmación de que la pena "debe ser necesaria y debe ser suficiente" y que "la pena debe alcanzar el máximo de defensa social con el mínimo de sufrimiento individual"<sup>243</sup>.

<sup>240</sup> SABATINI, GUGLIELMO, *Principii di Scienza del Diritto Penale*, Cantanzaro, 1918-1924. Sobre la "dirección unitaria", DE NICOLA, ENRICO, *Le due Scuole*, en "Scritti in On. di E. Ferri", Torino, 1929, pp. 133-166.

<sup>241</sup> DE ALIMENA, *Note filosofiche di un criminalista*, Módena, 1911; *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, 1894. Completa bibliografía sobre ALIMENA y crítica de su posición en ROCCO, ARTURO, *Opere Giuridiche*, Roma, 1933, III, 419-424.

<sup>242</sup> ALIMENA, BERNARDINO, *Principii di Diritto Penale*, Napoli, 1910, I, p. 106.

<sup>243</sup> Idem, 107.

Para *Impallomeni* el derecho penal es "la suprema fuerza de organización de la sociedad, propia del Estado, por medio de la coacción personal, a fin de asegurar las condiciones de vida individual y colectiva, de las que asume la tutela"<sup>244</sup>. Afirmaba que en el derecho penal hay una defensa de clase, pero que en la medida en que el derecho penal pone un límite a los antagonismos sociales asume una labor de defensa social<sup>245</sup>. Consideraba que las tesis retributiva y defensista requerían un equilibrio y parecía inclinarse por la tesis de la intimidación en un sentido parecido al de Feuerbach, puesto que distinguía entre sujetos imputables e inimputables, haciendo fincar la imputabilidad en la capacidad para sentir la intimidación de la pena<sup>246</sup>.

*Carnevale* propugnaba un mayor respeto a la personalidad del derecho penal como ciencia autónoma y jurídica, rechazando la rotura de sus límites y su confusión con las ciencias biológicas o no jurídicas. Siguiendo al positivismo, reafirmaba su fe determinista, aunque ponía el acento en la diferencia entre determinismo y fatalismo, para concluir en que el acto ya realizado no pudo ser diferente, pero el acto a realizarse sólo es probable, siendo imposible su predicción, con lo que se acercaba bastante al libre arbitrio. Por último, hacía fincar la eficacia de la prevención en la "reforma social" y llevaba un fuerte ataque contra la teoría organicista de la sociedad, tan cara al positivismo y a todo autoritarismo, como también a la del delincuente nato<sup>247</sup>.

En lo que hace a la prevención como medio de la "reforma social", *Carnevale* otorgaba gran importancia al "reforzamiento" por los substitutivos de la pena<sup>248</sup>, sosteniendo que ésta tiende a desaparecer y que se dulcifican los sentimientos del hombre frente al criminal<sup>249</sup>. En cuanto a esto último, evoca bastante el evolucionismo psicológico de Lester Ward<sup>250</sup>. De cualquier manera, creemos que de los autores de esta llamada "terza scuola", el pensamiento más vigoroso fue el de *Carnevale*, quien, acertó en atacar al positivismo donde debía ser atacado y reivindicó el significado del pensamiento antropológico mediante una gran fe en el progreso moral de la Humanidad. Cabe aclarar que no puede considerársele un utópico, pues afirmaba que la teoría intimidatoria, al aceptar que la pena puede ser acompañada de un fin educativo, ya cede terreno hacia la desaparición de la misma, pero reconoce que su reemplazo por los substitutivos penales no está próximo ni puede

<sup>244</sup> GIAN BATTISTA IMPALLOMENI, *Istituzioni di Diritto Penale*, Torino, 1921, p. 45.

<sup>245</sup> *Idem*, p. 51.

<sup>246</sup> *Idem*, pp. 55 y ss.

<sup>247</sup> V. CARNEVALE, EMMANUELE, *Una terza scuola di diritto penale*, Roma, 1891; su *Diritto Criminale* (tres volúmenes, Roma, 1932) reúne toda su obra.

<sup>248</sup> CARNEVALE, *Crítica penal, Estudio de filosofía jurídica*, Madrid, s.f., pp. 167 y ss.

<sup>249</sup> *Idem*, pp. 197 y ss.

<sup>250</sup> V. WARD, F. LESTER, *Factores psíquicos de la civilización*, trad. de P. A. Martín Robles, Madrid, "La España Moderna", s.f.

ser inmediato. Se limita a señalar un cambio de tónica que todos podemos percibir y se asombra de que muchos le hayan criticado precisamente lo que cree evidente <sup>251</sup>.

Cabe recordar que Carnevale le criticó muy acertadamente al proyecto de Rocco su excesiva separación entre pena y medida de seguridad, al pretender reducir las últimas a simples medidas "de policía" o administrativas, lo que fracturaba el sistema unitario del derecho penal, insistiendo en que no pueden admitirse todas las consecuencias sustanciales y procesales de esta naturaleza jurídica <sup>252</sup>.

En el fragor de la "lucha de escuelas" surgió una tendencia conciliatoria, que fue la defensa social de Prins <sup>253</sup>, que había receptado la influencia de Bergson, pero que seguía siendo tributaria de Garofalo. Esta tendencia pretendidamente ecléctica tuvo un eco internacional al asociarse Prins a Liszt y van Hamel en la Unión Internacional de Derecho Penal. En tanto en Italia se abrió camino el positivismo jurídico, conocido como "escuela técnico-jurídica", encabezada por Arturo Rocco y Vincenzo Manzini <sup>254</sup>. Después de la desaparición de Ferri y Garofalo, los positivistas que le siguieron tomaron un sesgo más jurídico, acusando una innegable influencia del tecnicismo jurídico y configurando lo que se llamó "neo-positivismo" o "positivismo crítico", aunque esta última expresión ya había sido usada por Carnevale.

Respecto de *Grispigni*, su definición del derecho penal como "el conjunto de normas jurídico-estatales que a la violación de sus propios preceptos unen como consecuencia una pena" <sup>255</sup> y de la pena considerada ante todo como "la disminución de uno o más bienes jurídicos" <sup>256</sup>, no dejan lugar a duda alguna sobre el acentuado normativismo y sobre la influencia de la dogmática alemana en el sucesor de Ferri en la cátedra de Roma. Florian, por su parte, distinguía nítidamente entre el derecho penal y la antropología y sociología criminales. "Hemos expuesto en la primera edición de este libro —decía— y luego hemos reafirmado siempre, la opinión de que, pese a injertarse en los resultados

<sup>251</sup> CARNEVALE, op. cit., p. 222. Sobre la "terza scuola" y la "dirección unitaria", FRÓSALI, *Sistema penale italiano*, Torino, 1958, I, pp. 64-5.

<sup>252</sup> Cfr. CARNEVALE, *L'unità della lotta contro il delitto nel Progetto di Codice Penale Italiano*, en "Il Progetto Rocco nel Pensiero Giuridico Contemporaneo", Roma, 1930, pp. 7 y ss. (27).

<sup>253</sup> PRINS, ADOLPHE, *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*, trad. de Federico Castejón, Madrid, 1912.

<sup>254</sup> V. infra, § 155.

<sup>255</sup> GRISPIGNI, FILIPPO, *Derecho Penal Italiano*, trad. de Isidoro De Benedetti, I, Bs. As., 1943, p. 3.

<sup>256</sup> *Idem*, p. 6.

de los estudios antropológicos y sociológicos, debe el derecho penal conservar el carácter tradicional de ciencia jurídica, resistiendo la tendencia a hacerle meramente un capítulo de la sociología criminal. La antropología y la sociología criminales ofrecen, no obstante, los elementos, el material, los criterios para hacer orgánica y eficaz la lucha del Estado contra la delincuencia: son para el derecho penal ciencias no simplemente auxiliares, sino también fundamentales, esto es, preliminares y preparatorias del mismo". Más adelante afirmaba: "Conviene, pues, repudiar toda unificación, que sería confusionismo, y reservar al derecho penal su carácter de ciencia jurídica, pese a investigar las bases, y casi diríamos, las raíces y las fuentes naturalísticas en la antropología, en la psicología, en la sociología"<sup>257</sup>.

Simultáneamente a la desaparición física de Ferri y Garofalo en Italia, en Alemania el neo-kantismo invadía el campo penal cada vez más, desplazando los últimos vestigios de la teoría de Liszt, con Radbruch, Max Ernst Mayer, Edmund Mezger, Erik Wolf, etc. Alemania e Italia volvieron a coincidir en una tendencia a los estudios jurídicos-penales de carácter dogmático, que se vió fortalecida por la demanda de seguridad jurídica que tuvo lugar al término de la segunda Guerra Mundial, como consecuencia de las atrocidades cometidas por los totalitarismos surgidos en la pre-guerra. El centro de los debates se traslada de Italia a Alemania y se llega a hablar de una "pax dogmática", lo que fue una ilusión, entre otras cosas, porque no puede hacerse ninguna elaboración dogmática sin tener en cuenta la decisión político-penal que la precede, y, en segundo lugar, porque si bien se extinguieron los partícipes de la disputa, en modo alguno quedaron agotados los temas de la misma, como que no puede eliminarse del derecho penal su fundamentación en una determinada imagen antropológica. Siempre que resurja un derecho penal para un hombre concebido a nivel biológico, resurgirán los mismos temas.

Es un vicio muy extendido tomar por cierta la afirmación de Ferri y dar por sentado que hubo una escuela "clásica", una escuela "positivista" y una serie de escuelas "intermedias", todo lo que se resuelve luego saliendo del paso y pretendiendo que ello pertenece al pasado, y hasta a un pasado que no tiene contacto alguno con el pensamiento penal actual. Afirmamos rotundamente que no hubo escuela "clásica" alguna y que casi tampoco hubo una escuela positivista, sino que hubo un problema que siempre será actual en el derecho penal y que nadie puede pasar por alto: se

<sup>257</sup> FLORIAN, EUGENIO, *Parte generale del Diritto Penale*, Milano, 1934, I, 108-9.

enfrentaron en estos tiempos como nunca las concepciones del hombre que fundamentaban al derecho penal, y a las hasta ese entonces vigentes concepciones antropológicas que consideran al hombre como algo distinto de un mono complicado se le enfrentó la que lo consideraba así.

No podemos aquí tratar en detalle la importancia que tuvo el positivismo penal en la Argentina, pero lo cierto es que durante muchos años casi predominó entre nuestros doctrinarios y al mismo respondieron varios intentos legislativos, e incluso la primera obra doctrinaria en forma de tratado de gran volumen.

La filosofía positivista había cundido en el país, vinculada a los nombres de Alfredo Ferreira, Agustín Alvarez, Florentino Ameghino, José María Ramos Mejía. Carlos Octavio Bunge (1875-1918) fue su expositor en el campo de la filosofía jurídica, propugnando una reducción sociológica del derecho que nada tiene que envidiar a los modernos realismos, como no sea por su marcado acento spenceriano<sup>258</sup>. No obstante, la cabeza visible del positivismo argentino fue José Ingenieros (1877-1925), cuya obra y personalidad son de gran importancia para nuestra ciencia penal. Siendo médico psiquiatra, era hombre de extraordinaria cultura general y fue catedrático en la Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires. Ingenieros renunció a sus cátedras universitarias a causa de una de esas injusticias tan comunes en nuestra desordenada vida universitaria oficial. Representó en nuestra filosofía al positivismo cientificista y llegó a nuestra ciencia con su conocida *Criminología*, obra en la que estudió el fenómeno criminal con claro criterio clínico-psiquiátrico. Su vigorosa personalidad y particular estilo hicieron que su obra se difundiese aún muchos años después de desprestigiado el positivismo filosófico y penal en nuestro medio<sup>259</sup>. Puede afirmarse que el positivismo filosófico en la Argentina, después de alcanzar su máxima expresión con Ingenieros, se cierra con su discípulo Aníbal Ponce, que pasó del positivismo al marxismo<sup>260</sup>, y que murió trágicamente en México, después de haber sido víctima también de otra gran injusticia en nuestro país. No podemos aquí valorar y ponderar el aporte de todo el positivismo argentino en el campo filosófico<sup>261</sup>, sino

<sup>258</sup> BUNGE, CARLOS OCTAVIO, *El Derecho, Ensayo de una teoría integral*, Bs. As., 1915.

<sup>259</sup> V. sus *Obras completas*, Bs. As., 1930-1940; sobre Ingenieros: BACÚ, SERGIO, *Vida ejemplar de José Ingenieros*, Bs. As., 1936; AGOSTI, HÉCTOR P., *José Ingenieros, ciudadano de la juventud*, Bs. As., 1945; BERMAN, GREGORIO, *La obra científica de José Ingenieros*, Córdoba, 1929; ENDARA, JULIO, *José Ingenieros y el porvenir de la filosofía*, Bs. As., s.f.; PONCE ANÍBAL, *José Ingenieros, Su vida y su obra*, Bs. As., 1948; DE BENEDETTI, ISIDORO, en la "Rev. Arg. de Ciencias Penales", Bs. As., mayo-agosto de 1976, p. 86.

<sup>260</sup> V. PONCE, ANÍBAL, *Obras completas*, Bs. As.; SALCEDA, JUAN ANTONIO, *Aníbal Ponce*, Bs. As., 1957.

<sup>261</sup> Un panorama general en SOLER RICAURTE, *El positivismo argentino*,

que nos referimos de paso a él para destacar que el positivismo penal no ha sido un fenómeno culturalmente aislado, sino que respondió a un clima general positivista, vivido por el país, al que se sustrajo aisladamente Rodolfo Rivarola —que ocupó la primera cátedra de filosofía en la Universidad de Buenos Aires y que se desplazaba por cauces kantianos— y al que se enfrentó decididamente el pensamiento filosófico de Alejandro Korn<sup>262</sup>, quien sostenía que el positivismo se remonta en la Argentina a los hombres que gobernaron el país después de Caseros<sup>263</sup>.

En el campo de nuestra ciencia, el más connotado penalista positivista argentino fue Eusebio Gómez<sup>264</sup>. Gómez fue el autor del primer tratado de volumen de la materia y redactó con Coll el proyecto de código penal de 1937. Dirigió y fundó la *Revista de Derecho Penal* (1945-1951), cuyo secretario fue Omar Lima Quintana, quien posteriormente cambió sus puntos de vista.

En la sistemática de su obra, Gómez trata separadamente del delincuente y del delito. En la parte dedicada al delincuente considera la imputabilidad, la minoridad y la peligrosidad.

No menos importante que el anterior fue Juan P. Ramos, cuya obra de conjunto es el conocido "Curso"<sup>265</sup>. También catedrático en Buenos Aires, hombre de amplia cultura, interesado en otras áreas del quehacer intelectual y artístico, Ramos fue un decidido partidario del positivismo penal.

En 1887, Norberto Piñero<sup>266</sup> al inaugurar su cátedra de derecho penal en Buenos Aires, se proclamó positivista. Luis María Drago, escribió un famoso libro sobre los delincuentes natos, que traducido al italiano y prologado por Lombroso se publicó con ese nombre<sup>267</sup>. En 1888 se constituyó en Buenos Aires la Sociedad de Antropología Jurídica, cuyo presidente fue Francisco Ramos Mejía. En 1897, Norberto Piñero fue reemplazado en la cátedra por Osvaldo Piñero, quien siguió igual derrotero<sup>268</sup>. Sucesivas revistas especializadas siguieron la misma orien-

---

*pensamiento filosófico y sociológico*, Bs. As., 1968; FARRÉ, LUIS, *Cincuenta años de filosofía en Argentina*, Bs. As., 1958, pp. 55-100.

<sup>262</sup> KORN, ALEJANDRO, *Obras*, La Plata, 1938-1940. Sobre KORN, la extensa bibliografía indicada por FARRÉ, op. cit., p. 101, nota 1; ZALAZAR, DANIEL E., *Libertad y creación en los ensayos de A. Korn*, Bs. As., 1972.

<sup>263</sup> Cf. KORN, ALEJANDRO, *Estudios de filosofía contemporánea*, Bs. As., 1963, p. 188.

<sup>264</sup> Sus obras mayores son su *Tratado de Derecho Penal*, Bs. As., 1939, y sus *Leyes Penales Anotadas*, Bs. As., 1972.

<sup>265</sup> RAMOS, JUAN P., *Curso de Derecho Penal dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, compilado por Isauro P. Argüello y Pedro Frutos*, Bs. As., 1935.

<sup>266</sup> V. ROMANACH, A.; MIRANDA NAÓN, C., *Apuntes de Derecho Penal*, Bs. As., 1901 (3ª ed.), que según BUNGE (*Casos de Derecho Penal. Dictámenes*, Bs. As., 1911, int., p. XLII) son apuntes de las clases de NORBERTO PIÑERO.

<sup>267</sup> DRAGO, LUIS MARÍA, *Los hombres de presa*, Bs. As., 1888.

<sup>268</sup> V. su *Derecho Penal, Apuntes tomados en la Facultad de Derecho al Profesor de la materia, Dr. Osvaldo Piñero por C.A.A.*, Bs. As., 1906.

tación: "Criminalología Moderna", dirigida por Pedro Gori (1898-1901); "Archivos de Criminología, Medicina Legal y Psiquiatría", dirigida por José Ingenieros (1902-1914); "Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal", dirigida por Elvio Fernández desde 1914; la citada "Revista de Derecho Penal", de Eusebio Gómez; etc.<sup>269</sup>.

En 1889, *Cornelio Moyano Gacitúa*, profesor de Córdoba, publica una obra que muestra una tendencia marcadamente positivista, aunque no lo expresa tan abiertamente. Moyano Gacitúa se resiste a negar la responsabilidad penal fundada en la forma habitual. "Fundamos la responsabilidad criminal —dice— en la conciencia y voluntad humana, y separamos por una barrera infranqueable los actos que con ésta se cometen, o por ese medio se realizan, de aquellos producidos sin conciencia y voluntad"<sup>270</sup>. No obstante, pocos años después publica un estudio de sociología criminal<sup>271</sup>, que Lombroso calificó como "el más importante de sociología y antropología criminal aparecido en estos dos últimos años y en ambos mundos".

La importancia de este movimiento arrollador fue tal que Ramos podía afirmar aún en 1935 lo siguiente: "Gracias, pues, a esta admiración nacional por Enrique Ferri, se puede afirmar que en la República Argentina no ha habido escuela clásica a partir de la inauguración del curso de 1887, salvo en casos muy contados. La legislación ha sido de tipo clásico hasta 1921, pero el pensamiento de la juventud, de las clases dirigentes de la sociedad, de la cátedra universitaria, de los autores más importantes, ha sido constantemente positivista y lo sigue siendo todavía, a pesar de las divergencias de detalle en cuestiones secundarias de la doctrina"<sup>272</sup>. Creemos que Ramos exageraba

<sup>269</sup> Además de esas obras, pueden mencionarse las siguientes, todas en la línea positivista: HORACIO P. ARECO, *Psicología legal, Conferencias dictadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Bs. As., 1912; MONTES DE OCA, M. A., *Represión*, Bs. As., 1888; PAVÓN, CIRILO, *La defensa social. Medios preventivos y represivos*, Bs. As., 1913 (tesis); PAZ ANCHORENA, JOSÉ M., *La prevención de la delincuencia, Instituciones de adaptación posible en la República Argentina*, Bs. As., 1918; en los primeros impactos el positivismo penal fue duramente rechazado en el trabajo crítico de GODOFREDO LOZANO, *La Escuela Antropológica y Sociológica Criminal (ante la sana filosofía)*, La Plata, 1889. BUNGE, (*Casos de Derecho Penal. Dictámenes*, Bs. As., 1911, introducción, p. XL) afirmaba respecto del trabajo de Lozano que "si bien en el país se le recibió con la mayor displicencia, ha sido citado por algunos autores en el extranjero". En 1892 apareció la tesis de ANTONIO DELLEPIANE (*Las causas del delito*) en la que si bien el autor se muestra entusiasmado por las investigaciones criminológicas, aconseja prudencia en las reformas penales, ponderando el proyecto de 1891 (pp. 20-1) y criticando la posición determinista de Ferri (pp. 111 y ss.).

<sup>270</sup> MOYANO GACITÚA, CORNELIO, *Curso de Ciencia Criminal y Derecho Penal Argentino*, Bs. As., 1899.

<sup>271</sup> MOYANO GACITÚA, CORNELIO, *La delincuencia argentina ante algunas cifras y teorías*, Córdoba, F. Domenici, 1905.

<sup>272</sup> RAMOS, *Curso*, cit., I, p. 320.



en esta apreciación, porque nunca fue positivista Obarrio —que dejó la cátedra en 1906— ni puede considerarse positivista a Rivarola, ni tampoco a Julio Herrera, aunque quizá lleve razón Ramos respecto de las “clases dirigentes”.

Julio Herrera negaba el determinismo, porque afirmaba que la cuestión del libre albedrío no le correspondía a la ciencia y admitía la distinción entre imputables e inimputables. “La ciencia moderna —decía Herrera— rechaza la existencia del libre albedrío, pero ella, al hacer esta afirmación, sale de sus dominios. La ciencia no ve, no puede ver sino causas y efectos; la observación es impotente, es cierto, para tomar la libertad en ningún momento, pero esto no prueba su inexistencia, sino simplemente que ella, si existe, se produce fuera del dominio de la experiencia”<sup>273</sup>.

No obstante, la importancia del movimiento fue innegable. Aunque no del todo ortodoxamente, sus pasos fueron seguidos por José Peco<sup>274</sup>, Alfredo J. Molinario<sup>275</sup> e Isidoro De Benedetti<sup>276</sup>, quien luego variará sus puntos de vista.

No hemos hecho más que citar los principales pasos del positivismo penal en la Argentina, sin que eso sirva a otro efecto que al de dar una idea de la fuerza impresionante que este movimiento ha tenido entre nosotros<sup>277</sup>, y pueda explicar algunos resabios marcadamente peligrosistas y defensistas que perduran en nuestra jurisprudencia y aun en nuestros proyectos recientes.

Al tiempo que apareció el *Tratado* de Gómez, se iniciaba casi la publicación del de Sebastián Soler, marcando esta última obra el ocaso del positivismo penal, al que ya Soler había dado un duro golpe en una monografía en que criticaba el concepto de estado peligroso de modo lapidario, formulándole cargos que los positivistas no podían levantar<sup>278</sup>. Pese a ello, como hemos dicho, era tal la pujanza del movimiento positivista, que la dogmática jurídica tardó en imponerse, sin que por ello se hayan erradicado aún hoy en forma definitiva, algunos últimos vicios

<sup>273</sup> HERRERA, JULIO, *La reforma penal*, Bs. As., 1911, pp. 298-9.

<sup>274</sup> PECO, JOSÉ, *La reforma penal argentina*, Bs. As., 1921; *El uxoricidio por adulterio*, Bs. As., 1929; *La Reforma Penal en el Senado de 1933*, Bs. As., 1936; *Proyecto de Código Penal*, La Plata, 1942.

<sup>275</sup> MOLINARIO, ALFREDO J., *Derecho Penal*, compilación de Roberto Albarracín, Bs. As., 1937; *Derecho Penal (Parte Especial)*, compilado por Antonio Toscano, La Plata, 1943 (especialmente en la introducción).

<sup>276</sup> V. su proyecto de código penal de 1951.

<sup>277</sup> Para un estudio detallado, LAPLAZA, FRANCISCO, *Los estudios penales en Argentina*, en “Criminología”, 1941; SILVA RUESTRA, JUAN, *Evolución de la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Buenos Aires*, Bs. As., 1943; RAMOS, JUAN P., *La Escuela de Enrique Ferri en la República Argentina y Rivarola, Rodolfo, Enrico Ferri y la escuela positiva del derecho penal en la República Argentina*, ambos en “Scritti in O. di E. Ferri”; GÓMEZ, EUSEBIO, *Criminología Argentina*, Bs. As., 1912; etc.

<sup>278</sup> SOLER, SEBASTIÁN, *Exposición crítica de la teoría del estado peligroso*, Bs. As., 1929.

de razonamiento que en él tienen origen. Basta para probar este aserto, la irracional jurisprudencia que pretende penar invariablemente por delito doloso al autor de injusto en estado de embriaguez completa y la que considera punible el consumo de enervantes, o el manejo que se hace de la peligrosidad en el proyecto de parte general de 1974-5, que en su redacción originaria reducía al delito a un síntoma de la misma, o en la pretensión —a veces hasta doctrinaria— de que el único criterio cuantificador de pena en nuestro derecho penal vigente es el grado de peligrosidad del autor.

153. El positivismo penal evolucionista-espiritualista de von Liszt. Franz von Liszt nació en Viena el 2 de marzo de 1851 y estudió entre 1869 y 1873 en la Universidad local, donde explicaba Jhering. El pensamiento de “el fin en el derecho” habría de influir en su posterior desarrollo doctrinario. Continuó sus estudios en Göttingen y Heidelberg y se habilitó en Graz en 1875. En 1879 fue profesor en Giessen, en 1882 en Marburg, en 1889 en Halle y desde 1899 hasta su retiro en 1916 en Berlín. Murió el 21 de junio de 1919.

Entre 1880 y 1890 se desarrolló su principal actividad científica. La primera edición de su *Tratado de Derecho Penal Alemán* (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*), que apareció en 1881, alcanzó veintidós ediciones hasta su muerte y fue continuado luego por Eberhard Schmidt. El más importante escrito, que fija la dirección de los estudios y criterios desarrollados por Liszt, es conocido como “el programa de Marburgo” o “escrito programático marburgués”, trabajo que lleva por título “La idea de fin en el derecho penal” (*Der Zweckgedanke im Strafrecht*), aparecido en 1882<sup>279</sup>. Por esos años estudia los proyectos italianos y ruso y da forma a su concepto de la responsabilidad penal fundado en la acción y en el bien jurídico, con lo que se separa de la teoría de las normas de Binding. En 1888 inicia su famoso “seminario”, en su propia casa y con su biblioteca, alquilando después una casa para el mismo en Berlín, lo que costaba personalmente. Se trataba de un centro privado en que investigaba con un grupo de discípulos, en búsqueda de verdades y sin que Liszt impusiese nunca su criterio personal. Entre los muchos alumnos que pasaron por él y que luego alcanzarían gran nombradía, cabe mencionar a Robert

<sup>279</sup> LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en ZStW, 1883, 3, 1-47; reproducido en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlín 1905, I, 126 y ss.; hay traducción italiana, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, con introducción de Alessandro Alberto Calvi, Milano, 1962.

von Hippel, Eduard Kolrausch, Gustav Radbruch, Franz Exner, Alexander Graf zu Dohna, Eberhard Schmidt. En 1889 fundó con Prins y van Hamel la Unión Internacional de Derecho Penal (*Internationale Kriminalistische Vereinigung*). Junto con Adolf Dochow fundó la "Revista para la ciencia total del Derecho Penal" (*Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft*), publicación que hoy continúa apareciendo, como la más prestigiada de Alemania en nuestra materia. Tanto en la Unión como en la revista, Liszt desarrolló sus ideas, que venían expuestas programáticamente desde su mencionado escrito de Marburg de 1882, desarrollando su línea sociológica propia, en oposición a las ideas de Lombroso.

Políticamente, Liszt pasó del ala izquierda del liberalismo al socialismo, pero nunca fue político activo, salvo en su juventud, cuando estudiante en Austria, en que lideró el partido nacionalista alemán contra la influencia de Napoleón "el pequeño". Esta posición no obstó a que se solicitara oficialmente su colaboración en varias comisiones que proyectaron textos legales a principios de siglo. En 1911, él mismo con Lilienthal, Kahl y James Goldschmidt preparó un "contra-proyecto" de código penal. En sus últimos años vio interrumpida su labor internacional por la Primera Guerra Mundial, a cuyo término ya estaba gravemente enfermo<sup>280</sup>.

<sup>280</sup> Sobre Liszt, SCHMIDT, EB., *Einführung*, pp. 350 y ss.; del mismo, *Franz von Liszt und die heutige Problematik des Strafrechts*, en pp. 201 a 233 del "Fest. f. Julius von Gierke", Berlín, 1950; el "Gedächtnisheft für Franz von Liszt" de la ZStW, 1969, pp. 685 y ss.; con trabajos de JIMÉNEZ DE ASÚA, SILVIO RANIERI, EDUARDO CORREIA, EDUARDO NOVOA MONREAL, BOGDAN ZLATARIC, HANS SCHULTZ, G. TH. KEMPE, ALVAR NELSON, pp. 543 y ss., con los trabajos de JESCHECK, EB. SCHMIDT, RICHARD LANGE, ERNST HEINITZ, PAUL BOCKELMANN, CLAUS ROXIN, RUDOLF SIEVERTS, REINHARD MOOS; BAUMGARTEN, ARTHUR, *Die liztsche Strafrechtsschule und ihre Bedeutung für die Gegenwart*, en Sch. Z. f. Str., 1937 (51), pp. 1-14; GEORGAKIS, YANNIS A., *Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszt*, Leipzig, 1940; en la "Revue Internationale de Droit Pénal", 1951: CORNIL, PAUL, *Adolphe Prins et la défense sociales*, pp. 177-189; DONNEDIEU DE VABRES, H., *Le professeur Emile Garçon (1851-1922) et l'Union Internationale de Droit Pénal*, pp. 191-200; GIVANOVITCH, THOMAS, *Quelques considérations sur le droit criminel en Yougoslavie et sur l'influence de l'Union Internationale de Droit Pénal*, p. 201-8; GRAVEN, JEAN, *F. von Liszt et le nouveau Droit Pénal Suisse*, pp. 209-257; HURWITZ, STEPHAN, *F. von Liszt et la politique criminelle contemporaine*, pp. 259-272; KUNTER, MURALLAH, *La contribution de l'Union Internationale de Droit Pénal au progrès de la législation et de la science du droit criminel*, pp. 319-329; MIGLIOLI, CARLO, *L'école positiviste italienne et l'œuvre de l'Union Internationale de Droit Pénal*, pp. 332-7; RAPPAPORT, EMIL STANISLAW, *F. von Liszt, pédagogue et organisateur du travail universitaire*, pp. 339-341; SCHYTER,

Para Liszt la tarea de la ciencia "total" del derecho penal no se agotaba en lo jurídico, sino que el derecho penal, entendido como dogmática, era una de sus partes, que exigía, además, el conocimiento de los datos fácticos, provenientes de las disciplinas naturales, considerando tales a la antropología y a la sociología criminales. La primera, es decir, la consideración del derecho penal como dogmática, era una *tarea pedagógica* de la "ciencia total del derecho penal", en tanto que la segunda era una *tarea científica*, que consistía en estudiar las reales causas del delito y los efectos de las penas. Como resultado de esta indagación científica surgía la política criminal, es decir, la *tarea político-criminal* de la "ciencia total del derecho penal". En síntesis Liszt concebía una "*gesamte Strafrechtswissenschaft*" con tres tareas: una pedagógica (dogmática), otra científica (criminológica) y una tercera, político-criminal (valorativa).

Una de las cuestiones más delicadas es cómo extraer del resultado de una labor pedagógica y de una labor científica, una línea política, es decir, como pretendía llegar a un "sistema científico de política". Liszt respondió que esa dirección la hallaba empíricamente dada, en el desarrollo de la vida social organizada por el Estado. Evidentemente había en Liszt un incuestionable pensamiento evolucionista social, que es lo que le permitía dar este salto del ser al deber ser en la general incumbencia de la "ciencia total del derecho penal".

Estas tareas distintas que le asignaba a su "ciencia total del derecho penal" eran contradictorias, porque precisamente la función pedagógica de la dogmática consistía en ponerle límite a la función político-criminal. En tanto que el pensamiento del fin pertenecía a la política criminal, el del límite pertenecía a la dogmática.

"La idea del fin en el derecho penal, bajo la que Liszt había puesto su famoso programa de Marburg, es el objetivo de la política criminal; mientras que el derecho penal, como 'Carta Magna' del delincuente, según claramente lo admite Liszt, no protege a la comunidad sino al individuo rebelado contra ella, garantizándole el derecho a ser castigado únicamente bajo los presupuestos legales y dentro de sus límites legales. Liszt no quería, como hubiese sido consecuencia de su idea del fin, que 'sin la triquiñuela formalista de los criminalistas clásicos se pudiera dar en el caso concreto

---

KARL, F. von Liszt et la politique criminelle suédoise, pp. 343 a 353; SCHMIDT, EB., A la mémoire de F. von Liszt, pp. 355 a 359; VRUJ, M. P., Pour commémorer le pinnier G. A. van Hamel et pour combler une lacune, pp. 361-392.

una decisión que sirviera a la comunidad', sino que opinaba: 'En tanto que aspiremos a proteger la libertad del ciudadano particular frente a la arbitrariedad ilimitada del poder estatal, en tanto que nos vinculemos al lema *nullum crimen, nulla poena sine lege*, así mantendrá también su alta significación política el arte estricto de una interpretación de la ley que opera conforme a principios científicos' ”<sup>281</sup>.

Este planteamiento halla su explicación en que Liszt seguía oponiendo interés individual e interés social, hombre y sociedad, y en que perduraba en él un cierto grado de organicismo social. La contraposición de las dos tareas de su “ciencia total del derecho penal” era la única salida que hallaba para defender al hombre del organicismo. La sociedad avanzaba con su política criminal fundada en las ciencias naturales y el hombre se defendía por las ciencias del espíritu. El derecho penal como “ciencia total” abarcaba a ambas: a la política criminal fundada en las *Naturwissenschaften* y a la dogmática, como *Geisteswissenschaft*. Admitimos que no es esta la terminología de Liszt, pero no nos cabe duda de que es su esquema. Su pensamiento fue positivista, pero fruto de un positivismo distinto del que dio lugar al pensamiento penal italiano. El positivismo penal de Liszt no deriva del evolucionismo de Haeckel —como el italiano—, ni del monismo materialista de Mole-schott, sino que surge de un camino que intenta eliminar o atenuar la subordinación de lo espiritual a lo material, lo que parecía una consecuencia inevitable del evolucionismo. Para no caer en esta subordinación —a la que es refractaria toda la tradición del pensamiento alemán— se dividió a las ciencias en “ciencias de la naturaleza” y “ciencias del espíritu”, división que más tarde receptoría el neo-kantismo. Se afirmó para ello que esta división no se operaba arbitrariamente, sino que respondía a una división de la realidad hecha por la reflexión.

El artifice de esta división —que reconoce tradición kantiana— y a la vez el artifice del llamado “evolucionismo espiritualista”, fue Wilhelm Wundt (1832-1920), contemporáneo de Liszt. La dicotomía de las ciencias, enunciada por Wundt, es explicada del siguiente modo por Abbagnano: “El paralelismo entre ciencias naturales y ciencias espirituales se funda en el paralelismo propio de la realidad, que Wundt considera, a semejanza de Spinoza, como algo que se manifiesta en dos series causales infinitas y paralelas; la naturaleza y el espíritu. Wundt da a estas dos series causales un sentido evolutivo y progresivo conforme a la orientación general del positivismo; pero niega que se inter-

<sup>281</sup> ROXIN, CLAUDIUS, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, p. 2.

accionen mutuamente y que los términos de una puedan participar de algún modo de los caracteres de la otra. Las dos series paralelas no son, sin embargo, dos realidades separadas, sino dos manifestaciones necesariamente distintas de una misma realidad. Su duplicidad nace de la reflexión, que divide el originario objeto-representación en objeto y representación; éstos se fundan en una distinción que es sólo obra de nuestro pensamiento abstractivo, pero no de la realidad misma”<sup>282</sup>.

El positivismo evolucionista se había dividido en dos corrientes en Alemania, siendo una la del monismo materialista de Haeckel, y la otra de Wundt, que se sirvió del evolucionismo para garantizar la conquista de los valores espirituales. Lo de Wundt es un monismo psico-físico, que en realidad es un paralelismo psico-físico. En el fondo, hay un dualismo que quiere evitar la subordinación total de lo espiritual a lo material. Esta idea no sólo no es extraña a Liszt, sino que creemos que el párrafo 1º de su *Lehrbuch* responde muy claramente a ella.

Cabe consignar que para este paralelismo, Wundt acudía a las ideas de Baruch Spinoza, quien planteaba el problema del conocimiento de Dios. Para Spinoza, si todas las cosas surgen de Dios, también la idea de todas las cosas debe estar en Dios: las cosas y las ideas de todas las cosas surgen de la naturaleza infinita de Dios, luego, los objetos y los conocimientos de los objetos forman dos cadenas infinitas que van a dar en Dios<sup>283</sup>. Pero estas dos cadenas infinitas, en Spinoza encuentran un punto de arranque en Dios, en tanto que en Wundt lo encuentran en la voluntad, con lo que Wundt vuelve en cierto modo a Schopenhauer, para quien la única realidad del mundo era la voluntad y todo lo cognoscible es manifestación de voluntad. Wundt, en lugar, se conforma con un grado inferior de la objetivación de la voluntad de Schopenhauer, que se limita a la interacción de voluntades individuales. A la luz de esta concepción de Wundt se hace más entendible la idea de “voluntariedad” manejada por Liszt y por todo el causalismo. La “voluntad” a que Liszt se referiría en la acción, no sería la voluntad óntica que hubo en el hecho, sino una “categoría” que nos señalaría la humanidad del hecho, como síntesis de su materialidad y de su espiritualidad.

Tan cierta es esta dicotomía que hay en Liszt, que le lleva a la contraposición de las tareas de una misma ciencia, que Radbruch le imputó una seria contradicción entre su sistema jurídico del delito y su concepción social<sup>284</sup>, la que, por cierto, es connatural con sus puntos de partida.

<sup>282</sup> ABBAGNANO, II, 308-9; de WUNDT, WILHELM MAX, *Sistema de filosofía científica*, trad. de Eloy Luis André, Madrid, 1913; *Introducción a la filosofía*, del mismo traductor, Madrid, 1911.

<sup>283</sup> WENDELBAUD, I, 223.

<sup>284</sup> Cfr. RADBRUCH, GUSTAV, *Drei strafrechtslehnbücher des 19. Jahrhunderts*, en “Rosenfeld-Fest.”, 1949, p. 25.

Liszt justificaba la pena en razón de su necesidad para la conservación del orden jurídico. La prevención general se satisface porque la pena obra sobre los que no han delinquido y sobre el mismo perjudicado, a quien le brinda la satisfacción de ver que el delito no queda impune, pero el mayor acento lo ponía Liszt sobre la concepción preventiva especial de la pena. De este modo, repudiaba el pensamiento de la "pena-retribución" (*Vergeltungsstrafe*) en favor de la "pena-finalidad" (*Zweckstrafe*), cargando el acento sobre la finalidad preventivo-especial de la misma.

Si bien no estamos en condiciones de afirmar que Liszt haya recibido directamente la influencia de su contemporáneo Wundt, no nos cabe duda de que ambos participaron del mismo clima positivista y de que el pensamiento del gran penalista de Berlín tiene muchos puntos de contacto con el del filósofo de Leipzig. La sistemática general de su teoría del delito, escindida en una causación física y una causación psíquica, a la que daba unidad una "voluntariedad" entendida como categoría y no como dato óptico, responde perfectamente al esquema de Wundt, es decir, a la consideración de una dicotomía científica paralela unida por la categoría "voluntad", según las ciencias fuesen causales explicativas naturalísticas o del espíritu. El concepto mecanicista de la acción humana, entendida como tal en virtud de una "voluntariedad" que opera como simple categoría, la concepción sociológica de la antijuridicidad (de la que Liszt deducía su concepto de antijuridicidad "material") y la conceptualización de la culpabilidad como un proceso o relación psicológica (teoría psicológica de la culpabilidad), constituyen un sistema que es claramente hijo del positivismo evolucionista, aunque no de un monismo materialista al estilo de Moleschott, Haeckel, Lombroso y Ferri. La física mecánica de Newton estaba claramente en él: el delito es la "voluntaria" *causación* de un resultado (acción), ese resultado es socialmente "dañoso" (antijuridicidad material) y "psíquicamente causa" (culpabilidad). Por otra parte, Liszt prefiere mantener la gran distinción entre imputables e inimputables (a diferencia de los italianos positivistas), para lo que elude cuidadosamente el problema del libre albedrío y de la autodeterminación, valiéndose sólo de la "normal motivación", es decir, de un concepto que en alguna medida remeda la "pertenencia a la comunidad jurídica" de los hegelianos: el "loco" no puede ser culpable porque no es capaz de motivarse "normalmente" y, la norma, no puede ser otra que la social, histórico-culturalmente dada. Para esta concesión al idealismo etnocentrista, Liszt echa ma-

no de la "normalidad" como idea tomada del positivismo de Tarde y de Quetelet, como similitud de los otros con nosotros, es decir, algo que está bastante próximo a la pertenencia a la comunidad jurídica de los hegelianos. "Con ello volvemos al viejo resultado de que la imputabilidad es la similitud del aparato psíquico con el tipo de la clase dominante" <sup>285</sup>.

La fundamentación de la imputabilidad diferencial de Liszt presenta analogías con el idealismo que no terminan en lo expuesto: si el inimputable es el que por no motivarse "normalmente" no puede ser motivado por la pena, no son sólo los enfermos mentales los que no pueden motivarse por la conminación penal, sino también los llamados "incoregibles", con lo cual este concepto de "incoregible" se aproxima al de inimputable hasta confundirse con él, dejando abierto el camino para la aplicación de "medidas", con lo que se desdibujan peligrosamente las diferencias entre el hospital y la cárcel <sup>286</sup>. Esta falla idealista del pretendido sistema positivista de Liszt nos muestra que, analizando más profundamente la cuestión, no es del todo cierto que el positivismo lisztiano constituya una ruptura con el idealismo, sino que más bien parece que hay una continuidad etnocentrista en el pensamiento jurídico alemán, que es bien clara en Hegel, que se mantiene con argumentos positivistas en Liszt y que, cuando caen estos argumentos, se refuerza con sustento neo-kantiano en el derecho penal de esa vertiente. *Todo parece dar la sensación de un mismo esquema etnocentrista apuntalado por distintos argumentos filosóficos, según los tiempos.*

Beling vino a engarzar en el sistema positivista jurídico de Binding <sup>287</sup>, aunque Binding no podía menos que chocar, contra la concepción de Beling, porque no era del todo extraño a lo que hoy se conoce como "teoría de las estructuras lógico-objetivas" <sup>288</sup>. En este general clima de positivismo jurídico, hubo dos improntas valorativas aunque contrarias. Una de ellas fue la de Liszt, que provenía de su positivista admiración por las ciencias "naturales", que se traduce en un desvalor de origen etiológico en el delito, es decir, de un desvalor procedente marcadamente de fundamentos sociológicos. La otra, contraria a Liszt,

<sup>285</sup> Cfr. WELZEL, *Naturalismus . . .*, cit., en "Abhandlungen", 1975, p. 57.

<sup>286</sup> Idem, p. 59.

<sup>287</sup> Cfr. MITTASCH, HELLMT, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, Berlín, 1939, 126-7; sobre el positivismo de Binding, SCHMIDT, EB., *Einführung*, p. 293 y ss.; KAUFMANN, ARMIN, *Normentheorie*, 130-141.

<sup>288</sup> Cfr. KAUFMANN, ARMIN, *Normentheorie*, 130 y ss.



fue la filosofía del "valor". Luego, la escuela de Kiel, al pretender destruir el análisis dogmático del delito, tratará de confundir ambas, lo que en su momento tuvo éxito y, hasta nos atreveríamos a decir que hoy parece pasar algo parecido con los golpes que recibe nuestra ciencia de un sector de la criminología crítica y de su padre intelectual, que es la teoría crítica de la sociedad.

Para cualquier concepción etiológica del delito, lo que pasa a primer plano es la consideración del autor. Esto fue lo que sucedió con Liszt, pese a que no alteró la sistemática del delito en forma coherente, pero que participaba de una admiración tan fuerte por las disciplinas no jurídicas que llegó a considerar al derecho penal en sentido estricto sólo una parte de su "total ciencia del derecho penal", con valor de afeccionamiento práctico para juristas y límite para la política criminal. que fundada en las otras disciplinas, era la verdadera ciencia. La dogmática jurídica era para Liszt la erección de un sistema por la vía formal-lógica de conceptos abstractos, lo que se vincula a la teoría del derecho de Merkel, a quien Liszt había oído en sus años de estudiante en Viena <sup>289</sup>.

El sistema de Liszt resulta contradictorio, porque, en tanto que su inclinación a las ciencias no jurídicas indicaba que debía ser etiológico, con el autor en primer término, no está construido así, lo que hace que Mittasch lo considere "teleológico" (valorativo) <sup>290</sup>. No obstante, no puede ocultar Liszt su positivismo, y el sistema se funda en una concepción mecanicista <sup>291</sup>. La circunstancia de que le haya reconocido al derecho penal el valor de límite de la política criminal, tampoco le hace un positivista jurídico, como se ha pretendido <sup>292</sup>, porque su conceptualización de los bienes jurídicos como "relaciones vitales" difiere de la conceptualización meramente positivista jurídica de los mismos o, al menos, quiere distinguirla, cuando afirma que un "bien jurídico no es un bien del derecho, sino un bien de los hombres, reconocido y protegido por el derecho". Esta incoherencia que pretenden descubrirle sus críticos —y que creemos obvia— obedece a sus puntos de partida. El entendimiento del planteo de Liszt se nos esclarece —y no es ya un ecléctico incoherente— si comprendemos el dualismo dicotómico que lo caracteriza, y que es el mismo que caracteriza la obra de Wundt. La incoherencia parte de esos principios y no de la propia construcción de Liszt, que es desarrollo coherente de los mismos.

Como no podía ser de otra manera, las teorías de Liszt desataron una gran polémica en Alemania, que recuerda a la protagonizada por los italianos, aunque con las características propias de un distinto clima

<sup>289</sup> V. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, Untersuchungen über die ideologische Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim, 1935, p. 39; también en WELZEL, 186.

<sup>290</sup> MITTASCH, HELLMUT, p. 355 (o 127, el volumen tiene doble numeración).

<sup>291</sup> Cfr. WELZEL, *Naturalismus*, cit., I y ss.

<sup>292</sup> V. JESCHECK, en ZStW, 1961, 181-2.

intelectual. Liszt, al igual que Ferri, se apresuró a calificar de "clásicos" a sus contradictores intelectuales, si bien no compartía los puntos de vista de Ferri y de Lombroso, en razón de que no partía, como aquellos del evolucionismo materialista monista, sino del evolucionismo espiritualista<sup>293</sup>.

El más importante contradictor de von Liszt era Binding, en quien el propio Liszt reconocía "el más alto punto de la dirección dogmática"<sup>294</sup>. Nos ocuparemos de Binding por separado y allí nos referiremos más concretamente a sus puntos de choque con Liszt. Pero su mayor contradictor por lo fuerte de su lenguaje y de sus embates, fue *Karl von Birkmeyer*, quien afirmaba que el principio de que no se pena al acto sino al autor, conduce a la disolución del derecho penal<sup>295</sup> y que el contenido del derecho penal sobre base sociológica no será ya derecho penal, sino "charlatanismo social"<sup>296</sup>. Birkmeyer se preguntaba en un trabajo: "¿Qué deja von Liszt del derecho penal?" y, no sin razón, se respondía: "Y así debemos responder nosotros, pues, a la pregunta ¿qué deja von Liszt del derecho penal?, con la respuesta: ante todo, una lamentable ruina, para cuyo colapso total él mismo ha trabajado en forma que también podemos responder a la primera pregunta: tan bien como ninguno"<sup>297</sup>. Ya Merkel había criticado a quienes consideraban al delito como "un medio que prueba el grado de peligro o la necesidad de mejoramiento de su autor", desconociendo la "significación real del hecho"<sup>298</sup>, pero esta crítica quizá no estaba tan dirigida contra Liszt como contra los partidarios de la teoría sintomática de la acción, en tanto que incuestionablemente dirigida contra él estaban las objeciones de *Xaver Gretener*, tan enconado contradictor de Liszt como Birkmeyer. Gretener afirmaba que no tiene mucha importancia que Liszt haya mantenido la distinción entre imputables e inimputables, porque en definitiva, también Ferri reconocía que merecían un tratamiento separado<sup>299</sup>, en lo cual llevaba bastante razón, como que Lilienthal, extremando la posición de Liszt, afirmaba que la

<sup>293</sup> Consideraba "clásicos" a los siguientes autores: BERNER, ALBERT FRIEDRICH, *Lehrbuch des deutschen Strafrechtes*, Leipzig, 1898; HOLTZENDORFF, FRANZ VON, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín, 1871; SCHÜTZE, THEODOR REINHOLD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1874; MEYER, HUGO, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Erlangen, 1875; HÄLSCHNER, HUGO, *Das gemeine deutsche Strafrecht systematisch dargestellt*, Bonn, 1881.

<sup>294</sup> *Lehrbuch*, 1914, p. 86.

<sup>295</sup> BIRKMEYER, KARL VON, *Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht, "nicht die Tat, sondern der Täter ins zu bestrafen"*, Leipzig, 1909, p. 163.

<sup>296</sup> *Idem*, p. 179.

<sup>297</sup> BIRKMEYER, KARL, *Was lässt von Liszt vom Strafrecht übrig? Eine Warnung vor der modernen Richtung im Strafrecht*, München, 1907, p. 93.

<sup>298</sup> MERKEL, ADOLF, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, p. 28; en la trad. de Dorado Montero, Madrid, s. f., p. 42.

<sup>299</sup> GRETENER, XAVER, *Die neuen Horizonte im Strafrecht*, Leipzig, 1909, p. 149.

inimputabilidad es una causa personal de exclusión de pena, y, en definitiva, si el hombre no puede elegir, poco importa que se motive normal o anormalmente, como bien le objetaba a Liszt Viktor Cathrein<sup>300</sup>, desde el neo-escolasticismo. Quizá lo que aquí se pasaba por alto es que Liszt había echado mano de un componente bien idealista y que mal podía compaginarse con su teoría. Gretener le señalaba también que su función de la tipicidad no pasaba de ser un mero límite y afirmaba que no se trata de eliminar el problema de la culpabilidad y de la responsabilidad, sino de profundizarlo<sup>301</sup>.

En general, puede decirse que el pensamiento de von Liszt, como consecuencia de no partir del monismo materialista en que se fundaba el positivismo italiano, era mucho más cauto que éste, por lo que conserva algunos aportes de valor permanente. Si no fue coherente, era porque partía de una base dicotómica, en que engarzaban difícilmente antecedentes que se remontaban a Spinoza, Schopenhauer y Kant mismo, con algo arañado al etnocentrismo hegeliano. De toda forma, planteó con seriedad los problemas político-criminales, llevando un gran embate contra las penas cortas privativas de libertad, demostrando la importancia del pensamiento teleológico en la dogmática, con el reforzamiento del concepto de bien jurídico y abriendo cauces nuevos a la imaginación creadora en nuestra ciencia. Su filiación positivista, enraizada con una afición dicotómica común con el neo-kantismo, posibilitó que luego, éste viniera a apuntarle, cuando su fundamento positivista se derrumbaba. En los últimos tiempos se ha hablado de "la vuelta de von Liszt"<sup>302</sup>, pero es una expresión con la que es menester tener cuidado, porque lo que en realidad sucede es que von Liszt planteó problemas político-criminales, y, es indudable que cada vez que se vuelve a hablar de política criminal —como sucede en trance de proyectar ley— hay que referirse por ende a esos planteos y, especialmente, a von Liszt, en forma inevitable, pero eso no significa que debamos volver a los puntos de partida ni a las soluciones particulares de von Liszt, porque la ciencia ha avanzado desde entonces, tanto la jurídica como la criminológica.

La crítica más amplia a las ideas de Liszt no puede menos que comenzar con una crítica sobre sus puntos de partida filosó-

<sup>300</sup> V. infra, parág. 164.

<sup>301</sup> GRETENER, XAVET, op. cit., pp. 160 y 163; del mismo, en idéntico sentido crítico, *Ursprung und Bedeutung der soziologischen Schule des Strafrechts*, Leipzig, 1911 (en "Fest. f. Binding").

<sup>302</sup> Así, por ej., JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, "Corsi e ricorsi". *La vuelta de von Liszt*, en NPP, 1972, No 2, 191 y ss.

ficos, lo que parece ignorarse en el último tiempo, particularmente cada vez que se habla de la “vuelta de Liszt”. La afición dicotómica germana hizo de Wundt el conductor de la más importante rama del positivismo alemán, tras la caída del idealismo<sup>303</sup>. No obstante, como bien lo señaló Welzel en su conocido trabajo inaugural, el monismo y el dualismo causal no son más que matices, porque aún admitiendo el dualismo causal, esto es, una causación física y otra psíquica, lo cierto es que la causación psíquica se elabora como una concatenación ciega de causas, en lo que no se diferencia de su modelo físico<sup>304</sup>. Si todo acontecimiento es el producto necesario de factores causales, la verdad o la falsedad y cualquier otro valor, serán inalcanzables para el hombre, pues “el aparato psíquico producirá sólo resultados causalmente necesarios, acerca de cuya dignidad nada se puede decir”<sup>305</sup>.

154. **El positivismo correccionalista: Dorado Montero.** Pedro García Dorado y Montero nació en Navacarras, provincia de Salamanca, en 1861. Cursó su bachillerato en Béjar y obtuvo la licenciatura en derecho —y también en filosofía— en la Universidad de Salamanca. Hijo de un hogar modesto, cuando pequeño sufrió un accidente que le dejó manco y cojo. Toda su carrera fue costeadada con becas y ya licenciado, marchó a Madrid a doctorarse, donde tomó contacto con las ideas krausistas, a través de las enseñanzas de Giner. Doctorado ya, marchóse dos años a Italia, donde en Bolonia, se dice que fue alumno de Ardigó, que era el máximo expositor italiano del positivismo filosófico y que había sido profesor de Ferri, seguidor de la corriente de Cattaneo<sup>306</sup>. Sea o no ello cierto, lo incuestionable es que Dorado se sumió en el clima de positivismo filosófico imperante en Italia. Dorado, de formación católica, influenciado por el krausismo de Giner y el positivismo italiano, se alejó del catolicismo —aunque nunca hizo profesión de fe anticatólica ni anti-clerical— y regresó a Salamanca, donde obtuvo la

<sup>303</sup> WELZEL, *Naturalismus...*, cit., reproducido en “Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie”, Berlín, 1975, p. 51.

<sup>304</sup> Ídem, p. 53.

<sup>305</sup> Ídem, p. 54.

<sup>306</sup> Aunque Antón Oneca, Jiménez de Asúa, etc. afirman que fue discípulo de Ardigó, Barbero Santos (op. cit., p. 17) afirma que nunca lo fue, lo que parece probar el hecho de que Ardigó nunca fue profesor en Bolonia. En lugar, fue alumno de Luigi Lucchini y de Pietro Siciliano, éste último positivista que provenía del krausismo (Cfr. RIVACOBRA en “Prólogo” a las *Bases*, cit., p. X).

cátedra en 1893, quedándose allí para siempre y desarrollando una importantísima labor como pensador y una no menos importante como traductor<sup>307</sup>. Con motivo de su obra *Bases del Nuevo Derecho Penal*, se suscitó un penoso incidente con el Obispo de Salamanca, quien le excomulgó a causa de imputarle ideas "lombrosianas", que, en realidad, Dorado combatía<sup>308</sup>. Fuera de este anacrónico episodio, las alternativas de la vida de Don Pedro Dorado pertenecen sólo a su quehacer intelectual, que no interrumpió hasta su muerte, acaecida en Salamanca el 26 de febrero de 1919.

Hemos visto dos variantes del positivismo: una, la del monismo materialista que insufla al pensamiento penal italiano y que culmina políticamente con la enajenada construcción de Nicolai; por otro lado, el intento de salvar los valores humanos siguiendo un camino dicotómico, que admite dos evolucionismos paralelos: el materialista y el espiritualista, es decir, el camino de Wundt y la senda penal de Liszt. Ante la perspectiva catastrófica en que desemboca la corriente que arrancaba en lo filosófico con Spencer y en lo penal con Lombroso, la concepción que en lo filosófico corresponde a Wundt y en lo penal a Liszt —y que empalmará luego con el neo-kantismo— es un intento generoso de equilibrio. Pero también hubo fuera de Italia y de Alemania otra tentativa

<sup>307</sup> Una completísima bibliografía sobre Dorado Montero puede verse en RIVACOBA, *El centenario del nacimiento de Dorado Montero*, Santa Fe, 1962, pp. 144-5; del mismo autor y actualizada en el prólogo a la edición de las *Bases para un nuevo derecho penal*, Bs. As., 1973, pp. XXIX a XXXIV. Cabe añadir los trabajos publicados en "Revista de Estudios Penitenciarios", Madrid, 1971 ("Homenaje a Dorado Montero") y especialmente VALLS, FRANCISCO JAVIER, *Bibliografía doradiana*, en pp. 1703 a 1713; también SÁINZ CANTERO, JOSÉ A., *La ciencia del derecho penal y su evolución*, Barcelona, 1970, pp. 149-154. En cuanto a la obra de DORADO, el enlistado de las mismas en el prólogo de CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓZ a su obra póstuma, *Naturaleza y función del Derecho*, Madrid, 1927, y también en ANTÓN ONECA, JOSÉ, *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca, 1951, pp. 24-9. Según las investigaciones de RIVACOBA (*El centenario*, cit., p. 38), estas listas son incompletas. Consideramos que para nuestros efectos, sus obras más significativas son las siguientes: *Nuevos derroteros penales*, Barcelona, 1905; *Bases para un nuevo derecho penal*, cit.; *El derecho protector de los criminales*, Madrid, 1916 (en la portada dice 1915); *Naturaleza y función del derecho*, cit.; *Problemas de Derecho Penal*, Madrid, 1895; *Valor social de leyes y autoridades*, Barcelona, s. f.; *Contribución al estudio de la historia primitiva (El derecho penal en Iberia)*, Madrid, 1901.

<sup>308</sup> Según BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, ese mismo Obispo, "con motivo de la Encíclica *Rerum Novarum* de S. S. León XIII, dispuso que se celebraran rogativas en todas las parroquias de su diócesis, para que el Espíritu Santo iluminara al Romano Pontífice, limpiando su mente de ideas tan perniciosas y anti-sociales" (cit. RIVACOBA, p. 33).

de insistir en la senda del evolucionismo positivista evitando sus consecuencias lógicas últimas, y esta fue la tentativa que corresponde a Dorado Montero.

El intento germano trató de engarzar un pensamiento materialista dentro de un medio tradicionalmente idealista. El intento doradiano es un tanto más complicado, porque trata de hacer el engarce en un medio tradicionalmente realista, aunque al tiempo de hacerlo estaba de moda un idealismo importado: el de Krause.

Otra razón se suma para complicar más el panorama intelectual del pensamiento doradiano, que es su posición política. Dorado era un individualista lindante con el anarquismo, pero que se movía hacia el socialismo. Aunque no fue un político activo, su posición estuvo en esa línea.

Es menester formular estas aclaraciones para poder comprender en mínimo grado a Dorado, porque en este caso como en pocos es verdad la afirmación de que cada pensamiento es un producto de su época y de sus circunstancias. Si hemos dicho que Feuerbach fue "el hombre del cruce", de Dorado, como corresponde de su patria y de su tiempo, cabría decir que fue "el hombre del torbellino". Ponderando su formación católica y la tradición realista de la escolástica española, el idealismo krausista, el positivismo evolucionista, las críticas de Lucchini, un fuerte individualismo austero castellano, una realidad social dolorosa, un movimiento obrero fuertemente anarquista, sólo así podrán explicarse las contradicciones de su pensamiento generoso, que trató toda su vida de conciliar cosas inconciliables —con enorme honestidad— y que, desde un remanso provinciano de gloriosa tradición, se escapó frecuentemente por las sendas de la utopía.

Dorado no era un revolucionario en el sentido que usualmente suele darse a la expresión, e incluso prevenía sobre la imposibilidad de cambios sociales extemporáneos y sin preparación previa. Dada la influencia anárquica que receptó su pensamiento, es, de preferencia, un hombre que confía mucho en la costumbre y desconfía del derecho escrito. De allí que fuese un notable predecesor de la que luego se conocería como "escuela del derecho libre", cuyo artífice fuera Kantorowicz. Aunque su pensamiento evolucionó, dando cada vez mayor importancia a la ley escrita, su primitiva confianza en la autoregulación social no se eliminó del todo y, si llegó a concebir al Estado como un ente necesario —lo que antes había puesto seriamente en duda— fue a través de un Estado "cooperativo", es decir, de una transformación total de la idea del Estado.

Su crítica al *nullum crimen sine lege* y el componente irracionalista que hay en el papel que asignaba al pueblo en la formación del derecho, no pueden verse como la expresión de un pensamiento autoritario, sino, por el contrario, como una nota que le es común con todo el pensamiento jurídico libertario, de cuyo contenido utópico y peligroso nos ocuparemos más adelante <sup>309</sup>.

El pensamiento filosófico de Dorado Montero evolucionó y su obra más lograda fue la póstuma. Puesto entre el materialismo evolucionista y el idealismo krausista (que se traduce penalmente en el correccionalismo) Dorado apela al mismo recurso de Wundt: a Spinoza. Al igual que Wundt, establece dos series causales <sup>310</sup>, pero en tanto que en Wundt ambas son infinitas, en Dorado predomina finalmente el materialismo y, si bien enfrenta naturaleza e historia, la última se revierte finalmente hacia la primera.

Cabe advertir que en este sentido, los dos principios también se hallan en Krause, como principios relativos, que reciben su unidad a través de un tercer principio relativo, que es el de Humanidad. Es probable que Dorado los haya tomado de Krause y, a la hora en que éste se remonta hacia el idealismo, Dorado se haya ido hacia la naturaleza, por lo que su planteo no llegaba a superar el monismo materialista.

No obstante, la apelación a Spinoza le permitió a Dorado huir del objetivismo valorativo y dar en un relativismo valorativo casi absoluto. Es así como para Dorado no hay "delito natural" y delito de creación política, sino que todos los delitos son para él de "creación política". De allí que su pensamiento sea la antípoda del autoritarismo de Garofalo: en tanto que el aristócrata etnocentrista italiano sostenía un platonismo penal con valores objetivos y absolutos, Dorado aspiraba a un anarquismo cooperativista penal, con valores subjetivos y relativos.

Dorado Montero era determinista, aunque fuese de un "determinismo hipotético", como dice Antón Oneca <sup>311</sup>, que se hallará cerca de la posición sostenida luego por Bertrand Russell <sup>312</sup>. Partiendo del punto de vista determinista, la posición de Dorado Mon-

<sup>309</sup> Sobre la posición política de Dorado Montero, Barbero Santos, Marino, op. cit. Sobre el anarquismo en España, LAPOUGE, GILLES - BÉCARUD, JEAN, *Los anarquistas españoles*, Barcelona, 1973.

<sup>310</sup> También habla de ciencias naturales y ciencias del espíritu (*Problemas de Derecho Penal*, prólogo, p. VI).

<sup>311</sup> ANTÓN ONECA, op. cit., p. 22.

<sup>312</sup> V. *Religión y ciencia*, México.

tero es la más coherente, o quizá, la única coherente. Está claro que si la decisión de voluntad del hombre fuese el resultado de causas ciegas, no habría posibilidad de culpabilidad ni derecho de penar<sup>313</sup>; si el hombre está determinado al delito no es responsable de su comisión. Con una profesión de fe determinista, no hay responsabilidad posible, y eso lo vió claro Dorado. Consecuentemente, fue el único positivista coherente, porque, sencillamente, *eliminó la responsabilidad*.

La idea de la "responsabilidad social" del positivismo italiano no es admisible dentro del planteamiento de Dorado: el profesor de Salamanca partía de la autonomía de la conciencia —pese a su última reducción materialista— y, por ende, si los hombres estaban determinados a la realización de ciertas acciones, la sociedad, al erigirlas en delito, es la que en definitiva crea el delito, de modo que no puede hablarse de una determinación de la sociedad a defenderse. Este planteo no surge con esta claridad en Dorado, quien quizá lo hubiese podido precisar mejor apelando a una explicación dialéctica entre naturaleza e historia. De cualquier manera, lo que queda claro es que si la sociedad crea al delito, porque todo delito es de creación política, no tiene derecho a eliminar a los delincuentes, como proponía Garofalo con su "delito natural", sino que lo único que tiene derecho a hacer es a educar al delincuente, o mejor, el delincuente tiene derecho a exigirle a la sociedad que le eduque y le proteja. La responsabilidad por el delito no es del delincuente ni de la sociedad, sino que se disuelve. "Todo es de todos, todo se debe a todos: solidaridad universal, determinismo universal"<sup>314</sup>. *Eliminando la responsabilidad, que es la consecuencia lógica del determinismo en el pensamiento penal, es como Dorado establece el puente que le permite combinar las ideas positivistas con las consecuencias correccionalistas*<sup>315</sup>.

Dorado rechaza rotundamente las teorías del delincuente nato, no porque niegue que el hombre está determinado, sino porque niega que aquello para lo que está determinado sea o no sea delito "natural". Dado su relativismo y subjetivismo valorativo, afirma que la conducta para la que el delincuente está determinado es delito "aquí y ahora", pero en otra sociedad puede ser heroica<sup>316</sup>.

<sup>313</sup> BOCKELMANN, PAUL, *Zur Kritik der Strafrechtskritik*, en "Fest. f. R. Lange", Berlín, 1976, p. 1.

<sup>314</sup> *El derecho protector de los criminales*, I, 334.

<sup>315</sup> Con algunas variantes, así lo consideran, MONTES, JERÓNIMO, *Derecho penal español*, 1929, I, p. 144; RIVACOBA, *op. cit.*, 77-8.

<sup>316</sup> *El derecho protector de los criminales*, II, 137-9.



“No hay delitos ni delincuentes en sí (ni *crimina per se*, ni criminales natos); los delitos y delincuentes son, como otras muchísimas cosas, obra humana, y proceden de calificaciones humanas, impositivas y aún violentas”<sup>317</sup>.

El pensamiento de Dorado parece adolecer de una contradicción, que señala Antón Oneca<sup>318</sup>, porque si el relativismo valorativo nos lleva a afirmar que un sistema de valores se impone sólo por la fuerza, no se ve por qué tiene que renunciar a aplicar la fuerza para intimidar a los que son más débiles. Rivacoba<sup>319</sup> trata de demostrar que no hay contradicción porque Dorado se refiere a un Estado cooperativo futuro y Antón lo plantea respecto del Estado contemporáneo. Como lo señalamos arriba, si Dorado no acepta esa consecuencia, es porque es injusta y, si es así, es porque hay otro criterio de justicia que la fuerza, o mejor, hay límite al uso de la fuerza, que no encuentra explicación dentro de la estructura de ningún Estado —presente o futuro— si se considera que el hombre es un mero concepto biológico. Creemos que la contradicción existe y finca en que Dorado echa mano aquí a otra concepción antropológica.

Si como hemos visto, lo único que puede hacer la sociedad es educar, el sistema de Dorado se caracteriza por ser una exaltación de la prevención especial. Aquí es donde comienza la verdadera utopía de Dorado Montero, donde se inicia un sueño en que el derecho penal deja de ser tal para convertirse en el “derecho protector de los criminales”, donde surgen claras similitudes entre la imagen de los jueces y de los médicos, donde la policía se reserva una función de asistencia social, donde los familiares y el propio delincuente acuden a la justicia en demanda del derecho que les asiste a ser educados. Naturalmente que Dorado no soñaba con ese “derecho protector de los criminales” en la presente estructura del Estado, sino en otra, en que desaparece la ley penal y el procedimiento penal queda casi asimilado al procedimiento administrativo, pero, cabe observar que lo que Dorado sueña es una utopía, en un supuesto Estado socialista con marcadísimos tintes anarquistas. El derecho tutelar que soñaba Dorado se acerca mucho al que también imaginara Bertrand Russell<sup>320</sup>. Rivacoba sostiene con Antón Oneca que el sueño de Dorado no puede calificarse de utopía, porque es difícil decir qué es lo realizable y qué lo irrealizable, pero, personalmente, creemos que si Dorado hubiese tenido la oportunidad de vivir un par de decenios más, hubiese prestado atención a cuestiones mucho más inmediatas y acuciantes y hubiese reservado su pensamiento para un futuro muy remoto. Bertrand Russell proponía una solución similar a la doradiana en 1918, es decir, un año antes de la muerte de Dorado.

<sup>317</sup> Idem, pp. 139.

<sup>318</sup> ANTÓN ONECA, op. cit., p. 68.

<sup>319</sup> RIVACOBA, op. cit., 97-101.

<sup>320</sup> RIVACOBA, op. cit., p. 100.

En 1948, en el prefacio a la tercera edición escribió: "Las esperanzas utópicas expresadas en las siguientes páginas tienen una relación mucho menor con el presente, que lo que yo creía cuando las escribí, especialmente en el último capítulo, aunque puedo conservarlas como la visión de un día muy lejano"<sup>321</sup>.

Es muy probable que Dorado hubiese suscripto un juicio similar y se hubiese dedicado a reforzar el principio de legalidad, la seguridad jurídica y una concepción antropológica más digna que la positivista. La historia del pensamiento no se puede escribir con potenciales, pero esta última afirmación la dicta el sentimiento que queda después de leer a Dorado, que nos confirma estar en presencia del "hombre del torbellino", quien, en medio del torbellino y sumergido en él, no tiene la inhumana seguridad de Garofalo, sino la permanente preocupación por el hombre, que patentiza en cada página.

Creemos que las teorías de Dorado son tan peligrosas como las de Garofalo, por las mismas razones que daremos al ocuparnos de otra utopía —la de Krause—, pero en Dorado no hallamos la seguridad del aristócrata habituado a sentenciar y a afirmarse sobre las conquistas de una ciencia positiva considerada como único y exclusivo acceso al principio infinito. En Dorado se halla al hombre que duda, con auténtica sensibilidad social, sin alardes —como filósofo— y, por todo ello, mucho más profundo que sus contemporáneos italianos. Quizá esta profundidad y sinceridad fue lo que le valió la estrecha amistad que tuvo con el gran Unamuno, aunque, claro está, Don Miguel no podía estar de acuerdo con los caminos utópicos de Dorado, y por ello seguramente se distanciaron, pese a lo cual, el Rector estuvo presente y despidió al amigo en su última morada. Valery dijo que "cada vez que acusamos o que juzgamos, es que el fondo no ha sido alcanzado"; el derecho "protector de los criminales" de Dorado tuvo la pretensión sincera de alcanzar ese fondo.

155. **El positivismo jurídico-penal.** El positivismo naturalista o fáctico<sup>322</sup> ha dado lugar a las formas de positivismo que hemos visto en el campo penal y fuera de él a las modernas corrientes del reduccionismo sociológico, que no han tenido mayor trascendencia en el campo penal. A este positivismo se ha opuesto el positivismo jurídico o formal, aunque entre ambos se hayan sostenido algunas soluciones de compromiso, como son el soporte dogmático proporcionado a la teoría jurídica del delito de von Liszt en Alemania y las concesiones que el código Rocco hizo al proyecto Ferri en Italia. Por supuesto que estos son puntos de contacto eventuales, pero que

<sup>321</sup> RUSSELL, BERTRAND, *Los caminos de la libertad*, Bs. As., 1961, p. 10.

<sup>322</sup> Sobre la nomenclatura de positivismo fáctico y jurídico formal, ver HALL, JEROME, *Studies on Jurisprudence and Criminal Theory*, New York, 1958.

no tienen ninguna unidad sustentadora, por lo que, a poco, tienden indefectiblemente a disolverse.

Por “positivismo jurídico” o “legal”, se han entendido diversos conceptos, lo que hace necesario precisar en qué consiste<sup>323</sup>, porque puede calificarse de “positivista jurídica” cualquier construcción dogmática, precisamente porque se elabora sobre la ley dada, pero eso no es “positivismo jurídico” —al menos no lo es necesariamente—, sino sólo elaboración científica de un derecho dado. En un concepto más aproximado, puede entenderse por positivismo jurídico la eliminación de cualquier fuente del derecho que no sea la ley<sup>324</sup>. No obstante, este segundo concepto también puede o no dar lugar a una posición positivista, según como sea entendido el criterio señalado. En efecto; si lo que se pretende es excluir —al menos como fuente directa— a la costumbre y a la jurisprudencia, esta posición no tiene nada de positivista, por lo menos en lo que al derecho penal respecta, porque es sostenida por autores que distan mucho de compartir los postulados de esa posición. Por el contrario, si lo que se pretende con ello es significar que sólo existe un orden, que es el legal, y que es con el único que puede manejarse el jurista, desconociendo cualquier otro —incluso el físico—, en tal caso no nos cabe duda de que se trata de una posición positivista.

Lo que a nuestro juicio caracteriza al positivismo jurídico es lo siguiente: *la identificación de lo justo con lo formalmente lícito o la renuncia a indagar si lo lícito es justo (por considerarlo inalcanzable)*, lo que en definitiva es resultado de un mismo punto de partida: *la desvinculación del derecho de la filosofía, o más precisamente, de la metafísica —de la ontología— para dejarlo reducido a un mero juego lógico en pos de la determinación de lo lícito y de lo ilícito.*

“Orden es orden se dice entre los soldados. La ley es la ley, dice el jurista. Pero mientras para los soldados el deber y el derecho acaban en la obediencia, porque saben que la falta constituye un crimen o un delito, el jurista, desde que hace alrededor de cien años ha muerto el último jusnaturalista entre ellos, no conoce ninguna excepción similar

<sup>323</sup> Aunque no compartimos el planteamiento acerca de la diversidad de conceptos, nos parece que acierta al percatarse de ella, BOBBIO, NORBERTO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965; v. la crítica de GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*, México, 1968.

<sup>324</sup> BOBBIO, op. cit., p. 107.

a la validez de la ley y a la obligación del súbdito. La ley vale porque es ley, y es ley cuando en la generalidad de los casos tiene poder para realizarse". "Este concepto de la ley y su validez (lo llamamos teoría positivista) ha dejado a los juristas, tanto como al pueblo, indefensos frente a la arbitrariedad, a la crueldad y a la criminalidad de la ley. Ella afirma finalmente la identidad del poder y del derecho". Tal es la síntesis del positivismo jurídico en el primero de los "Cinco minutos de filosofía jurídica" de Radbruch, en la agonía de la Segunda Guerra Mundial<sup>325</sup>, patéticos, por la impotencia científica de sus resultados.

El positivismo jurídico en su formulación más extrema, afirma la total omnipotencia del legislador. A tal criterio puede pertenecer la afirmación de que el Parlamento Británico todo puede hacerlo, excepto convertir a una mujer en hombre y viceversa, o la orden de un funcionario zarista, por la cual serían penadas las mujeres que en las colonias militares no tuvieran un hijo varón anualmente<sup>326</sup>.

Es poco menos que incuestionable que el positivismo jurídico favorece el desarrollo de cualquier ejercicio autoritario y arbitrario de poder. La pretensión de que el delito es la lesión a un deber, prescindiendo del bien jurídico —componente teleológico— no es más que una consideración positivista.

El positivismo jurídico sirve de instrumento a cualquier régimen que pretenda hacer tabla rasa con la función garantizadora de la dogmática jurídica. Si bien la arbitrariedad se entroniza siempre de la mano de una ideología, constituyendo un "jusnaturalismo" idealista, lo incuestionable no es que tal o cual ideología sea un "jusnaturalismo idealista", sino que lo que acontece es que no hay una ideología "positivista jurídica" —como pretende Bobbio<sup>327</sup>— pues el positivismo jurídico es enteramente hueco, no contiene nada, como no sea un conjunto de reglas lógicas, en el mejor de los casos. Sostener que la identificación de lo debido con lo lícito y de lo indebido con lo ilícito, en cualquier caso y circunstancia, es una "ideología", es un absurdo. No se trata de una ideología, sino de la admisión de cualquier ideología.

Radbruch, al dar la "vuelta" en sus últimos años, no le imputa al positivismo —del que fuera campeón años anteriores— que sea la ideología del nacional-socialismo, sino que le imputa haber dejado indefensos a los juristas y al pueblo frente a esa ideología. Garzón Valdez cree demostrar con el jusnaturalismo nazi de Dietze<sup>328</sup> que "las acu-

<sup>325</sup> RADBRUCH, GUSTAV, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, 1945, reproducidos en *Rechtsphilosophie*, edit. por Erik Wolf, Stuttgart, 1970, pp. 335-7.

<sup>326</sup> Sobre ello, ENGISCH, KARL, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, München, 1971, pp. 239-240.

<sup>327</sup> BOBBIO, op. cit., p. 11.

<sup>328</sup> DIETZE, HANS HELMUTH, *Naturrecht in der Gegenwart*, Bonn, 1936.

saciones que suelen hacerse al juspositivismo con respecto al establecimiento de regímenes autoritarios es, al menos históricamente, falso”<sup>329</sup>, pero no llega a demostrarlo, porque al juspositivismo nadie le ha imputado ser precisamente una ideología autoritaria, sino ser una cómoda posición pseudocientífica que facilita (no constituye) la entronización de cualquier ideología o “jusnaturalismo” idealista<sup>330</sup>.

El positivismo jurídico no tiene una “filosofía” que lo sustente, como no sea la pretensión de negar la vinculación con la filosofía en sentido adecuado —es decir, con una base antropológica—, lo que permite a cualquier ideología beneficiarse con él y, aunque parezca paradójal, salen frecuentemente bien parados los planteos idealistas, puesto que “en opinión del idealismo produce el sujeto todos los objetos y después los tiene dados desde fuera”. “Pero cómo sucede esto no es dado demostrarlo, pues si el sujeto produjera efectivamente los objetos, no estaría, con arreglo a la distinción entre la acción y el conocimiento, precisamente conociendo, sino obrando”<sup>331</sup>. Con el positivismo se facilita el planteamiento, admitiendo que el legislador no valora o desvalora, sino que *crea* el objeto mismo que valora o desvalora.

Es verdad que en algunos momentos históricos, el positivismo se ha esgrimido como un arma para contener mayores avances autoritarios, pero esto es un fenómeno histórico episódico y circunstancial, anecdótico, del que no pueden extraerse consecuencias generales<sup>332</sup>. Ello obedece a que en ciertas circunstancias, cada quien se defiende con lo que tiene a la mano, y eso es precisamente lo que han hecho quienes esgrimieron el positivismo contra el “fascismo”, evitando mayores avances autoritarios irracionalistas. En lugar, de lo que no cabe duda es de que el positivismo jurídico no se maneja con imagen alguna del hombre, e incluso con un hombre sin historia, posibilitando de este modo que sea entronizada cualquier imagen, incluso carente de toda dignidad. “El descrédito en el cual el positivismo ha sumido transitoriamente la idea de la ley natural ha causado, fatalmente, igual descrédito en cuanto a la idea de los derechos del hombre se refiere”<sup>333</sup>.

<sup>329</sup> GARZÓN VALDÉZ, ERNESTO, *Derecho y “naturaleza de las cosas”*, Córdoba, 1971, II, 127.

<sup>330</sup> Sobre el peligro político del escepticismo, KAUFMANN, ARMIN, *Problemas del conocimiento jurídico ejemplificados en el derecho penal*, en NPP, 1972-2, p. 209.

<sup>331</sup> HARTMANN, NICOLAI, *Introducción a la Filosofía*, México, 1969, p. 78.

<sup>332</sup> Así lo pretende BOBBIO, op. cit., p. 116.

<sup>333</sup> MARITAIN, JACQUES, *Acerca de la filosofía de los Derechos del Hom-*

El planteo del positivismo jurídico deja al derecho reducido a mera forma carente de contenido. El derecho, carente de contenido —o con cualquier contenido— pasa a ser forma pura. La forma, considerada como un principio autónomo, en las artes plásticas —y en la cultura en general— se origina con la economía monetaria, con el carácter abstracto de los medios de cambio. “Una vez que se sabe distinguir entre contenido y forma, ya no se está lejos de la idea de concebir el contenido y la forma independientes entre sí, y de ver en la forma un principio autónomo”<sup>334</sup>. Pero, “cuando la cultura estética alcanza un desarrollo en que el gusto por las formas trae consigo una perfecta indiferencia por los contenidos, se llega a descubrir que el arte puede convertirse en un veneno que actúa desde dentro, en un enemigo que está dentro del propio campamento”<sup>335</sup>. ¿Qué otra cosa sucede con el positivismo jurídico? Es una posición conservadora, que presenta los resultados irracionales de la escuela histórica, por ejemplo, como si fuesen racionales, porque en su ejecución se limitan a valerse de una “técnica” racional. Lleva razón Maritain cuando afirma que “el triunfo —en el siglo XIX— del positivismo jurídico sobre la doctrina de la ley natural, no ha significado la muerte de la ley natural misma, sino únicamente una victoria de la escuela histórica conservadora sobre la escuela racionalista revolucionaria, fenómeno provocado por las condiciones históricas generales de la primera mitad del siglo XIX”<sup>336</sup>.

El positivismo presenta como racional o “natural”, lo que no es más que un producto histórico, pero niega la historia, precisamente por la misma presentación que de su producto hace. Por ello, tiende a una sociedad “sin memoria”, anti-humana, que no le muestra al hombre su historia, sino sólo su presente como lo “natural”<sup>337</sup>, en lo que se encuentra cercano a alguna definición de Nietzsche, cuando afirmaba que “sólo es defendible lo que no tiene historia”<sup>338</sup>.

El positivismo ha pretendido dar al derecho un carácter de “ciencia neutral”, propio de la “tecnocracia”, y con ello le ha hecho decaer, igual que a cualquier manifestación de la cultura: “durante muchos años hemos observado que los grandes descubrimientos de la organización científica moderna se han hecho a expensas de una decadencia acelerada de la cultura teórica”<sup>339</sup>. El positivismo jurídico no pasa de ser una tentativa de llevar a la ciencia jurídica al elevado nivel de progresos técnicos contemporáneos, librándolo —como si fuese un las-

bre, en CARR, CROCE, GANDHI, etc., *Los derechos del hombre*, Barcelona, 1973, p. 115.

<sup>334</sup> HAUSER, ARNOLD, op. cit., I, pp. 114-5.

<sup>335</sup> Ídem, p. 137.

<sup>336</sup> MARITAIN, op. cit., p. 116.

<sup>337</sup> Sobre ello, MARCUSE, *El hombre unidimensional*, p. 129.

<sup>338</sup> NIETZSCHE, *Genealogía de la moral*, Madrid, 1971, p. 91.

<sup>339</sup> HORKHEIMER, MAX - ADORNO, THEODOR, *Dialektik der Aufklärung*, Amsterdam, 1947, p. 5.

tre— de todo lo que pudiese vincularlo al simultáneo retardo en el progreso moral que viene sufriendo la humanidad<sup>340</sup>.

Cabe agregar a lo expuesto, que, en nuestro concepto, una concepción positivista para del derecho penal es prácticamente imposible. Todas las cosas que no son el hombre mismo tienen una significatividad, un “para qué”. No es posible —ni útil— estudiar al derecho como un trozo de “materia cósmica” que no se sabe para qué ni para quién sirve. Hoy, la distinción entre civilización y cultura de Max Weber se nos presenta —al menos parcialmente— como falsa, porque todo tiene para el hombre una significación que depende de su contexto cultural, todo ente tiene un significado y la suma de todos los significados constituye el mundo en que el hombre es, al que está lanzado. Un mismo ente puede tener distintas significaciones, según la cultura: un hacha no es lo mismo para el hombre de Pekín que para nosotros<sup>341</sup>. Tampoco puede serlo el derecho. Estudiar el derecho, interpretado en forma coherente, prescindiendo de la significación que tiene para el hombre y, por ende, prescindiendo del hombre, es absolutamente absurdo e irrealizable. Quien lo pretenda, bajo la apariencia de prescindencia no hará otra cosa que ocultar —de buena, o mala fe— una significación y una consiguiente imagen antropológica.

En nuestra ciencia, hemos tenido distintos grados de positivismo jurídico, casi tantos como autores. El positivismo jurídico de mayor significación en el campo de la filosofía jurídica y en otras ramas del derecho, que fue el de Kelsen, apenas rozó al derecho penal, sin que llegara a ensayarse una aplicación verdaderamente seria del kelsenianismo jurídico al mismo.

Aunque Kelsen no haya ejercido gran influencia sobre nuestra disciplina, no deja de ser conveniente apuntar que fue un producto del llamado “neo-kantismo de Marburgo”, de Cohen y Natorp. Esta escuela no se limitó a negar la posibilidad de acceder a la “cosa en sí” kantiana, sino que liberó al hombre de esta limitación kantiana, porque suprimió la “cosa en sí”. Para ella, la “cosa en sí” no se capta, sino que se crea con el pensamiento. Luego, *es el método el que crea al objeto* y no el objeto el que condiciona el método. El extremo idealismo que subyace en esta posición nos puede llevar hasta un legislador penal

<sup>340</sup> Bueno es a este respecto recordar —como que pertenece a nuestra historia— el profético discurso del Presidente Yrigoyen al inaugurarse las comunicaciones telefónicas con los Estados Unidos.

<sup>341</sup> Cfr. LÉVI-STRAUSS, CLAUDE, *Antropología estructural*, Bs. As., 1972, prólogo, p. XXIX.

totalmente alucinado<sup>342</sup>. Una de las consecuencias de la teoría de Kelsen en nuestra ciencia —y no la menos importante— sería que, como consecuencia del desconocimiento de la auténtica función reguladora de coexistencia humana que tiene el derecho, nos conduciría a la prescindencia del concepto de bien jurídico.

De mucha mayor importancia para nosotros fue el positivismo jurídico italiano, enunciado en 1910 por Arturo Rocco al inaugurar el curso de derecho y procedimiento penal en la Universidad de Sassari<sup>343</sup>, como un primitivo intento de superar las concepciones de un derecho penal fundado en la razón e independiente de toda ley, al estilo de Carrara, pero que culminó en la llamada “escuela técnico-jurídica”, que llevó la cosa hasta el extremo de considerar a la filosofía como algo que emponzoñaba al derecho penal, lo que le condujo por un camino totalmente estéril. Cercano a Rocco se hallaba Vincenzo Manzini.

No obstante, el positivismo jurídico de Rocco y de Manzini debe ser tomado con pinzas, porque, como ya lo hemos dicho, es imposible una interpretación de la ley penal positivista jurídica pura. Kelsen no la hizo, sino que se limitó a hacer una “teoría del derecho”, que en nuestra materia fue bastante infecunda, pero los “técnico-jurídicos” italianos, lo que en realidad hicieron fue dogmática, sólo que sin esclarecer debidamente el fundamento de sus construcciones y, consiguientemente, sin la perfección de quien es consciente del método que emplea. Son construcciones positivistas en el sentido de que admiten casi cualquier contenido legal, pero, en el fondo, son construcciones dogmáticas precisadas del esclarecimiento que a la construcción dogmática sólo le puede brindar la determinación del fundamento de la función punitiva, y esto, cuando

<sup>342</sup> No cabe que nos ocupemos aquí de una teoría que ha dado tanto que hablar. La mayor parte de las obras de KELSEN están en castellano. V. *Teoría general del derecho y del Estado*, México, 1950; *¿Qué es la teoría del derecho?*, Córdoba, 1958; *Introducción a la teoría pura del derecho*, México, 1960; *La teoría pura del derecho*, Bs. As., 1941; *Sociedad y naturaleza, Una investigación sociológica*, Bs. As., 1945; *La paz por medio del derecho*, Bs. As., 1946; *La idea del derecho natural*, Bs. As., 1946. Interesantes síntesis de sus puntos de vista con abundante bibliografía en DUJOVNE, LEÓN, *La filosofía del derecho de Hegel a Kelsen*, Bs. As., 1963, pp. 337 y ss.; RECASENS SICHES, LUIS, *Panorama...*, I, 138 y ss.; hay numerosos trabajos en revistas argentinas y extranjeras con motivo de su fallecimiento. Trabajos sobre Kelsen y bibliografía completa en: SQUELLA, AGUSTÍN, *Hans Kelsen 1881-1973*, “Revista de Ciencias Sociales”, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Chile, Valparaíso, homenaje dirigido por...”.

<sup>343</sup> ROCCO, ARTURO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale* en “Riv. di Diritto e Procedura Penale”, 1910, 497-525 y 561-582.



superan el plano exegético, lo que frecuentemente no acontece en Manzini.

En el trabajo de Rocco sobre los bienes jurídicos<sup>344</sup> lo que queda claro es que Rocco era un dogmático sin mayores preocupaciones por los problemas filosóficos. Rocco no negó la importancia de la filosofía para el derecho penal, sino que consideró que la filosofía no es derecho y viceversa, en lo que no vemos nada objetable mientras no se quiera tomar la afirmación en el sentido de que nada tienen que ver entre sí. Algo parecido sostuvo también respecto de la política, que sagazmente llama "política penal". La autonomía de la política y de la filosofía penales respecto del derecho penal nos parece cosa incuestionable, pero muy diferente es pretender que el derecho penal puede aislarse y prescindir de ellas. Eso no lo pretendió en definitiva Rocco, aunque no valoró adecuadamente sus relaciones<sup>345</sup>.

No es verdad que Rocco se haya cerrado el camino científico con su método, como lo pretende Maggiore<sup>346</sup>, porque más aislado aún de la filosofía y de la política pretendió hallarse Manzini, y nadie puede afirmar que ello le haya llevado a interrumpir una producción harto voluminosa. Otra cuestión —ella cierta— es que la aversión a lo filosófico les privó de una coherencia constructiva sólida. Manzini cayó directamente en una fobia respecto de todo lo que fuese filosofía, que rayaba ya en el absurdo.

La incoherencia de Rocco en su interpretación de la ley positiva la pone de manifiesto Nuvolone, quien dice al respecto: "Rocco parecía optar unas veces por el método lógico-formal, en lugar, otras, lo hacía por el método teleológico. Pero, a través de la impostación del método teleológico se proponía un problema de fuentes, porque, postulando un fin externo a la norma (sólo así el método teleológico tiene un sentido), automáticamente se debía reconocer que el objeto de la ciencia jurídico-penal no era sólo la ley positiva, sino también un complejo de presupuestos que a la misma daban también su completo significado histórico<sup>347</sup>.

<sup>344</sup> ROCCO, ARTURO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913.

<sup>345</sup> Una exposición del tecnicismo jurídico italiano en STAMPA BRAUN, JOSÉ MARÍA, *Introducción a la ciencia del derecho penal*, Valladolid, 1953. Sobre Rocco, DE MARSICO, ALFREDO, *Penalisti italiani*, Napoli, 1960, pp. 63 y ss.

<sup>346</sup> MAGGIORE, GIUSEPPE, *Arturo Rocco y el método técnico-jurídico*, Bs. As, 1961.

<sup>347</sup> NUVOLONE, PIETRO, *Brevi note metodologiche in tema si scienze del diritto penale*, en *Trant'anni...*, Padova, 1969, I, p. 208.

Manzini afirmaba que “una vez constituido, el derecho es aquello que es y por ningún motivo es lícito modificarlo en su esencia, en su interpretación o en sus aplicaciones<sup>348</sup>, como si se pudiese interpretar el derecho sin preguntarse para qué sirve y como si cualquier cosa pudiese ser contenido del derecho. Afirmaba que la parte filosófica que los autores del siglo XVIII y del siglo XIX solían colocar a la cabeza de sus tratados es perfectamente inútil, que semejante diletantismo filosófico ha perjudicado a la ciencia penal, que ninguna verdad es “más arbitraria y falaz que la verdad filosófica”, reservando las disputas filosófico-penales a “un reducido número de doctos con temperamento místico”<sup>349</sup> y otras excentricidades más, que pueden casi merecer un detenido estudio psicológico para desentrañar las causas de tal aversión personal irracional. En realidad, creemos que esta aversión personal hacia la filosofía es lo que ha llevado a Manzini a ser un insuficiente constructor de teorías, lo que se revela, por ejemplo, con la circunstancia de haber desarrollado el derecho procesal penal en un tratado extenso y documentado, pero sin una idea clara de la teoría de la acción<sup>350</sup>. Por otra parte, sólo un observador ciego podría ignorar que detrás de la pretendida asepsia filosófica de Manzini se encuentra una filosofía oculta y, lo que es más terrible, una tremenda posición política etnocentrista. Basta recordar que Manzini califica de “pueblos inferiores” a los hindúes, africanos o indígenas de Oceanía y de América<sup>351</sup>.

En síntesis, ni Rocco ni Manzini son positivistas puros, salvo en el sentido de que aparentemente no reconocen al legislador limitación alguna. En el fondo, fueron dogmáticos con insuficiente formación filosófica. Cayeron por ende, en un tecnicismo, que fue el que hizo de Manzini un teorizador mediano y de Rocco un hombre de escasa producción coherente. Tuvieron el mérito de haber vuelto a llamar la atención acerca de la problemática jurídico-penal, pero no fue con ellos que Italia retomó el camino señalado por la tradición racionalista y liberal, es decir, el camino antropológico, que nos atrevemos a decir que no se retoma hasta la aparición de la obra de Giuseppe Bettiol.

Cuando no se aclara la relación entre derecho penal y filosofía, la razón servirá sólo como método, pero no ya como instrumento que

<sup>348</sup> MANZINI, VINCENZO, *Tratado de Derecho Penal*, Bs. As., 1948, I, p. 11.

<sup>349</sup> *Idem*, pp. 10-16.

<sup>350</sup> V. MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Bs. As., 1951; sobre Manzini, DE MARSICO, ALFREDO, *Penalisti italiano*, Napoli, 1960.

<sup>351</sup> V. MANZINI, VINCENZO, *L'omicidio rituale e i sacrifici umani*, Torino, 1925, p. 29.

nos posibilite algún conocimiento metafísico. La razón, utilizada como método en la ciencia jurídico-penal resulta un elemento esclavizante, de no reconocerle alguna otra función. Lo mismo pasa en estética, cuando el principio de necesidad coarta el de sensualidad (*Sinnlichkeit*)<sup>352</sup>. Recordemos que los primeros positivistas jurídicos fueron los exégetas, caracterizados por una posición profundamente estatista, aunque con una conjunción muy típica con el jusnaturalismo racionalista: tendían a ver en el Estado el “Estado de Razón”, cuya actividad debían explicar y justificar<sup>353</sup>. De allí que el irracionalismo encierra una dualidad: en la medida en que la emprende contra el uso de la razón entendida como sólo método, es liberador, pero, lo que acontece es que no sólo destruye este elemento esclavizante, sino que lo destruye todo. En Manzini no se da más que un teorizador que apenas supera a veces la exégesis y otras es un dogmático frustrado, que trata de rellenar los huecos de las carencias filosóficas con referencias históricas.

Es interesante no pasar por alto que la escuela de Kiel —o sea, la escuela penal nazi— y el positivismo jurídico entraron en lucha, pero los dos tuvieron en común la negación de la posibilidad de acceder a cualquier mínimo contenido sustancial del derecho por vía de la razón, por lo que lleva toda la razón Nuvolone cuando afirma que esta última, “bajo forma distinta, es expresión de la misma crisis de conciencia y de pensamiento que estuvo en la base del *Gesetzpositivismus*”<sup>354</sup>.

No obstante, no debe pensarse que todo fue negativo en Rocco y Manzini, porque, aparte de la ya señalada llamada de atención hacia los estudios jurídico-penales, en el fondo evitaron mayores males. Su vocación positivista y frecuentemente exegética cortó el paso al auge del irracionalismo absoluto y de cualquier jusnaturalismo (ideología) alienante al estilo de las que hubo en Alemania (pensemos en el “jusnaturalismo” de Dietze, en la “Rassentheorie” de Nicolai). La cuestión de fondo no puede fincar en que todo positivismo es negativo y todo jusnaturalismo es positivo, porque eso sería infantil. La clave está en establecer racionalmente que hay cosas que no son derecho, como punto de partida para que el positivismo no convierta al derecho penal en un mero instrumento técnico de cualquier autoritarismo.

156. El positivismo jurídico de Binding. Dada la importancia de Binding para nuestra ciencia, y particularmente, debido a que fue la cabeza visible más importante de la oposición intelectual a Liszt en Alemania, merece que le estudiemos aparte del resto del pensamiento penal positivista jurídico. Karl Binding nació en

<sup>352</sup> Cfr. MARCUSE, *Eros y civilización*, pp. 171-3.

<sup>353</sup> Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1972, pp. 97-8.

<sup>354</sup> NUVOLONE, PIETRO, *Formalismo e realta*, en “Trant’anni...”, Padova, 1969, I, pp. 42-44 (44).

Frankfurt el 4 de junio de 1841, en el seno de una típica familia burguesa del sur de Alemania, cuyas concepciones liberales llevó a lo largo de toda su existencia. Estudió en Göttingen entre 1860 y 1863 y fue Herrmann su profesor de derecho penal. Pese a que su posición fue distante de la de los hegelianos, dominantes en la época, se dedicó a estudios históricos, versando sobre esta materia su primer trabajo de 1868<sup>355</sup> y también su conferencia rectoral de 1909<sup>356</sup>. Doctorado en Göttingen en 1863, se habilitó un año después de Heidelberg con Mittermeier, pasando luego por las Universidades de Basilea, Friburgo, Estrasburgo y en 1873 en la de Leipzig, donde siguió ejerciendo su cátedra hasta 1913. Fue en Leipzig donde desarrolló la mayor parte de su obra entre 1873 y 1900 y fue Rector de esa Universidad en 1909, cuando la misma celebraba sus quinientos años de vida, hecho que sorprende a Binding en el punto culminante de su carrera científica, considerado incuestionablemente como uno de los líderes de la ciencia penal alemana. En Leipzig también Binding aunó su actividad teórica con la práctica, como “juez auxiliar” del Tribunal territorial. Después de dejar la cátedra de Leipzig en 1913, marchó nuevamente al sur, a Friburgo, donde dedicó sus últimos años a culminar la obra que resume toda su labor científica: *Las normas y su infracción*<sup>357</sup>. Allí murió el 7 de abril de 1920<sup>358</sup>.

Binding se consideraba a sí mismo un positivista jurídico. Afirmaba que su trabajo era un trabajo “de ciencia del derecho positivo” y a renglón seguido agregaba que “en la dependencia de mi investigación y de sus resultados de la materia de mi conside-

<sup>355</sup> BINDING, *Das burgundisch-romanische Königreich*, Leipzig, 1868.

<sup>356</sup> BINDING, *Die Entstehung der öffentlichen Strafe im germanisch-deutschen Recht*, Leipzig, 1909.

<sup>357</sup> BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, T. I, Leipzig, 1872, 2ª ed., 1890; t. II, 1877, 2ª ed. 1914-1916; t. III, 1918; T. IV, 1919-1920.

<sup>358</sup> Otras obras de BINDING: *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1902-1905; *Die Schuld im deutschen Strafrecht*, Leipzig, 1919; *Die gemeinen deutschen Strafgesetzbüchern, vom 26. Februar 1876 und vom 20. Juni 1872. Kommentar*, Leipzig, 1877; *Zum Werden und Leben der Staaten*, München u. Leipzig, 1920; *Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen*, München u. Leipzig, 1915; *Druckbogen zum deutschen Strafrecht*, Altenburg, 1908; *Die Ehre in Rechtssinn und ihre Verletzbarkeit*, Leipzig, 1890; *Die frei Grundfragen der Organization des Strafgerichts*, Leipzig, 1876; *Grundriss des deutschen Strafprozessrechts*, Leipzig, 1881 (1886, 1893, 1900, 1904); *Grundriss des deutschen Strafrechts*, Leipzig (ocho ediciones entre 1879 y 1913); *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885; *Die Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den norddeutschen Bund in seinen Grundsätzen*, Leipzig, 1869; (con Alfred Hoche), *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, Leipzig, 1920.

ción, encuentro mi orgullo”<sup>359</sup>. No obstante, Binding enunciaba su teoría de las normas, según la cual la conducta delictiva no chocaba contra la ley penal, sino contra la norma que permanecía ajena a la misma y de la que la ley penal (el *Tatbestand*) era el instrumento que posibilitaba su conocimiento.

En su *Manual*, en 1885<sup>360</sup>, Binding expresaba que “Ningún delito del mundo choca contra la ley penal, conforme a la cual debe ser penado; cada delito lesiona un precepto jurídico, que es fundamentalmente distinto a la ley penal y que hoy se designa como *norma*”<sup>361</sup>. Agregaba luego que “normas son prohibiciones o mandatos de acciones”<sup>362</sup>.

Decía Binding que la libertad —entendida como “poder”— “le es al legislador tan inalienable como la limitación de la libertad —el deber— es decir, tanto el derecho subjetivo como el deber objetivo”. “En las correctas relaciones entre garantías y normas, sólo se resuelve la garantía por su pertenencia al correspondiente orden jurídico”<sup>363</sup>. “No son las normas en el sentido de garantías las que les permiten a los hombres lo que no les prohíben. Entre la prohibición y el permiso se halla un amplio ámbito de las acciones indiferentes, que no están ni permitidas ni prohibidas”. “Dado que las normas prohíben o mandan, sólo se dirigen a los capaces de acciones, que sólo son los hombres”, pero no todos ellos, pues es tan irracional dirigirse a los alienados y a los niños, como al viento o al agua<sup>364</sup>. “No es más que otra expresión del mismo pensamiento, que la contravención no culpable de la norma es para el derecho un azar, es decir, que no es ninguna contravención. Contrariedad a la norma es idéntico a culpable contrariedad a la norma. No hay ningún injusto no culpable, ningún injusto objetivo”<sup>365</sup>.

Las normas a que se refería las hallaba mediante los tipos legales: “En caso que estas normas no se hallen legalmente formuladas —y precisamente las más importantes no requieren esta formulación, porque son familiares a todos como herencia de milenios—, si son tomadas en consideración por el derecho penal, las extraemos de los tipos penales. Estos nos permiten conocer qué acciones están prohibidas u ordenadas, pues sólo para acciones antijurídicas rigen sus conminaciones de penas. Así, si tenemos en la primera parte de la ley penal una acción o una omisión conminadas, precisamente se convierten, respectivamente, en una prohibición o en un mandato”<sup>366</sup>. Destaca así que la ley penal no tiene

<sup>359</sup> *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, prólogo, p. VII.

<sup>360</sup> *Idem*, pp. 155 y ss.

<sup>361</sup> *Idem*, p. 155.

<sup>362</sup> *Idem*, p. 156.

<sup>363</sup> *Idem*, p. 157.

<sup>364</sup> *Idem*, p. 158.

<sup>365</sup> *Idem*, p. 159.

<sup>366</sup> *Ibidem*.

la misma estructura que la norma, tomando como ejemplo de tales el Decálogo, afirmando que la conminación no es esencial a la norma: "el momento de la conminación es totalmente inessential para el precepto jurídico en particular"<sup>367</sup>

Rechaza los argumentos de quienes han pretendido que estas normas no tienen carácter jurídico, afirmando que tienen ese carácter, pese a que "las normas no son ni parte de la ley penal ni preceptos del derecho penal". Funda el carácter jurídico de estas normas en los siguientes argumentos:

"1º) Porque hay normas sin que sobre ellas se forme una ley penal ni pueda formarse. Todas las normas constitucionales que fundan los deberes jurídicos del Emperador y de los señores locales, carecen de semejante aparato coactivo. Esta realidad prueba ya por sí sola la completa independencia de las normas y la incorrección de la teoría que sólo con la consecuencia coactiva hace que un principio sea precepto jurídico"<sup>368</sup>.

"2º) Porque la finalidad y el contenido de las normas son esencialmente distintos que los de la ley penal. La norma quiere fundar el derecho sobre la obediencia y la ley sobre la pena", afirmando que es una visión completamente parcial querer fundar toda obligación en la amenaza de pena. "La orden imperial de 1880, que establece los deberes de los buques para evitar abordajes, no puede imponer su cumplimiento con penas. Todo derecho sobre la obediencia es un derecho absoluto y se dirige a todos los que el legislador puede mandar; este derecho sobre la pena se dirige sólo a los individuos culpables. Todo derecho sobre la obediencia permanece cerradamente al servicio de la prevención, siendo un derecho a exigir la omisión del delito; este derecho —el derecho penal— no permanece al servicio de la prevención, y tiene la lesión de la obligación de obediencia como presupuesto. Es carente de toda explicación cómo un precepto jurídico, que fundamenta un derecho por completo diferente del derecho penal, puede ser considerado parte de la ley penal".

"3º) Porque la norma y la ley penal pueden tener distintos autores. La norma puede ser de derecho común y la ley penal de derecho estadual, y viceversa. Es perfectamente posible que una autoridad sólo sea competente para promulgar las normas y no las leyes penales".

4º) La norma puede tener un ámbito de validez temporal, espacial y personal, distinto del de la ley penal: "La mayoría de las veces la norma prohíbe un ámbito mayor que el que la ley penal penaliza". Como quinta razón, repetía el argumento 3º, referido esta vez a la "forma de aparición (decreto, ley federal, estadual, etc.)"<sup>369</sup>.

Agregaba Binding: "No es por azar que las normas no tomen forma legal en las leyes penales, sino en las constitucionales, en el

<sup>367</sup> Idem, p. 161.

<sup>368</sup> Idem, p. 162.

<sup>369</sup> Idem, p. 163.

código de comercio, en la ordenanza marítima, en las ordenanzas procesales. ¡Y con toda razón! Pues de lo que se trata allí es de cumplir una tarea por completo diferente: regular la conducta del príncipe, del ministro, del juez, de las partes en el proceso, de los comerciantes, y las normas allí determinadas configuran una parte integrante del derecho constitucional, administrativo, procesal, comercial”.

Las normas eran para Binding el presupuesto necesario para las leyes penales, pero no su parte integrante. En razón de que permanecen con fuerza de autoridad por sí mismas, constituyendo mandatos a los subordinados que actúan como tales, considera que todas son preceptos independientes del derecho público, pero no preceptos del derecho penal.

Mediante esta constatación de que las normas tienen vigencia como tales, es decir, que son mandatos de autoridad dirigidos a los subordinados, elimina toda diferencia entre normas privadas y normas criminales, afirmando que todas las normas son públicas, de derecho público. Aclara que “por esto no explica que la teoría de las normas no constituye una parte sistemática de la teoría del derecho penal y que puede tener desarrollo en una teoría del derecho penal sólo en la medida en que sea imprescindible para la comprensión del derecho penal”. Concluye en que “*la norma es un mandato inmotivado, en especial, no motivado en amenaza de pena*”<sup>370</sup>.

Si bien la conminación no es esencial para la norma, tal como Binding la concebía, puesto que la norma así entendida era un precepto “inmotivado”, no sucedía lo mismo con la ley, pues consideraba que una ley sin pena es una “campana sin badajo”. Afirmaba que el Estado no sólo tiene el derecho a la pena, sino el deber a la pena, que se le impone cuando la omisión de castigo afectaría la fuerza o vigencia del derecho. El deber de castigar para mantener el vigor del derecho le acerca a la intimidación. La pena era, pues, para Binding, la pérdida de un derecho o de un bien jurídico, que el Estado impone al delincuente en nombre del derecho, con el fin de obtener satisfacción, como consecuencia de su violación culpable e irreparable del derecho, para conservar intacta la autoridad de la ley violada<sup>371</sup>.

La crítica de Binding al concepto de peligrosidad era tremenda y su tono bien fuerte y polémico. Por cierto que en sus palabras hay mucho de premonitorio y, estimamos que, como crítica, conserva todo su valor. Permítasenos, en consecuencia, reproducir *in extenso* uno de sus más fuertes párrafos:

“Cuando los sociólogos consideran al delito en su dañosa conse-

<sup>370</sup> Idem, p. 164.

<sup>371</sup> Cfr. *Normen*, parág. 55-56.

cuencia social, se hallan cerca de estimarlo como síntoma de la peligrosidad social de su autor. Este aparece, pues, como un incapacitado social, como portador de disposición asocial o antisocial y por ello como peligroso para el futuro. Este juicio de peligro lo dicta la sociedad, cuidando su futura seguridad: es un juicio de miedo". "Pero peligrosos pueden ser quizá los alienados en más alto grado que los que gozan de salud mental. ¡La gran bipartición jurídica de los hombres cae por el suelo! Es obvio que así, la responsabilidad no puede jugar ningún papel. La llamada 'responsabilidad social' de Ferri no es responsabilidad. La imputabilidad, la culpabilidad y la pena de culpabilidad se han perdido irremediabilmente. El llamado culpable se ha trocado en un peligroso sin culpabilidad". "Pero contra su peligrosidad, la sociedad debe asegurarse, y lo hará con su intervención policial, en lugar de hacerlo con su intervención judicial, y designará a la mal reputada medida policial con el nombre que tiene la antigua dignidad de la pena, ocultándole de este modo su horror al lego ignorante, haciéndole irreconocible su quiebra radical con el concepto histórico-jurídico". "¡Y lo cierto es que este pobre tiene mucho más motivo para aterrizarse ante los que luchan contra la peligrosidad que ante los peligrosos, es decir, que ante los *soi-disant* criminales!". "Puesto que se trata de una teoría con semejante desprecio de la personalidad humana en general, con semejante inclinación a victimar en el altar del miedo a miles de hombres de carne y hueso, sin miramientos y sobre las pruebas más defectuosas, una teoría de tamaña injusticia y tan ilimitada arbitrariedad policial, prescindiendo del presente, no ha encontrado secuaces, salvo en los tiempos de dominio del terror". "De tener éxito esta teoría, desencadenaría un tempestuoso movimiento con el fin de lograr un nuevo reconocimiento de los derechos fundamentales de la personalidad"<sup>372</sup>.

Cabe consignar que Binding se movía por cauces mucho más realistas en su concepción del delito que el propio Liszt, que se enrolaba en el positivismo fáctico. Este fenómeno se evidencia en la circunstancia de que para Binding nunca podía recaer la anti-juridicidad sobre un acontecer causal —como sucedía en Liszt y siguió aconteciendo con todo el causalismo—, puesto que la exigencia de una capacidad de acción ("Handlungsfähigkeit") como "capacidad para la realización de un acto prohibido o debido", implica necesariamente una vinculación con el objeto apriorístico (una "estructura lógico-objetiva"), es decir que requiere una relación del individuo con la norma<sup>373</sup>. Se debe a ello que la teoría de Binding choque con la concepción causal de la conducta y que la primera crítica a la teoría del tipo de Beling procediese de la pluma

<sup>372</sup> BINDING, *Normen*, II, 1, Leipzig, 1914, 464.

<sup>373</sup> Cfr. KAUFMANN, ARMIN, *Normentheorie*, cit.



de Binding. El fácil engarce que Mittasch creyó hallar entre el positivismo jurídico de Binding y el positivismo fáctico de Liszt, no es tal <sup>374</sup>.

En líneas generales, y pese a la confesión del mismo Binding, quien como hemos dicho, afirmaba que su fidelidad a la ley era su orgullo, se ha dudado con fundada razón del positivismo de Binding. La apelación a un concepto realista de conducta no nos deja duda de que no puede considerarse a Binding un positivista al estilo formal, pero hay aún algo más. No podemos olvidarnos que el Estado era concebido, en tiempos de Binding, como un Estado "racional", como una "república" de la que emanaba un derecho susceptible de explicación racional y comprensible como obra racional que era. A ello se debe que Binding vedase al juez otra cosa que no fuere la interpretación de la ley. Como observa atinadamente Eb. Schmidt, Binding exigía al legislador tanto cuidado como al juez en su tarea, y cuando en la redacción de un tipo fallaba el legislador, Binding no hacía recaer la "culpa" en el que investiga la norma —el juez—, sino en el legislador, "que no le permite encontrarla". Binding no podía plantearse el problema de que el juez que aplicase correctamente la ley resulta siendo un criminal, porque para él esos eran tiempos pasados. "Cuando Binding acometió la empresa de redactar su obra sobre las normas, eran todavía los felices tiempos en que el legislador era consciente de la dignidad e importancia de su responsabilidad, y pocas veces incurría en semejante culpa" <sup>375</sup>. Creemos con Eb. Schmidt que distinta hubiese sido la posición de Binding si hubiese tenido la mala fortuna de presenciar los acontecimientos de los tres decenios posteriores a su muerte.

#### IV. — AL INFINITO POR LA INTUICIÓN: EL "ROMANTICISMO" STRICTO SENSU

157. **El correccionalismo.** El correccionalismo tiene su garante filosófico en Krause. Karl Christian Friedrich Krause (1781-1832) fue un filósofo casi desconocido en Alemania, al punto de que Windelband le atribuye haber escrito en un lenguaje peculiarísimo las ideas de otros, hasta creerlas construcciones propias <sup>376</sup>. De-

<sup>374</sup> Así lo pretende MITTASCH, op. cit.

<sup>375</sup> SCHMIDT, EB., *La ley y los jueces*, en RADBRUCH-SCHMIDT-WELZEL, *Derecho injusto y derecho nulo*, Madrid, 1971, pp. 25-29 (36).

<sup>376</sup> WINDELBAND, op. cit., III, 128-7.

jando al margen toda exageración a este respecto, lo cierto es que Krause fue mucho más conocido en España que en Alemania, puesto que en España fue introducido por Julián Sanz del Río (1814-1869), habiéndose embanderado en él numerosos hombres de la primera República Española<sup>377</sup>. Quizá no sea del todo desacertado el juicio de Windelband: la traducción de las obras de Krause hizo emerger los grandes principios de la filosofía alemana que en ella se hallaban ocultos bajo su personalísimo lenguaje. “En tal forma se explica —agrega— el gran éxito que ellos tuvieron luego en los países neo-latinos, en que Krause fue considerado por largo tiempo como el más grande filósofo alemán”. Agrega Windelband maliciosamente, que “aún falta la traducción de sus escritos al alemán”<sup>378</sup>.

El sistema de Krause no se diferencia mucho del de Schelling, del que fue alumno, aunque exagera el componente inconsciente de éste en la intuición del Yo, por lo que se halla más próximo al romanticismo “stricto sensu”, es decir, del que busca el principio infinito por una intuición cercana al sentimiento. Krause creía encontrar en el Yo la *naturaleza* y el *espíritu*, abarcados por la *humanidad*, siendo los tres “infinitos relativos” —según su expresión— que demandaban un infinito absoluto, que era Dios o el Ser Absoluto. En Dios se halla todo, por lo que su sistema es panteísta, aunque él pretendía que era “panenteísta” (Dios no es todo, sino que todo es en Dios). En este sentido hay una notable similitud con Spinoza<sup>379</sup>. De su afirmación de que todo es en Dios se deriva la ética krausista —que seguramente ha sido lo que más resonancia ha tenido en España— que es en el fondo muy similar a la ética estoica<sup>380</sup>. El fin de la ética de Krause es la felicidad, que se logra mediante el amor de Dios a sí mismo, para lo cual toda la vida debe ser un permanente tender a Dios en un amor entre los hombres que asume la forma de una gran cofradía humana<sup>381</sup>.

<sup>377</sup> Sobre la difusión del krausismo en España, RIVACOBA y RIVACOBA MANUEL DE, *Krausismo y derecho*, Santa Fe, 1963, y la bibliografía allí indicada; LÓPEZ MORILLOS, JUAN, *Krausismo: estética y literatura*, Barcelona, 1973. Recordemos que, entre nosotros, Yrigoyen fue un gran admirador de Krause.

<sup>378</sup> WINDELBAND, III, 127.

<sup>379</sup> Ya destacamos también cómo SPINOZA —a través de WUNDT y del mismo KRAUSE— influye en dos doctrinas positivistas penales (LISZT y DORADO) para evitar el monismo materialista. Las analogías con SPINOZA las señala RIVACOBA (op. cit., p. 37).

<sup>380</sup> V. supra, § 112.

<sup>381</sup> La similitud con la masonería la señala WINDELBAND (III, 129). Lo cierto es que KRAUSE perteneció a la masonería y cuando propuso estas teorías fue expulsado (cfr. RIVACOBA, op. cit., 24).

Todos los seres tienden hacia Dios y la ética krausista se propone favorecer esta tendencia. De aquí se desprende que el fin del derecho, para Krause, fuese la facilitación de la realización de este tender hacia Dios, es decir, de su esencia. En esto consiste el derecho natural idealista por él propugnado.

Dado su panteísmo —o “panenteísmo”— todo lo que es, es en Dios, y, por ende, tiende a Dios y no sólo al hombre. De allí que el derecho, para Krause, abarque también la “justicia sub-humana”, igual que para Spencer y sus seguidores<sup>382</sup>. El panteísmo krausista hace que muchos de sus puntos de vista coincidan con los del monismo materialista, tales como la consideración de la justicia “sub-humana” y la disolución del hombre en la “humanidad”, concepto que no deja de acercarse al del organicismo. Entre el hombre y la humanidad, admite Krause una serie de entes que considera de existencia real y a los que otorga capacidad en derecho penal, lo que le coloca en posición diametralmente opuesta a la teoría de la ficción en materia de personas morales.

Krause daba una idea del Estado muy próxima a la del corporativismo, aunque teñida por una extrema sublimidad en la comunidad espiritual en Dios, que desemboca en un verdadero reino de Dios en la tierra, en que el Estado desaparece. La desaparición gradual del Estado se va operando a medida que los hombres lo van “internalizando” y las corporaciones colectivas lo van supliendo. El mal —y, por ende, el delito— es sólo relativo, porque el mal es para los hombres, que son finitos, pero no es mal en el Ser Absoluto, de modo que, cuando el hombre viva en ese Ser, desaparecerá el mal, el delito y la pena, porque desde el ángulo de lo Absoluto, ni el delito ni la pena son un mal.

Cabe agregar que Krause rechaza la teoría absolutista del Estado —a tal punto que recepta la influencia de Proudhon—, aspecto en el que se revela como la antípoda de Hegel, acercándose, por el contrario, al kantismo, con la afirmación de que el Estado debe garantizar las condiciones exteriores de la libertad, pero no las interiores, ya que cada hombre debe alcanzar la libertad por sí mismo (cada hombre debe alcanzar su esencia en Dios por sí mismo). A estas veleidades libertarias se debe que Krause no haya tenido en Alemania el mismo favor oficial que Hegel.

Aclaremos que no estamos sintetizando mal ni arbitrariamente el pensamiento krausista, sino que Rivacoba, que es quien con mayor

<sup>382</sup> V. el interesantísimo desarrollo del tema en RIVACOBA, op. cit., 67-88; SPENCER, H., *La Justicia*, trad. de Adolfo Posada, Madrid, s. f., pp. 12 y ss.

claridad lo expuso contemporáneamente, cuando llega a la visión alucinada de la “ciudad de Dios” en la tierra, agrega: “Magnífica visión terminal con que corona su sistema y en que se combinan, no sin armonía, la influencia anarquista de Proudhon, . . . el liberalismo kantiano, la fe progresista de la época, el carácter organicista y panteístico de su doctrina, y el elemento irracional y místico —intuitivo— de su pensamiento, sin desestimar la preocupación eticista que lo impregna y lo mueve”<sup>383</sup>. Esta enumeración de todo lo que Krause quiso combinar, hecha por quien lo ha estudiado con mayor autoridad que nosotros, nos exime de mayor comentario.

El juicio general que nos merece la teoría que Krause expuso en sus obras, siendo confusos y oscuros su fondo y su formulación, aclarando que esa oscuridad es una característica general del pensamiento idealista alemán de la época, pues nadie pretenderá que Hegel fue claro, es el siguiente: Krause era un idealista místico que a través de sus elaboraciones llegó al panteísmo, con lo que logró que el idealismo se acercase al monismo materialista. Se manejó con su sistema objetivo de valores, deducido de su intuición mística, que concluye —lógicamente— en un jurnaturalismo idealista tan peligroso como el platónico (o más, dada su mayor carga de irracionalidad). Si bien su teoría culmina con un ideal de Estado en vías de desaparición, esta utopía tiene el inconveniente de cualquier utopía, que finca en el peligro de que un día a alguien se le ocurra bajarla a la tierra, aquí y ahora. En ese caso no nos cabe duda de que las consideraciones kantianas que Krause injerta dificultosamente en su sistema desaparecerían —de la misma manera que han desaparecido oportunamente las consideraciones existenciales y humanistas de Marx— y, por ende, quedaría instaurada la “ciudad del Diablo” en la tierra. Las veleidades anárquicas de Krause quedarían reducidas al papel de promesas que se materializarían el día que “estuviesen dadas las condiciones” y, en tanto, esas condiciones las “impondrían”, por mandato divino, los iluminados del comité en turno. Valgan similares consideraciones para la “ciudad de Dios” que, sin Dios, soñará años después Dorado Montero en Castilla.

Creemos que en parte al menos, lleva razón Windelband, y que el éxito de las teorías de Krause en España obedece a las teorías de Kant, de la ética estoica, de la vocación libertaria y del

<sup>383</sup> RIVACOBA, op. cit., p. 104.

fondo místico que había en ellas y que arraigaba bien en el ser español<sup>384</sup>.

Krause fue seguido en la filosofía del derecho por Ahrens<sup>385</sup>, en tanto que en el campo penal su mentor fue Karl David August Röder (1806-1879), quien enunció la llamada teoría "correccionalista", que es la lógica consecuencia del krausismo en nuestra materia<sup>386</sup>.

Röder presentaba al correccionalismo como una teoría cristiana, por atender al aspecto moral<sup>387</sup> y por reivindicar al derecho natural. "Será absurdo negar un derecho penal natural", dice, criticando a Bentham<sup>388</sup>. No obstante, Röder rechazaba la objeción de que su teoría confundía moral y derecho, porque "no toda inmoralidad cae bajo la jurisdicción del juez exterior, sino aquella que se ha manifestado exteriormente como dirigida a la alteración

<sup>384</sup> En castellano puede verse: de KRAUSE, *Ideal de la Humanidad para la vida*, trad. de Julián Sáenz del Río, Madrid, 1904 (2 tomos); de su discípulo TIBERCHEN, G., *Estudios sobre filosofía*, trad. de A. García Moreno, Madrid, 1875; las obras de los krausistas españoles (cit. por RIVACOBBA, op. cit.); la obra crítica de ORTÍ y LARA, *Lecciones sobre la filosofía de Krause*, Madrid, 1865; en alemán, KRAUSE, KARL CHR. FR., *Abriss des Systemes der Philosophie des Rechtes oder des Naturrechtes. Nebs einen kurzen Darstellung der geschichtlichen Entwicklung der Begriffe des Rechtes und des Staates in den bekanntesten Systemen der Philosophie*, Göttingen, 1828; del mismo *Das System der Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1874; *Vorlesungen über Naturrecht oder Philosophie des Rechtes und des Staates*, Leipzig, 1892 (manuscritos del autor editados por Richard Mucke). Una completísima bibliografía sobre Krause y el krausismo en FERRATER MORA, JOSÉ, *Diccionario de Filosofía*, Bs. As., 1969, I, 1065-8.

<sup>385</sup> De AHRENS, en castellano: *Curso de derecho natural o de filosofía del derecho formado con arreglo al estado de esta ciencia en Alemania*, París, 1853 (no indica traductor); *Curso de Derecho Natural o de Filosofía del derecho completado en las principales materias, con ojeadas históricas y políticas*, Madrid, 1873 (trad. de Pedro Rodríguez Hortelano y Mariano Ricardo de Asensi); en francés, *Cours de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit*, Leipzig, 1868; en alemán: *Das Naturrecht oder die Rechtsphilosophie nach dem gegenwärtigen Zustande dieser Wissenschaft in Deutschland* (trad. de Adolph Wirk), Braunschweig, 1846; *Naturrecht oder Philosophie des Rechtes und des Staates*, Wien, 1870.

<sup>386</sup> De RÖDER en castellano: *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, traducción de F. Giner, Madrid, 1871; *Estudios sobre Derecho Penal y sistemas penitenciarios*, trad. e introduct. de Vicente Romero y Girón, Madrid, 1875; en alemán, *Besserungsstrafe und Besserungsanstalten als Rechtsforderung. Eine Berufung an dem gesunden Sinn des deutschen Volkes*, Leipzig u. Heidelberg, 1864; *Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 1846 (parece haber traducción castellana, Madrid, 1886).

<sup>387</sup> *Estudios*, p. 168. El introductor enraiza la doctrina con la de los Padres de la Iglesia.

<sup>388</sup> *Idem*, p. 169.

del derecho”<sup>389</sup>. Para ello había rechazado previamente la distinción entre moral y derecho, entendida como interioridad y exterioridad, con lo que, al igual que para Krause, el delito es una forma de inmoralidad.

“Es indudable, afirma, que el derecho no se contrae a la mitad exterior del hombre y que la sola legalidad externa no satisface al derecho, ni a la sociedad para el derecho, como una especie de semi-equidad. Más bien la pura disposición injusta del espíritu como origen continuo de la acción exterior, constituye un ataque al orden jurídico perfecto”. Aquí la afirmación cobra visos harto peligrosos, pero el jurista que era, dominaba al filósofo idealista, y agregaba: “Tan pronto, pues, como se haya manifestado una situación de la voluntad contraria al derecho o injusta, es decir, una tendencia interior de las fuerzas de un hombre hacia la lesión del derecho, o una falta de respeto a cualquiera de las condiciones de una vida racional en sociedad mediante injusticia *comenzada o consumada*, en este caso decimos, pero no antes: la ley del derecho no quedará completamente satisfecha hasta que el daño exterior causado por aquélla y el daño interior (inmoralidad o contrariedad al deber del derecho) en el autor, se hayan extinguido, reparado totalmente”<sup>390</sup>.

La concepción del hombre que alienta estas afirmaciones es de carácter místico. Se trata de un hombre que debe llegar a ser “en Dios”, en el “Ser Absoluto”, cuya libertad consiste en marcha hacia Él. Esta libertad es favorecida externamente por el derecho. De cualquier manera, parece que al derecho penal no le gusta mucho que internamente no sea “libre”, y cuando nota que va hacia un lado distinto del “Ser Absoluto”, es decir, que no se siente “libre” como Krause y Röder, entonces se queda esperando que lo exteriorice de alguna forma, para corregirle, enseñándole el camino hacia el “Ser Absoluto”. El planteo corresponde al de cualquier derecho penal natural de carácter idealista.

La teoría de Röder no fue una teoría de la pena. El correccionalismo pretendió dar un fundamento distinto a todo el derecho punitivo, asignándole una función primordialmente moral<sup>391</sup>. Pueden citarse muchos pensadores que sostuvieron que la pena debe procurar la enmienda del delincuente<sup>392</sup>, pero la característica de

<sup>389</sup> Idem, p. 173.

<sup>390</sup> Idem, p. 152.

<sup>391</sup> Es un error inexplicable el de ROBERTO LYRA, cuando le reconoce esta característica y, en razón de ella, le niega el carácter de “escuela” (op. cit., p. 17).

<sup>392</sup> V. los que menciona en Alemania el propio RÖDER (*Doctrinas*, p.

la *Besserungstheorie*<sup>393</sup> es que hace de ello el fin mismo del derecho penal. No se trata de una sutileza, sino de una diferencia muy importante: el Estado no sanciona para proteger bienes jurídicos, ni previene especialmente sobre el delincuente para evitar nuevos ataques a los mismos, sino que el Estado sanciona porque tiene el deber de “mejorar” moralmente al delincuente, “liberándolo”, poniéndolo en camino hacia el “Ser Absoluto”. Para la *Besserungstheorie*, entendida como corresponde, es decir, dentro del enfoque krausista de que parte, si el delincuente no fuese un ser necesitado de mejoramiento moral, aunque siguiese cometiendo acciones lesivas habría que dejarle. En otras palabras: no debe confundirse a la teoría correccionalista con una simple teoría de la prevención especial, porque el correccionalismo krausista no tiene primordialmente en mira evitar nuevos delitos, sino “mejorar” moralmente al delincuente. No se trata de una teoría más de la prevención especial mediante la educación, sino de una teoría de la educación —sumamente alambicada y mística— que tiene como consecuencia una prevención especial.

En palabras más claras puede decirse que para Röder, como buen místico, el delincuente no tenía voluntad “libre”, para lo cual se hacía menester prenderle y liberarle. Que esto sirva para evitar nuevos delitos es una cuestión secundaria.

Esto lo expresaba claramente Röder, afirmando que hay necesidad “de penarle, ante todo, para que él reciba su *Derecho* (a saber, rectamente entendida esta palabra, lo que su mismo bien exige, y de consiguiente, su propio fin racional); luego *juntamente* en vista de los demás hombres que con él viven unidos para el Derecho; y esto no sólo con el objeto de protegerles contra el peligro futuro de transgresiones, sino porque están común y esencialmente interesados en el cumplimiento de la ley, y por tanto, en la rectitud de los miembros todos del Estado”<sup>394</sup>.

Si bien Röder no deja de ser jurista, lo que le lleva a advertir que “los criminales deben ser tratados según la extensión y medida de su injusto arbitrio, pero no más allá, como menores faltos de educación y por lo tanto necesitados de ella”<sup>395</sup>, afirma que la pena cumple una función de prevención especial y general, y, en cuanto a la última, afirma que la cumple “no sólo por su aspecto exterior, en cuanto se

---

212); otros autores se enredan en complicadas discusiones históricas (sobre ellos, RUVACOBA, 124 y ss.; ANTON ONECA, 37-8).

<sup>393</sup> Literalmente “teoría del mejoramiento” (*besser*, mejor).

<sup>394</sup> RÖDER, *Doctrinas*, 215.

<sup>395</sup> RÖDER, *Estudios*, 160.

relaciona con la limitación de la libertad que la mayor parte sentirán y temerán como un mal exterior, sino también por la impresión de su justicia interior, que impone el respeto y la gratitud más o menos lejana por el arrepentimiento eficaz del criminal, al cual se vuelve a la obediencia, reconciliándole con la sociedad, cuyo regreso a ella se le facilita”<sup>396</sup>.

Esta teoría, que hoy nos causa terror, porque pensamos en un “mejoramiento” a base de “lavados de cerebros”, y otros medios de dominio psíquico, tiene casi un siglo y medio de antigüedad, y, pese a su peligrósísimo irracionalismo, prestó servicios a nuestra ciencia, tales como su aguda crítica a la pena de muerte y a la prisión perpetua y una sana fundamentación de la libertad condicional y de todos los sistemas penitenciarios progresivos.

Cabe advertir que en Alemania no se le dio mucha importancia al correccionalismo, hasta el punto de que Eb. Schmidt apenas de pasada menciona a Röder como paso importante en sus aportes a la ejecución penal<sup>397</sup> y que un profesor alemán —a quien Carrara identifica sólo con las iniciales<sup>398</sup>— le reprochaba que considerase como una corriente lo que no era más que un “celularismo científico”, es decir, la opinión aislada de Röder.

Pese a que el profesor a que se refiere Carrara le recriminaba que tomase tan en serio las teorías de Röder, lo cierto es que Carrara se sintió molesto por las mismas, hasta el punto de dedicarle varios trabajos cortos<sup>399</sup>. Carrara no llegó a enfrentarse con el positivismo italiano, al que no pudo conocer, sino con el correccionalismo de Röder, lo que hace que Rivacoba califique a la *Besserungstheorie* como “seconda scuola” y al positivismo como “terza scuola”<sup>400</sup>. Lo que más le preocupaba a Carrara era la confusión entre moral y derecho, que se derivaba del pensamiento de Krause<sup>401</sup>, y no la admisión de la función de enmienda de la pena, cosa que el Maestro de Pisa incluso no dejaba de ver con simpatía, al menos como finalidad secundaria de la misma. Entre Carrara y Röder media la lógica diferencia y enfrentamiento que debe haber entre una idea racionalista

<sup>396</sup> RÖDER, *Estudios*, 169.

<sup>397</sup> SCHMIDT, EB., *Einführung*, p. 343.

<sup>398</sup> CARRARA publicó la carta como “homenaje a la verdad” en la p. 495-6 del *Programma* (t. I, ed. cit.) con la firma “Prof. F. von H...” (¿Holzendorf?).

<sup>399</sup> V. CARRARA, FRANCESCO, *Emmenda del reo assunta come unico fondamento e fine della pena*, en *Opuscoli*, I, 203-232; *Varietà della idea fondamentale del giure punitivo*, en *Opuscoli*, I, 167-202; “Introduzione” al *Programma*, ed. cit.

<sup>400</sup> RIVACOBA, p. 116.

<sup>401</sup> CARRARA, *Varietà*, 198-200.



realista, con acentos aristotélicos y kantianos y un idealismo irracionalista místico que tiene muchos conos de sombra.

Cabe agregar que el punto de vista de Röder tuvo gran importancia en España, al punto que el mismo Röder redactó, a pedido de Salmerón, un informe titulado "Reforma del sistema penal español mediante el régimen celular"<sup>402</sup> y que Luis Silvela recepcionó ecos de esa doctrina<sup>403</sup>. Sainz Cantero ubica a la famosa Concepción Arenal (1820-1893) en el correccionalismo español, aunque aclara que no seguía una línea röderiana pura<sup>404</sup>. Por otra parte, cabe también recordar que en 1864 Levy Maria Jordão redactó un proyecto de código penal para Portugal de neto corte röderiano, que no fue considerado por las Cortes<sup>404 bis</sup>.

158. La "escuela penal humanista". Entre las "escuelas" que proliferaron en tiempos del debate italiano entre "clásicos" y "positivistas", surgió en Catania un movimiento dirigido por Vincenzo Lanza, que se autodenominó *scuola penale umanista*, pretendiendo ser la posición católica, aunque no pasaba de ser la posición personal de un autor católico, porque nunca fue la posición oficial de la Iglesia. Lanza pretendía fundar el derecho penal en el sentimiento moral de reprobación. Afirmaba que en cada uno de nosotros se da ese sentimiento y que el delito es una lesión al sentimiento moral. Por supuesto que reconocía que en la ley positiva hay delitos que no lesionan el sistema moral, para los que proponía su abolición. Consideraba que, por el contrario, debían ser penadas ciertas acciones gravemente lesivas de ese sentimiento, como la tentativa de suicidio. Del mismo modo, afirmaba que el estado de necesidad y, especialmente, la legítima defensa, no podían eliminar la penalidad, por tratarse de una exaltación de sentimientos egoístas, y sosteniendo que la legítima defensa era una pura reacción de miedo<sup>405</sup>. Sin embargo, no admitía que los delitos cometidos en estas situaciones fuesen penados en la misma forma que los cometidos fuera de

<sup>402</sup> Se publica en *Doctrinas*, cit., pp. 321-363.

<sup>403</sup> Lo destacan, GINER, en el prólogo de *Doctrinas* (nota 1) y SÁINZ CANTERO, op. cit., pp. 147-8.

<sup>404</sup> SÁINZ CANTERO, op. cit., 146-7; bibliografía de Concepción Arenal en p. 145, nota 38; LANDROVE DÍAZ, GERARDO, niega que se pueda considerar correccionalista a CONCEPCIÓN ARENAL en *El correccionalismo de Concepción Arenal*, Madrid, 1969.

<sup>404 bis</sup> En 1853 había publicado *O fundamento do direito de punir*. V. EDUARDO CORREIA, op. cit., I, p. 109.

<sup>405</sup> LANZA, VINCENZO, *L'umanesimo nel diritto penale*, Palermo, 1906, p. 77.

ellas, pero sí que lo fuesen en forma muy atenuada, porque no aceptaba que quedasen totalmente impunes.

La concepción antropológica de Lanza no podía ser más romántica, porque para él el hombre crea todo el mundo moral guiado por los sentimientos, y no por las ideas. “En el fondo de este análisis —decía— está el dato más profundo de la psicología positiva, de que no son las representaciones, sino los sentimientos, las únicas fuerzas motrices determinantes de los procesos del querer y, por lo mismo, de los actos de la conducta”<sup>406</sup>, la inteligencia cumpliría la única misión de excitar un sentimiento más alto. La justicia y la moral serían sentimientos o grupos de sentimientos, manifestados en la reprobación por el acto injusto o inmoral. La justicia y la moralidad consistirían, justamente, en ser para los otros, en sacrificar el yo individual a los demás. De allí que consideraba que bajo ningún concepto el homicidio podía quedar impune.

La pena, para la “escuela humanista”, no podía tener otro fin que el moral: manifestar la reprobación colectiva y educar, generando el sentimiento moral. Planeaba esto dentro de un rígido sistema de trabajo y un adecuado plan pedagógico. Fuera de esta función, para Lanza la pena carecía de cualquier sentido. No admitía que tuviese ninguna finalidad utilitaria, sino sólo una finalidad moral. La duración de la misma no podía ser otra que el tiempo que demandase la reeducación del delincuente, que debía ser prudentemente determinado, porque no podía prolongarse indefinidamente. De allí que en su sistema de atenuantes y agravantes, otorgase gran importancia a los motivos, según fuesen más o menos inmorales.

Lanza aspiraba a que se mirase al delincuente con una actitud desprovista de rencor, es decir, como un simple ser necesitado de educación. Su concepción del Estado no puede ser otra que la de un Estado-ético paternalista, que opera como un buen padre de familia.

Si bien tuvo algunos discípulos<sup>407</sup> y llegó a tener una revista propia<sup>408</sup>, esta escuela se extinguió después de la muerte de su

<sup>406</sup> Idem, p. 313.

<sup>407</sup> V. FALCHI, *Sistema generale umanista di diritto penale*, Catania, 1929; *Il pensiero penalistico di Romagnosi*, Messina, 1929; MONTALBANO, *Il fondamento dell'imputabilità*, Torino, 1933.

<sup>408</sup> La revista “Scuola penale umanista”, publicada en Catania.

autor en 1929<sup>409</sup>. No cabe duda de que se hallaba fuertemente influida por el correccionalismo alemán, aunque se trataba de un correccionalismo “pasado en limpio”, es decir, sin el enorme lastre del misticismo confuso de Krause ni de su terminología, aunque minado por los mismos peligros. No puede pasarse por alto que la lectura de sus escritos da una sensación de generosidad, pero al mismo tiempo, la confusión de moral y derecho, de vicio y delito, se ciernen sobre cualquier derecho penal de seguridad, neutralizando todo lo que de bueno puede haber en su planteamiento general.

Lanza creía hallar tres períodos diferentes en la reacción penal frente al delito: el emocional, el inteligente y el ético, aspirando a ser el profeta del tercero.

159. El derecho penal y Nietzsche. Nos hemos ocupado ya de la teoría de la “pleonexia” con motivo de Calicles y allí hemos puesto brevemente de relieve sus características generales. Nos ocuparemos ahora de una versión mucho más contemporánea de la teoría del “derecho del más fuerte”, que fue la de Nietzsche (1844-1900). Sabemos que Nietzsche ha dado lugar a interpretaciones harto encontradas<sup>410</sup> y que la vulgarización de su pensamiento lo ha desnaturalizado. Quizás sea cierto que sus afirmaciones frecuentemente alborotadas hayan obedecido parcialmente a una pérdida patológica de los frenos inhibitorios<sup>411</sup>, pero lo cierto es que Nietzsche se nos aparece como un gran demolidor de ruinas filosóficas. De cualquier manera, sea o no su verdadero pensamiento, hay ideas nietzscheanas o atribuidas a Nietzsche que son deletéreas para nuestra ciencia y de las que debemos ocuparnos.

<sup>409</sup> VINCENZO LANZA murió el 21 de agosto de 1929 (V. noticia en la “Revista de Derecho Penal”, Bs. As., 1929, 3, p. 380).

<sup>410</sup> V. NIETZSCHE, *Obras completas*, trad. de Eduardo Ovejero y Maury Madrid, 1932; sobre NIETZSCHE, GIUSSO, LORENZO, *Nietzsche*, Milano, 1942; GÖTZ, KARL AUGUST, *Nietzsche als Ausnahme*, Freiburg, 1949; HALÉVY, DANIEL, *La vida de Federico Nietzsche*, Bs. As., 1946; JÜNGER, F. G., *Nietzsche*, Frankfurt, 1949; MARTÍNEZ ESTRADA, EZEQUIEL, *Nietzsche*, Bs. As., 1947; THIBON, GUSTAVE, *Nietzsche*, Bs. As., 1951; VETTER, AUGUST, *Nietzsche*, München, 1926; DELEUZE, GILLES, *Nietzsche y la filosofía*, Barcelona, 1951; LEFEVRE, HENRI, *Nietzsche*, México, 1972; LÖWITH, KARL, *De Hegel a Nietzsche*, Bs. As., 1974; JASPERS, KARL, *Nietzsche*, trad. de Emilio Estiú, Bs. As., 1963; etc.

<sup>411</sup> Cfr. JASPERS, KARL, *La importancia de Nietzsche en la historia de la filosofía*, en “Conferencias y ensayos sobre historia de la filosofía”, Madrid, 1972, pp. 308 y ss.

En Nietzsche se da una confusa mezcla de irracionalismo, vitalismo y evolucionismo. La identificación de Dioniso, en quien simbolizaba el culto de la vida, le llevó a despreciar a la muerte, que es, precisamente, la limitación más radical. Una deificación mítica de la vida sin la muerte no puede ser una proclamación mayor del principio infinito, es decir, del romanticismo. El sentido trágico de la existencia que aporta Nietzsche es innegable, aunque precisamente a causa de su olvido de cualquier límite puede objetársele que “no supo evitar la confusión entre su concepto de la vida como voluntad del valor y el turbio patetismo del poderío”<sup>412</sup>. Esto posibilitó que en algún momento Nietzsche fuera considerado como garante filosófico del nacional-socialismo<sup>413</sup>, y, en general, a que algunos le admiren porque entienden que llegó al fondo mismo de la desesperación al desenmascarar crudamente todos los cantos sirenaicos que nos lanza la inautenticidad, concibiendo al superhombre como el que logra eludirlos a todos, en tanto que otros le admiran porque en su irracionalismo encuentran el valor absoluto de cualquier “verdad subjetiva” y la identificación de la justicia con la fuerza.

La moral de Nietzsche le lleva a rechazar cualquier limitación para la vida, habiendo en su fondo una reivindicación de la selección natural darwiniana, lo que lo muestra como profundamente anti-democrático. Consideraba que el verdadero progreso consistiría en “la Humanidad, en cuanto masa, sacrificada al florecimiento de una única y más fuerte especie de hombre”. Para Nietzsche, el verdadero *Progressus* aparece siempre como voluntad de un poder mayor “y se impone siempre a costa de poderes más pequeños”. Esto lo generaliza, afirmando que las ciencias naturales no lo captan porque están corruptas por la “idiosincrasia democrática, opuesta a todo lo que domina y quiere dominar”<sup>414</sup>. Para Nietzsche, la democracia no pasa de ser una “manía de contar por cabezas”, cuyo origen había sido “el Cristianismo, pues, a su juicio, fue el triunfo de Cristo lo que le dio nacimiento, haciendo brotar en los primeros cristianos aquel instinto en virtud del cual se oponían a todo lo que representaba privilegio”<sup>415</sup>. Para él, el Cristianismo nos lleva a ver a todos los “valores vitales” como pecados, la “mala conciencia” se

<sup>412</sup> PRINI, PRIETRO, *Existencialismo*, Barcelona, 1957, p. 32.

<sup>413</sup> Sobre ella, JASPERS, KARL, *La importancia...*; una interpretación de Nietzsche con puntos muy cercanos a la “escuela de Kiel”, HEINZE, KURT, *Verbrechen und Strafe bei Friedrich Nietzsche*, Berlín, 1939. V. el párrafo de ALFRED BAEUMLER reproducido en MOSSE, GEORG S., *La cultura nazi*, México, 1973, pp. 122-126.

<sup>414</sup> NIETZSCHE, *Genealogía de la moral*, Barcelona, 1972, p. 89.

<sup>415</sup> BERGUA, JUAN B., “Nota preliminar” a la traducción de *Also sprach Zarathustra*, Madrid, 1970, p. 92.

inicia precisamente con la represión de estos valores. La “mala conciencia” no es para Nietzsche más que una manifestación del “instinto de libertad”, que es la voluntad de poder vuelta hacia adentro, del que es débil y, por ende, incapaz de volcarla hacia afuera. La “mala-conciencia es auto-crueldad”: la moral altruista, no egoísta, es auto-crueldad, es crueldad <sup>416</sup>. La mala conciencia sería el resultado de la represión de los instintos a que el hombre está sometido por la sociedad: “Todos los instintos que no se desahogan hacia afuera, *se vuelven hacia adentro*, esto es lo que yo llamé *interiorización* del hombre: únicamente con esto se desarrolla en él lo que más tarde se denomina ‘alma’. Todo el mundo interior, originariamente delgado, como encerrado entre dos pieles, fue separándose y creciendo, fue adquiriendo profundidad, anchura, altura, en la medida en que el desahogo del hombre hacia afuera fue quedando inhibido” <sup>417</sup>. No cabe duda de que aquí hay una relación con Freud, aunque no puede afirmarse que esta relación constituya una identificación teórica <sup>418</sup>.

Ahora bien: para Nietzsche, la mala conciencia es un resultado de la represión y el alma un producto de las inhibiciones, pero ¿cómo funciona socialmente esta represión? Nietzsche cree que la mala conciencia se inicia con la represión de la libertad impuesta por los señores que, dominando a una población menos organizada, le quitan una parte de libertad que se vuelve hacia el interior. Hace nacer la culpa con el Estado, al igual que la teoría contractualista, aunque rechaza terminantemente esta última, considerándola fantasiosa: “Quien puede mandar, quien por naturaleza es señor, quien aparece despótico en obras y gustos, ¡qué tiene que ver con contratos! <sup>419</sup>. Conforme a este punto de vista no le es posible hablar de lo justo y de lo injusto, porque “la vida actúa esencialmente, es decir, en sus funciones básicas, ofendiendo, violando, despojando, aniquilando, y no se la puede pensar en absoluto sin ese carácter”. De allí deduce que un orden jurídico sólo puede ser pensado como “medio en la lucha de complejos de poder” y no como un medio “contra toda lucha en general, porque sería contrario a la vida misma” <sup>420</sup>.

Para Nietzsche, la sociedad es un acuerdo de los débiles para contener a los fuertes, a los “superhombres”. De allí que cuando el

<sup>416</sup> *Genealogía*, pp. 99-100

<sup>417</sup> *Idem*, p. 96.

<sup>418</sup> Sobre ello, MARCUSE, H., *Eros y civilización*, pp. 118-121.

<sup>419</sup> *Genealogía*, p. 98.

<sup>420</sup> *Idem*, 86-7.

hombre delinque la sociedad le deja fuera de su protección, deshaciendo el pacto protector <sup>421</sup>. Este concepto parece compaginarse parcialmente con el de Pessina, quien sostenía que la primitiva finalidad de la composición no era la reparación sino la humillación <sup>422</sup>.

La pena es para este filósofo una suerte de acondicionamiento de un reflejo por el dolor, en perpetua lucha contra la humana capacidad de olvido. "Cuando peor ha estado la memoria de la humanidad, tanto más horroroso es el aspecto que ofrecen sus usos; en particular, la destreza de las leyes penales nos revelan cuánto esfuerzo le costaba a la humanidad lograr la victoria contra la capacidad de olvido y mantener *presentes*, a estos instantáneos esclavos de los afectos y de la concupiscencia, unas cuantas exigencias primitivas de la convivencia social" <sup>423</sup>. Termina afirmando que por las penas se llegó a la razón: "Con ayuda de esa especie de memoria se acabó por llegar a la razón" <sup>424</sup>. Es decir que, marchando más allá de Hobbes, que había deducido de la decisión estatal todos los conceptos de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto, Nietzsche extiende el imperio de la decisión estatal a todos los contenidos espirituales <sup>425</sup>.

El vitalismo irracionalista le llevó a enfrentar a Dioniso con Sócrates, a quien atribuye el carácter corruptor de la humanidad, a considerar al Cristianismo como religión para débiles, a afirmar que la democracia es la manía de contar por cabezas, a considerar a la sociedad como la unión de los débiles para sofocar a los fuertes, a ironizar contra el indeterminismo, a afirmar la teoría estoica del eterno retorno, a anunciar el advenimiento de un superhombre dionisiaco, a proclamar que todas las tendencias altruistas son meras inhibiciones brutalmente condicionadas y a reclamar una inversión de los valores, elogiando unos supuestos valores vitales, teñidos de destrucción. La moral nietzscheana no es del todo distinta de la renacentista. No nos dedicaremos aquí a cada uno de estos aspectos, porque sus consecuencias y crítica nos parecen obvias a la luz de lo que venimos exponiendo.

En cuanto a lo que parece el más aceptable de sus conceptos, que es el de la pena, podemos apreciar lo siguiente: es cierto que en el sistema ético de nuestra sociedad hay una serie de inhibiciones innecesarias, que a veces han sido penalmente fortalecidas, como sucede con los múltiples tabúes sexuales que se han penalizado a lo largo de la historia. Pero lo inadmisibles es que Nietzsche quiera reducir toda

<sup>421</sup> Idem, 81-2.

<sup>422</sup> PESSINA, op. cit., I, p. 51.

<sup>423</sup> *Genealogía*, p. 70.

<sup>424</sup> Idem, p. 71.

<sup>425</sup> Cfr. WELZEL, *Naturrecht*, p. 202.

nuestra conciencia moral, todo nuestro respeto al prójimo. a una serie de mecanismos socialmente condicionados por los que nos privamos de nuestra libertad y, consiguientemente, de ser "superhombres". Hay una represión social que es necesaria para la coexistencia y otra que es sobrante e innecesaria. Ésa es la diferencia que Nietzsche pasa totalmente por alto. Su pensamiento parece ser de un individualismo feroz, pero, en realidad, sólo reclama la impunidad para el que tiene la fuerza y el monopolio de la moral y de la verdad, para el que tiene más fuerza.

Cabe tener en cuenta que Nietzsche nunca escribió una obra sistemática, por lo que no puede hablarse propiamente de "una" filosofía nietzscheana, y aunque parezca incoherente, había receptado una gran influencia lombrosiana <sup>426</sup>. No lo es tanto si se tiene en cuenta que durante uno de sus períodos, Nietzsche siente una gran admiración por la ciencia positiva <sup>427</sup>. Tampoco es del todo coherente si tomamos en cuenta que el pensamiento de la pena no retributiva lo toma de Schopenhauer, para quien la sociedad sólo tenía derecho a cuidar de su seguridad <sup>428</sup>.

La pleonexia nietzscheana se traduce en un derecho penal autoritario y arbitrario, en la destrucción del derecho convertido en la sola voluntad del más fuerte. Esto es lo que permite —según Nietzsche— la libertad del fuerte, que es quien tiene derecho a ejercerla. La principal carencia del pensamiento nietzscheano es la falta de reconocimiento de condición humana a todos los integrantes del género. En este filólogo enfermo se produjo un entrecruzamiento de lo más negativo: el determinismo y el evolucionismo con el irracionalismo vitalista, es decir, las fuerzas más oscuras y tenebrosas que envenenaron el pensamiento romántico. La consecuencia penal de esa coincidencia desafortunada puede sintetizarse de esta manera: *el que domina por la fuerza tiene derecho a hacer lo que quiera a sus dominados, porque el que tiene la fuerza tiene el derecho*. Es la consecuencia lógica de la premisa de que partía y tiene en ello un enorme mérito: de todos los que lo pensaron, fue el único que lo dijo. Murió demente.

Uno de los más conocidos juristas nazis, Carl Schmitt, se ocupa de revitalizar la teoría nietzscheana en forma muy concreta, haciendo depender el derecho del acto histórico de ocupación de la tierra. El

<sup>426</sup> Cfr. BAUER, FRITZ, en *Die Deutsche Strafrechtsreform*, München, 1966, pp. 15-6.

<sup>427</sup> Casi simultáneamente escribió *Morgenröte* (1881) y *Die fröhliche Wissenschaft* (1882).

<sup>428</sup> Cfr. BAUER, op. et loc. cit.

derecho dependería todo de este hecho, por lo que también sería una permanente lucha por la ocupación de la tierra, a la que Schmitt parecía mirar con solaz estético<sup>429</sup>. En realidad, lo que sucedía con Schmitt es que creaba este extraño y romántico derecho natural derivado de la ocupación de la tierra y de la lucha consiguiente, para que los designios político-económicos no se viesan obstaculizados por el derecho positivo, hallando un modo de ultrapasarlo.<sup>430</sup>

Cabe advertir que el vitalismo que alienta a estas teorías, termina conduciendo a una suerte de goce estético, o sea, a una actitud estético-pasiva<sup>431</sup>, que no puede ser más mórbida: es el placer de la contemplación de un grandioso y paciente suicidio universal, en el que nuestro derecho penal no sería otra cosa que uno de sus aspectos formalizados o, en el mejor de los supuestos, parte de una brevísima y ocasional tregua parcial. Por otra parte, la absoluta libertad del genio creador es propia del romanticismo del siglo XIX y fue exaltada por Schlegel. Conduce en definitiva también a un esteticismo ético: el genio no sólo es libre en lo artístico, sino también en lo moral, su moral es la del arbitrio creador, la crea y la destruye al infinito, y puede hacerlo porque es el genio creador, libre. Para él nunca valdrá la moral democrática, sino sólo la moral "aristocrática" de los genios<sup>432</sup>.

160. Caminos irracionales menores. Los tropiezos políticos del pensamiento racionalista y de sus falsificaciones hicieron que en el siglo XIX se volviese la vista hacia la edad media y se reivindicasen valores tales como el misticismo. Del mismo modo, se pretendió dejar de lado al hombre y volver la mirada exclusivamente a las comunidades. Ése es el origen del pensamiento corporativista que hará eclosión en nuestro siglo. Andando por el mismo camino se pretendió que el derecho no podía ser una construcción que se cristalizase en una ley, sino que debía emerger espontáneamente del pueblo. La idea de un derecho penal gestado en la tradición, sin la cooperación consciente de un legislador técnico, es absurda. La generación espontánea del derecho —imaginaria de la escuela histórica— es una manifestación de romanticismo jurídico, que coincide incluso con la interpretación de la literatura de la época. "La idea de una tradición que fuera capaz de producir una narración épica larga y unitaria sin la cooperación de un poeta consciente y deliberadamente creador, y que pusiera a cualquiera en condiciones de narrar tal fábula, propiedad comunal del pueblo, de una manera completa y coherente, es completamente absurda"<sup>433</sup>.

Por cierto que de la vida social se habrán de extraer elementos para elaborar la legislación, que el legislador no puede marginarse

<sup>429</sup> SCHMITT, C., *Der Nomos der Erde*, 1950.

<sup>430</sup> BLOCH, ERNST, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt, 1961, pp. 172-3.

<sup>431</sup> Cfr. WELZEL, *Naturrecht*, p. 206.

<sup>432</sup> Cfr. SCIACCA, 445.

<sup>433</sup> HAUSER, ARNOLD, op. cit., I, 216.



totalmente de las valoraciones sociales, pero esos elementos y esas valoraciones, aislados y nebulosos, no son el derecho, lo mismo que la tradición de los episodios históricos no son una canción heroica ni un poema épico <sup>434</sup>.

El irracionalismo romántico pretendió que el derecho, al igual que la obra de arte, son un producto del "se" impersonal, del "das Man", en que quiso hundir al hombre, negando toda importancia a la decisión individual. El historicismo pretende siempre ocultar al grupo de poder, y también ocultarse a sí mismo, como tendencia profundamente conservadora y elitista, tras la máscara de una actitud popular y tradicional.

Esto no significa que el legislador deba desconocer la ética social, porque siempre se legisla para un grupo humano con una cultura determinada, como no puede ser de otro modo, la que hoy, en nuestras sociedades complejas, reconoce tal amplitud y diversidad de pautas, que es sumamente difícil de conceptuar. Pero, de allí a convertir al legislador en un mero receptor pasivo de las pautas que le son dadas, es, ni más ni menos, restarle toda función política.

Una contemporánea concepción cercana al historicismo en el campo penal la tenemos en Manzini, que despreciaba a la filosofía y la pretendía reemplazar por la historia del derecho, pese a que le cabe mejor la calificación de positivista jurídico.

Manifestación extrema del romanticismo jurídico historicista es el "derecho popular", que no sólo fue el *Volkesrecht* nazi, sino también el de otras teorías que propugnan una absoluta espontaneidad del derecho. A ellas —que en todas las épocas tuvieron manifestaciones— contestaba Jhering: "En cuanto a los juristas que participan y ayudan a propalar la idea ilusoria de un derecho popular accesible a cualquier individuo de la ciudad o del campo, y que dicen que la sociedad puede pasarse sin el conocimiento de los jurisconsultos, no puedo aconsejarles otra cosa sino que se metan a zapateros o sastres. Botas y vestidos les enseñarán lo que la jurisprudencia no les hizo aprender, y se convencerán de que el arte más humilde tiene también su parte de técnica, la cual no es otra cosa que el depósito acumulado que vino a ser objetivo de la razón humana, y que, sin embargo, no puede ser aplicada sino por el que se toma la molestia de estudiarla" <sup>435</sup>.

Todas las pretensiones de otorgar a la costumbre el carácter de fuente del derecho penal —y aún de disolver al derecho penal en la costumbre, como lo pretende el pensamiento libertario—, al igual que las invocaciones que la legislación nazi hacía al "sano sentimiento del pueblo", son hijos del mismo pensamiento romántico e historicista.

Estos embates del llamado "derecho popular" o "derecho del pueblo" proceden de antiguo, como enemigos tradicionales del Estado de derecho <sup>436</sup>. Siempre se ha tratado de movimientos conservadores, porque la peor dictadura es la omnipotencia de la costumbre y la tradición.

<sup>434</sup> Idem. 217.

<sup>435</sup> JHERING, *Espíritu*, Madrid, 1909, III, p. 15.

<sup>436</sup> Sobre el *Volksbewegung* de la Restauración, MARCUSE, *Razón y Revolución*, 178-180.

Esta forma de irracionalismo romántico, enemigo tradicional de la filosofía<sup>437</sup>, apela al “entendimiento humano común”, que debe ser siempre su aliado “natural”, porque la argucia de los conservadurismos románticos —sean historicistas o del “derecho popular”— radica en que “la filosofía no puede jamás refutar directamente el entendimiento humano común, porque éste es sordo a su lenguaje. A ella no le es permitido siquiera querer de inmediato rebatirlo, porque el entendimiento humano común es ciego para la esencia de la filosofía”<sup>438</sup>. No puede ser de otra manera, desde que este entendimiento es, precisamente, la forma de ser cotidiana e inauténtica, donde el hombre se siente seguro, amparado por el grupo, hasta que la angustia le impulsa a ser su posibilidad, que, en la medida en que se refugia en el “entendimiento humano común”, no hace otra cosa que negarse y no ser.

Cabe consignar que esta posición no tiene en nuestros días una clara formulación doctrinaria penal, pero persiste en muchos autores, generalmente monografistas, unas veces como un resabio y otras como un producto de gruesa ignorancia filosófica y aun jurídica.

La consecuencia práctica más inmediata que suele tener esta teoría en la actualidad, es que frecuentemente se suele echar mano de ella cuando se quieren agravar penas, ofreciendo el derecho “popular” el mismo fenómeno que en la plástica se conoce como “frontalismo”. El principio de frontalidad plástico es aquel en que la figura aparece deformada por presentar el tórax al espectador. Teóricamente, el “espectador” de este derecho penal “frontalista” que agrava penas sería el pueblo mismo, pero cualquier examen superficial permite observar que la “frontalidad” no es muestra de respeto a este “espectador”, sino que se trata de la obra de un plumífero jurista deformada frontalmente hacia el espectador autócrata o político de turno. No se trata propiamente de una concepción jurídica, sino de un “arte cortesano”, “que es un arte que procura fama y alabanzas, que contiene algo del principio de frontalidad, de dar la cara al observador, a la persona que ha encargado la obra, al señor que debe agrandar y servir”<sup>439</sup>. El autor de un proyecto de agravación irracional de sanciones —de los que hemos conocido a varios en los últimos lustros— que se encubre con el “derecho popular” y el irracionalismo historicista, no quiere agrandar ni a los juristas ni al pueblo, sino al que manda, aunque para eso tenga que engañarlo, es decir, hacerle caer en una forma de pensamiento mágico que le aliena, apelando a un resorte paleopsíquico que hacía creer al cavernícola que con la rupestre imagen de la presa se apoderaba de lo representado en ella. Este frecuente uso contemporáneo

<sup>437</sup> Sobre la anti-filosofía de la escuela historicista, HERNÁNDEZ GIL, *Metodología*, I, 116.

<sup>438</sup> HEIDEGGER, *De la esencia de la verdad*, en apéndice a ASTRADA, CARLOS, *Heidegger, De la analítica ontológica a la dimensión dialéctica*, Bs. As., 1970, p. 200.

<sup>439</sup> HAUSER, ARNOLD, op. cit., I, p. 65.

del pensamiento penal irracionalista y romántico es producto de una politiquería penal cortesana que induce en error a los grupos de poder <sup>440</sup>.

#### V. — AL INFINITO POR EL MATERIALISMO DIALÉCTICO: MARX

161. **Marx.** No es nuestro propósito consignar aquí un panorama de las teorías marxistas —que en el último tiempo se han multiplicado, pretendiendo cada cual ser la más ortodoxa en contenido o en método— sino limitarnos a consignar brevemente cuáles son las principales consecuencias que para nuestros fines tienen los postulados preconizados por el propio Karl Marx. Cabe consignar que hacemos una neta distinción entre este pensamiento y el derecho penal concreto de cualquier país que pretende seguir sus lineamientos, pues aquél es un derecho con sentido político concreto, del que nos ocuparemos en la parte pertinente.

Puede parecer impropio considerar a Marx en el capítulo del romanticismo penal, pero lo cierto es que sus puntos de vista guardan contacto con el mismo y es hijo de la misma época y tradición. El sueño comunista de Marx, en el que el hombre queda totalmente liberado de la alienación, es una actitud romántica que tiene muchas similares y que nos muestra una imagen del hombre típicamente romántica, sin límites, desde que se libera de los que le oprimen ahora y entra en lo que Marx consideraba la verdadera historia. “Por más que se esfuerza en lo contrario, no deja de terminar el marxismo en una utopía social” <sup>441</sup>.

El pensamiento antropológico marxista no quiebra el pensamiento kantiano de que el hombre debe ser considerado como un fin en sí mismo, que no puede ser mediatizado <sup>442</sup>. “Un ser no se considera independiente —afirmaba Marx— si no es dentro de sí mismo cuando su existencia se debe a sí mismo” <sup>443</sup>. En este sentido Marx se adelanta al existencialismo al afirmar que el hombre

<sup>440</sup> V. n. trabajo, *¿Tecnificación policial o pensamiento mágico?* en “Policía, Rosario, abril de 1975, pp. 6-10.

<sup>441</sup> BLOCH, ERNST, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt, 1961, p. 236.

<sup>442</sup> V. *Manuscritos económico-filosóficos*, México, 1973, pp. 112-3; sobre la concepción antropológica de Marx, RODOLFO MONDOLFO, *El Humanismo de Marx*, México, 1973; FROMM, ERICH, *Marx y su concepto del hombre*, estudio preliminar a los *Manuscritos*, cit.; ABBAGNANO, III, 179-183; KOLAKOWSKI, L., *Traktat über die Sterblichkeit der Vernunft*, München, 1967; del mismo, *Der Mensch ohne Alternative*, München, 1967; MONDOLFO, RODOLFO, *Marx y marxismo*, México, 1969.

<sup>443</sup> *Manuscritos*, p. 146.

no tiene naturaleza, pero tiene historia. En la historia, ve al hombre siempre condicionado por las relaciones de producción, pero admite que el hombre puede, a su vez, actuar sobre estas relaciones y transformarlas, transformándose a sí mismo. Aunque es discutible esta absoluta dependencia de la historia respecto de las relaciones de producción, lo cierto es que hoy nadie puede negar la importancia de las mismas. Por otra parte, el hecho de que el hombre puede actuar sobre esas relaciones es incuestionable y hay en ello un fogonazo de "aproximación existencial"<sup>444</sup>, que alejaba el pensamiento de Marx del positivismo materialista, con el que quiso vincularlo Engels, al pretender extender la concepción social de Marx a toda la naturaleza<sup>445</sup>, pretendiendo así construir una metafísica de la naturaleza, que Marx nunca sostuvo. Marx nunca llamó "materialista" a su teoría<sup>446</sup> y repudió expresamente al positivismo monista.

Aunque suele hablarse de Marx y Engels como si se tratase de una misma teoría, en ello hay una confusión enorme, puesto que Engels se preocupó por injertar las teorías de Marx en la ciencia de su tiempo —en el positivismo— con lo que degradó la concepción antropológica de éste y llegó a formular una apreciación que Abbagnano califica de "mística" sobre el destino de la materia, que se aproxima al eterno retorno estoico y nietzscheano<sup>447</sup>.

Marx afirmaba que la condición de la existencia del hombre en la sociedad capitalista es la "alienación" o "enajenación" (*Entfremdung*). Este concepto —que ya había sido usado por Hegel y otros románticos— lo entiende Marx —al igual que éstos— como un producto de la "idolatría". El hombre se encuentra alienado cuando somete su ser a una cosa, cuando se convierte, en términos existenciales, en un "ser-para". La idolatría, de la que la alineación es una de sus formas, en rigor nada tiene que ver con la religión, puesto que Dios nunca puede ser una cosa, y en tal sentido es que la castiga el Antiguo Testamento. Marx tomó este concepto bíblico y con-

<sup>444</sup> SARTRE resalta esta relación, pero también puede verse, ASTRADA, CARLOS, *Heidegger, De la analítica ontológica a la dimensión dialéctica*, Bs. As., 1970; también la importancia concedida por el propio HEIDEGGER al concepto de "alienación" (*Carta sobre el Humanismo*, Bs. As., 1960, pp. 93-4).

<sup>445</sup> Cfr. ABBAGNANO, III, 193-4; GARAUDY, ROGER, *¿Qué es la moral marxista?*, Bs. As., 1964, p. 89; BUBER, MARTÍN, op. cit., p. 50; esta interpretación de ENGELS tiene lugar principalmente en su obra *Anti-Dühring, La subversión de la ciencia por el señor Eugenio Dühring*, Montevideo, 1948.

<sup>446</sup> Cfr. FROMM, op. cit., p. 21.

<sup>447</sup> ABBAGNANO, III, 193.

cibió a la alienación como el sometimiento del hombre al proceso de producción, como la existencia del hombre para la producción, en lugar de ser la producción para el hombre <sup>448</sup>. A partir de estos puntos de vista puede verse claramente que no es más que una tergiversación de su pensamiento pretender buscar en Marx al garante de cualquier totalitarismo, en que el hombre sea para el Estado.

Tampoco puede afirmarse que Marx haya pretendido que el hombre se mueve exclusivamente por el interés de adquirir mayores bienes, porque ésta es justamente una forma de alienación que Marx denunció <sup>449</sup>.

Debido a que Marx hacía depender la historia toda de las relaciones de producción, concluía en que para sacar al hombre de la alienación, debía producirse una radical transformación de las relaciones de producción a través de una transformación social, la que terminaría en el comunismo, esto es, en una sociedad sin clases. El advenimiento del comunismo era algo que Marx deducía como una consecuencia necesaria y explicada por la dialéctica. Este proceso dialéctico se detiene en el comunismo, porque allí terminan las contradicciones sociales. Allí parece que termina la historia —que Marx llama pre-historia— y, en esta utopía romántica del comunismo, en que la función del Estado se reduce hasta desaparecer —punto de contacto del marxismo con el pensamiento libertario— culmina su construcción. A demostrar que el advenimiento del comunismo es una necesidad dialéctica, dedica Marx su más importante trabajo, *Das Kapital*. Pero para llegar a esa sociedad sin clases, Marx sostenía que antes era necesario un período en que el poder fuese detentado por la clase proletaria, es decir, la llamada “dictadura del proletariado”. Marx preveía la llegada del comunismo, con la desaparición del Estado, después de un período autoritario, concepción que le valió el choque frontal con Bakunin. El carácter utópico de este comunismo no es criticable en sí mismo, pues no le falta razón del todo a Kolakowski cuando afirma que “ningún movimiento social pudo prescindir de las utopías y de los mitos”, pero respecto del mismo son válidas las mismas críticas que formuláramos al referirnos a las utopías románticas con motivo de la “ciudad de Dios en la tierra” krausista.

En cuanto al derecho en general, Marx creía que era una superestructura formal que respondía a la clase dominante, es decir, un

<sup>448</sup> MARX, *El Capital*, México, 1959, I, 410. No es del todo correcto el concepto de “enajenación” que da SOLER, *Las palabras de la ley*, p. 29.

<sup>449</sup> V. FROMM, op. cit., p. 15.

condicionamiento de fuerza mediante el cual la clase gobernante oprimía a las dominadas, respecto de lo cual se nota un paralelismo con Jhering <sup>450</sup>, aunque entre ambos no hubo contacto directo <sup>451</sup>. El derecho y el Estado eran para Marx una consecuencia de la lucha de clases.

Por lo que respecta al delito, era concebido por Marx como el resultado de tensiones sociales, en lo que hay un elevado coeficiente de verdad, que hace certera su afirmación de que no debe castigarse el crimen en el individuo, sino “destruir las raíces antisociales del crimen y dar a cada cual el margen social necesario para exteriorizar de un modo social su vida” <sup>452</sup>. Pero Marx sigue adelante y se pierde por los caminos de la utopía, pues al soñar una sociedad sin clases ni tensiones, vaticina también que el delito irá desapareciendo y con ello se harán innecesarios tanto el derecho penal como el Estado. Más adelante veremos el lamentable uso que se ha hecho de estas visiones utópicas de Marx y de su famosa “dictadura del proletariado”, y como, a partir de esta tergiversación, pasa a muy segundo plano el aporte que pudo haber en su pensamiento antropológico, que es casi olvidado, al menos por sus intérpretes oficiales.

<sup>450</sup> Cfr. WELZEL, *Naturrecht*, p. 191

<sup>451</sup> Cfr. PASINI, DINO, *Ensayo sobre Jhering*, Bs. As., 1962, pp. 91-92.

<sup>452</sup> *La Sagrada Familia*, Montevideo, 1958, p. 197.

## CAPÍTULO XI

### EL DERECHO PENAL Y ALGUNAS CORRIENTES DEL PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO

I. — CARACTERIZACIÓN GENERAL: 162. Caracterización general. - II. — EL NEO-ESCOLASTICISMO: 163. Planteamiento general. 164. El pensamiento neo-tomista. - III. — LA TEORÍA DE LAS ESTRUCTURAS LÓGICO-OBJETIVAS: 165. Exposición. 166. Posibilidades y límites de la teoría. - IV. — EL NEO-CRITICISMO PENAL: 167. Planteamiento general. 168. El neo-criticismo en sus principales manifestaciones penales. - V. — EL NEO-POSITIVISMO: 169. El neo-positivismo. - VI. — EL NEO-DEFENSISMO SOCIAL: 170. Caracterización. 171. El neo-defensismo de Marc Ancel. 172. La crítica disyuntiva de Bettiol. 173. El neo-defensismo social de Gramática. - VII. — LA TEORÍA CRÍTICA DE LA SOCIEDAD: 174. Caracterización. 175. Proyecciones penales. - VII. — LAS CORRIENTES EXISTENCIALES: 176. Existencialismo y la antropología existencial de Heidegger. 177. El punto de vista antropológico de Maihofer. 178. Otros pensamientos existencialistas. - IX. — LA ÉTICA MATERIAL: 179. La ética material. - X. — OTRAS CORRIENTES DEL PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO: 180. El impacto tecnológico. 181. El neo-marxismo. 182. La nueva teología.

#### I. — CARACTERIZACIÓN GENERAL

162. Caracterización general. Resulta sumamente difícil caracterizar a la filosofía contemporánea, particularmente porque con demasiada frecuencia se tiene la sensación de que las diversas corrientes se ocupan de cosas también diversas. No nos es posible aquí pasar revista a todos estos puntos de vista, lo que se hace arduo incluso en los trabajos especializados, pero bien podemos decir que en la filosofía de nuestros días se va dando una característica en cierto sentido positiva, frente al panorama bastante desalentador de años anteriores; hay una comunicación entre las distintas posiciones, lo que lleva a algunas aproximaciones fructíferas, que van supe-

rando al menos la sensación de “diálogo de sordos” que brindaba la filosofía contemporánea hasta no hace mucho <sup>1</sup>.

De toda forma, no queremos ni pretendemos ocultar que las sendas que consideramos abiertas hacia el futuro en el capítulo XIII, son resultado de cierta aproximación, que se irá perfilando en la exposición del presente capítulo. Al encastillamiento filosófico ya no le depositan confianza ni los mismos filósofos. La construcción de grandes sistemas universales ha muerto después de la gran construcción “logológica” de Hegel. El camino de la comunicación y —en cierta medida— de la aproximación, parece ser el del futuro, que, por supuesto, no significa ni conciliación ni eclecticismo y menos aún una síntesis, sino más bien parciales simbiosis que resultan naturalmente de la aproximación y la superación de las diferencias de lenguaje que eran sólo producto del aislamiento. Puede decirse que “la filosofía de hoy no se esfuerza por evitar las tensiones retirándose a uno de los polos de tensión, sino que se empeña en pensar sin cese la tensión polar en cuanto tal” <sup>2</sup>.

Lo cierto es que un derecho penal fundado en el jusnaturalismo, encierra una incuestionable petición de principio que no está satisfecha; el camino del positivismo tecnocrático se vislumbra como algo temible; la pura crítica social puede dar lugar a coincidencias de circunstancia, pero carece de toda unidad a la hora de la construcción. Son estos elementos los que tenemos en consideración a la hora de tratar de indicar un camino como posible —sin pretender con ello haberlo transitado ni mucho menos—, lo que preparamos con la crítica que formulamos en este capítulo a las principales corrientes contemporáneas en sus respectivas consecuencias penales. El sentido último —y confesado— de esta crítica, es tratar de mostrar la posibilidad de llegar a una limitación de la potestad legislativa penal partiendo de una ontología jurídica sobre una base antropológica fundamentalmente existencial, que no resulta incompatible con la crítica social no dogmatizada, con las corrientes racionalistas que no desembocan en el jusnaturalismo idealista y que, en lo metodológico, también puede dejar a salvo aportes del neo-empirismo.

<sup>1</sup> Cfr. FERRATER MORA, JOSÉ, *La filosofía actual*, Barcelona, 1973, introducción.

<sup>2</sup> DELFGAAUW, BERNARD, *La filosofía del siglo XX*, trad. de Francisco Carrasquer, Bs. As., 1965, p. 189.



## II. — EL NEO-ESCOLASTICISMO

163. **Planteamiento general.** La más fuerte corriente jusnaturalista de nuestros días es el neo-escolasticismo, a condición de que este juicio se emita desde una posición que no sea férreamente positivista y que, por ende, pretenda que es "jusnaturalismo" cualquier limitación que se le halle a la actividad legiferante.

Es sabido que en la filosofía jurídica de post-guerra ha habido una fuerte reacción anti-positivista, uno de cuyos artífices fue el propio Radbruch<sup>3</sup>, que da un giro en su posición respecto de la pre-guerra<sup>4</sup>, en que Verdross lo había calificado como el "filósofo del relativismo valorativo"<sup>5</sup>. Dentro de esa reacción cabe mencionar a Emil Brunner<sup>6</sup>, siendo de destacar las corrientes abiertamente neo-escolásticas, católicas y protestantes<sup>7</sup>.

La rama más importante del neo-escolasticismo es el neo-tomismo, pero no por ello debe confundírsele con éste, porque lo que los neo-escolásticos pretenden es la restauración de la problemática planteada por los escolásticos, pero a partir de allí las soluciones comienzan a separarse, no sólo porque los neo-escolásticos pueden seguir alguna de las orientaciones escolásticas, sino también porque al acentuar el factor tiempo en la solución concreta planteada a partir de los principios, las soluciones divergen frecuentemente de autor en autor<sup>8</sup>. Como se comprenderá, no nos es posible seguir aquí estos desarrollos en particular, por lo que, puestos a elegir a alguno que sea representativo en cuanto a las consecuencias jurídicas de sus planteamientos, en líneas generales preferimos tomar

<sup>3</sup> RADBRUCH, GUSTAV, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, en "Fest. f. Rudolf Laun"; RAMOS MEJÍA, ENRIQUE, *Gustav Radbruch*, en "La Nación"; 10-XII-78.

<sup>4</sup> V. TJONG, ZONG UK, *Über die Wendung zum Naturrecht bei Gustav Radbruch*, en ARS, 1970, LVI, pp. 245 y ss.

<sup>5</sup> VERDROSS, 324.

<sup>6</sup> BRUNNER, EMIL, *Gerechtigkeit, Eine Lehre von der Grundsetzen der Gesellschaftsordnung*, 1943.

<sup>7</sup> Sobre ello, RECASENS SICHES, op. cit., II, 759 y ss.; VERDROSS, 301 y ss.; para las concepciones jusnaturalistas en la actualidad, con identificación cristiana; BÖCKLE, FRANZ, *Theonomie Autonomie des Menschen. Zur Geschichte der katholischen Naturrechtslehre* (pp. 49 y ss.); MAYER, HELLMUTH, *Zur Naturrechtslehre des Luthertums* (pp. 65 y ss.); OEHLER, Dietrich, *Die Auswirkungen des reformatorisch-calvinistischen Naturrechts im Recht Americas* (pp. 101 y ss.); HRUSCHKA, JOACHIM, *Conscientia erronea und ignorantia bei Thomas von Aquin* (pp. 115 y ss.) todos ellos en "Fest. für Welzel", Berlin, 1974.

<sup>8</sup> Sobre esta característica general del neo-escolasticismo, FERRATER MORA, op. cit., pp. 98-102.

como tal a Johannes Messner, profesor de Viena, de orientación tomista<sup>9</sup>, sin perjuicio de formular consideraciones también respecto de otros planteos neo-tomistas, especialmente el de Maritain.

Maritain parte de la tradición aristotélica que afirma la existencia de una naturaleza humana que da a todos los hombres el mismo grado de dignidad y los mismos derechos. Esto no le lleva a la afirmación de un derecho natural inmutable, fijado de una vez para siempre, sino que entiende que hay un progreso en el conocimiento del derecho natural y que, además, el concreto contenido de utilidad a los “fines existenciales” del hombre —deducido de su naturaleza— debe ser siempre interpretado en relación con el tiempo y el lugar. De este modo, reconoce la posibilidad de un error en la interpretación del derecho natural. De allí que caracterice al derecho natural como el ordenamiento de las relaciones sociales del hombre en vista a sus fines existenciales.

El progreso en el conocimiento del derecho natural es cuestión que ya había planteado Santo Tomás y, por ende, pertenece a la esencia del tomismo. Messner pone el acento en el problema del tiempo, lo que introduce un contenido de relativismo valorativo, o sea, un contenido variable del derecho natural. Garaudy<sup>10</sup> afirmó que este relativismo dentro de la antropología católica es introducido por la encíclica *Pacem in Terris*, lo que no es del todo exacto, porque si bien la referida encíclica declara que la inmutabilidad de la ley natural es compatible con las contingencias históricas que requieren distintas adaptaciones y con el conocimiento de la misma, que es progresivo en función de que nuestra razón es defectuosa<sup>11</sup>, ello responde a que en toda la tradición tomista la ley no se identifica con el derecho, sino con “cierta razón del derecho”<sup>12</sup>. Casi con las mismas consideraciones que Messner, Suárez afirmaba que los principios eran inmutables, pero que la variabilidad de la materia social hacía variables los preceptos<sup>13</sup>. Maritain, por su parte, afirma que la dinámica de la transformación social obedece precisamente a la represión de los “inalienables” derechos del hombre. “En el origen de la secreta incitación —afirma— que impele constantemente a las sociedades a transformarse, existe el hecho

<sup>9</sup> MESSNER, JOHANNES, *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, Madrid, 1967 (trad. de José Luis Barrios Sevilla, José Ma. Rodríguez Paniagua y Juan Enrique Díez).

<sup>10</sup> GARAUDY, R., op. cit., p. 49.

<sup>11</sup> Sobre ello, BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Naturalidad e historicidad de los derechos del hombre*, en LL, 16-X-74.

<sup>12</sup> *Suma Teol.*, II-II, q. 57, a. 1, ad. Z.

<sup>13</sup> RECASENS SICHES, *La filosofía del derecho de Francisco Suárez*, México, 1947; VERDROSS, 151 y ss.

de que el hombre posee derechos inalienables, y que, sin embargo, la posibilidad de reivindicar justamente el ejercicio de tales o cuales de entre ellos, le es vedada por lo que subsiste de inhumano en cada época, en las estructuras sociales”<sup>14</sup>. Este planteo puede conducir a una utopía capaz de crear el reino de Dios en la Tierra: la dinámica debería detenerse en una sociedad perfecta en que no se negase o retacease al hombre el ejercicio de ninguno de sus derechos naturales. Maritain evita esta consecuencia mediante su ley de “doble progreso contrario”, según la cual toda época histórica estaría atravesada por una doble corriente: una ascendente, hacia el perfeccionamiento del hombre como persona, y una descendente, que lo vuelca hacia la satisfacción de sus egoísmos y pasiones<sup>15</sup>.

Conforme al planteamiento de Messner, siguiendo los principios tomistas, el bien consiste en la perfección, y la recta razón es la norma objetiva de moralidad que dirige la voluntad hacia el bien de la propia persona, pues “es la razón la que acomoda los instintos específicamente humanos a los fines trazados en ellos y de este modo hace coincidir la conducta humana con la verdadera realidad de la naturaleza del hombre”<sup>16</sup>.

Cabe consignar que el neo-tomismo se ha erigido en celoso defensor de la persona humana<sup>17</sup>. Basta ver el ardor con que en tiempos difíciles para los derechos humanos defendía Maritain una declaración universal de los mismos, para contagiarse el entusiasmo, pero ello no obsta a que reconozcamos como insuficiente la fundamentación que para los mismos pretendía hallar Maritain<sup>18</sup>. Si bien es cierto que el neo-tomismo —como corresponde a su esencia— sustenta el objetivismo valorativo, admite las variaciones gnoseológicas en la captación de los valores, cuestión que ya admitían los escolásticos medievales, cuando al tratar de la ley natural admitían la variabilidad en el conocimiento de los preceptos; lamentablemente, un mal uso de este concepto ha dado lugar a una interpretación patológica del tomismo —en modo alguno fomentada por la Iglesia— que maneja antojadizamente conceptos tales como el “bien común”. El “bien común”, en boca de políticos, ha pasado a ser una muletilla con la que se pretende reemplazar a la “razón de Estado” y justificar cualquier atropello restrictivo o cancelatorio de derechos, alegando el relativismo histórico impuesto por la con-

<sup>14</sup> MARITAIN, op. cit., pp. 28-9.

<sup>15</sup> MARITAIN, *Filosofía de la Historia*, pp. 51-4.

<sup>16</sup> MESSNER, p. 37.

<sup>17</sup> Cfr. VERDROSS, 388-9.

<sup>18</sup> MARITAIN, op. cit., 114.

sulta concreta al bien común. Por otro lado, los políticos suelen esgrimir el objetivismo valorativo que viene implicado en la afirmación de la inmutabilidad de los principios como argumento reforzador de la antojadiza captación del bien común por parte del que detenta el poder. Uno y otro —“bien común” y “principios eternos”— se convierten dentro del empleo oportunista y arbitrario en elementos autoritarios que cierran el discurso, es decir, que cierran toda posibilidad de discusión. No cabe duda que toda doctrina que postule el objetivismo valorativo está inclinada a rechazar toda prueba en contra que surja del relativismo fáctico, con el argumento de que el relativismo depende del imperfecto conocimiento de los valores por parte de quien disiente de la valoración del que le quiere dar carácter universal<sup>19</sup>, pero cuando se olvida precisamente que esto da margen a un cierto relativismo, cada quien sostendrá que “consulta la razón” o que su “uso de la razón” es más recto que el del otro.

La rotunda afirmación de que el orden jurídico es una parte del orden moral puede llevar a una confusión de ambos órdenes si no se entiende adecuadamente lo que el tomismo pretende con esa afirmación. Dentro de la concepción neo-tomista el orden jurídico se subalterna al moral, puesto que cualquier acto se inserta en el orden moral, en tanto que unos pocos lo hacen en el orden jurídico. Cathrein —que fue uno de los primeros neo-tomistas (o quizá neo-suarista) jurídicos— afirmaba, no obstante, que la moral persigue el perfeccionamiento de la persona y el derecho sólo la posibilitación del mismo<sup>20</sup>, lo que se remonta a San Agustín más que a Santo Tomás y viene deducido de que la concepción antropológica tomista requiere un ámbito libre de coacción. En este sentido, el neo-tomismo lleva razón al reivindicar para la escolástica el respeto a la persona humana, que parte de la responsabilidad individual, pero no lo creemos del todo suficiente para llegar a una demostración mostrable de la existencia necesaria de ese ámbito. Prueba de ello es que cuando Maritain se halla frente al problema de los derechos humanos, con toda sinceridad —por otra parte encomiable— confiesa que, dada la imposibilidad de un acuerdo teórico, sólo resta una “ideología práctica”<sup>21</sup>.

Después de proponer esta “ideología práctica”, Maritain quedó

<sup>19</sup> Por ej., COPLESTON, op. cit., 350-1.

<sup>20</sup> CATHREIN, VIKTOR, *Filosofía del derecho. El Derecho Natural y el positivo*, Madrid, 1950, pp. 272 y ss.

<sup>21</sup> MARITAIN, 21-2; 112.

librado a su "buen sentido". Por supuesto que su "buen sentido" era superior al de Ferri, que en 1924 también predicaba que la defensa social era una "obra práctica" del legislador y del juez del crimen <sup>22</sup>.

Cabe observar que el neo-tomismo recibió un vigoroso impulso con la encíclica *Rerum Novarum* de 1891, y antes, con la Encíclica *Aeterni Patris*, ambas de León XIII, que recomendaban el camino tomista en filosofía y teología. León XIII recomendó este camino, como sendero más lógico en ese momento, en que era menester oponer una filosofía a la supuesta anti-filosofía del positivismo, emergencia en la que las elaboraciones tomistas eran las más útiles por ser las más logradas. Esta recomendación tuvo pronto su más fuerte respuesta en los estudios filosóficos llevados a cabo en Lovaina, a partir de la fundación del Instituto por el cardenal Mercier. No obstante, no debe creerse que el neo-tomismo sea "filosofía oficial" de la Iglesia Católica. En 1966, Pablo VI, recomendó el estudio del ideario de Duns Escoto, por ejemplo, exaltando el valor y modernidad de su pensamiento, en la carta apostólica *Alma Parens*. Por otra parte, debe quedar claro que la Iglesia Católica no obliga a seguir ninguna línea filosófica salvo a los profesores de los Seminarios eclesiásticos (Canon 1366, inc. 2°).

Por otra parte, si bien es cierto que el neo-tomismo se maneja con una concepción teológica del hombre, no es menos cierto que no por ello cae en un "fideísmo" puro, del tipo de algunas concepciones antropológicas protestantes (Karl Barth, por ejemplo) o retrógradas (De Maistre), que derivan el derecho natural sólo de la revelación, fundados en la incapacidad del hombre para descubrir valores, debido a su *natura corrupta*.

Por nuestra parte, tenemos a la fe como una vía de acceso a la verdad, pero eso no nos puede hacer olvidar que la fe lleva a la verdad de un modo enteramente diferente al empírico-racional. La verdad obtenida por la fe no es "mostrable" y, por ende, no es asimilable a las obtenidas por vía empírico-racional. Si se pretende asimilar ambos, lo que en definitiva se logra es la negación de la concepción teológica, porque siendo ésta de mayor jerarquía, termina desplazando a las otras, y, por fin, cancelando la autonomía ética, el mérito y el pecado. La única manera de salvar la concepción teológica del hombre para no destruirlo en un objetivismo valorativo insensato, es reconociéndole su jerarquía de verdad de naturaleza enteramente diferente de la filosófica.

Debemos volver a recordar a Max Scheler, quien decía que había tres diferentes ideas del hombre: la naturalística, la filosófica y la teológica. Para la primera es un chimpancé complicado, para las segundas tiene alguna característica distintiva y para la tercera es un ente con fin ultra-terreno. Creemos que se puede "mostrar" que las concepciones

<sup>22</sup> Cit. por LYRA, op. cit., p. 46.

naturalista y filosófica —o al menos ciertas concepciones naturalísticas y ciertas concepciones filosóficas— no se oponen, a condición de ser manejadas adecuadamente. En cuanto a la concepción teológica, no podemos proceder a una “mostración” de ella, porque se trata de una idea adquirida por la fe, pero no vemos razón alguna para que la idea teológica deba negar la filosófica. Por el contrario, nos parece que desde el ángulo de la primera, una antropología filosófica puede calificarse de “preparatoria” Una antropología filosófica bien entendida no decide —ni puede decidir nada— “sobre si el hombre en el sentido teológico-metafísico es un ser sólo del aquende o si es un ser del más allá”<sup>23</sup>. Cuáles sean las características de señalización del hombre que conforman la idea filosófica del mismo, es cuestión de que nos ocuparemos más adelante.

Desde el ángulo de una antropología teológica, puede objetarse la idea del hombre que luego expondremos, por considerarla defectuosa en el sentido de incompleta. La observación es correcta, puesto que, vista desde la perspectiva de la antropología teológica, la antropología filosófica no puede ser otra cosa que una antropología preparatoria, es decir, una antropología que llega hasta lo mostrable, a la que siempre le faltará la parte de verdad procedente de la fe. Como el derecho penal tiene que regular una co-existencia entre sujetos que tienen distintos contenidos de fe, la antropología fundamentadora del mismo debe detenerse necesariamente en las puertas de toda concepción que trascienda lo mostrable, es decir, en los límites de todo lo que es susceptible de “descubrimiento” que es lo que se “deja descubrir” (*entdecken*)<sup>24</sup>. Toda antropología fundamentadora del derecho penal debe detenerse en los límites de lo que es mostrable por el “Yo” al “Tú”, porque es la única forma de establecer un acuerdo entre el “Yo” y el “Tú” sobre el que basar una forma de co-existencia.

164. El penalismo neo-tomista. El neo-tomismo, como todas las corrientes filosóficas importantes, no tardó en reflejarse en los planteamientos penales y, en la época en que el positivismo se enseñoreaba en nuestra ciencia, cumplió en la misma la exacta función que tuvo en la filosofía general: enfrentarse al mismo.

La más importante obra penal neo-tomista que enfrentó los planteamientos positivistas en Alemania fue la de Viktor Cathrein, especialmente a la versión más corriente en ese país, es decir, la de von Liszt.

Las observaciones de Cathrein a la construcción de Liszt tienen validez en nuestros días, al menos en su mayor parte. Cathrein defiende la autodeterminación del hombre frente al planteamiento determinista —o indiferentista frente al problema— hecho por Liszt.

<sup>23</sup> HEIDEGGER, *Carta sobre el humanismo*, p. 105.

<sup>24</sup> V. HEIDEGGER, *El final de la filosofía y la tarea del pensar*, en “Kierkegaard vivo”, Madrid, 1966, pp. 130 y ss.

“Entiéndese por imputación —decía— el juicio en virtud del cual atribuimos una acción determinada, con sus buenas o malas cualidades y consecuencias, a un hombre como su propio autor, poniéndola en cierto modo a su cuenta. Si la acción es buena, envuelve la imputación una aprobación, una alabanza; si por el contrario es mala, una desaprobación, una censura”<sup>25</sup>. Reafirmaba Cathrein que no podía haber punición sin culpabilidad, concibiendo a la culpabilidad como toda transgresión a un deber, “toda transgresión voluntaria de una ley o de un mandato, o, lo que es lo mismo, toda acción libre contra derecho”<sup>26</sup>. Le criticaba a Liszt su fórmula de la motivación normal para fundamentar la imputabilidad, afirmando que si el hombre está determinado al delito, poco importa que la motivación sea o no normal. En esto venía a coincidir con la observación que también había formulado Binding al positivismo lisztiano. El determinismo, “si quiere permanecer consecuente consigo mismo, tiene que negar toda culpa propiamente dicha, y echar por tierra el muro de separación entre el crimen y la locura”<sup>27</sup>. Esta es la coherencia que Cathrein no hallará en ninguno de los autores de su país, pues dentro del positivismo penal sólo Dorado Montero se animó a eliminar la responsabilidad, reconociendo con ello la contradicción de los restantes positivistas. De toda forma, cabe reconocer que en la misma Alemania, Lilienthal, allanó la asimilación de ambas categorías, desplazando a la imputabilidad del delito y llevándola a la “sanción”.

Cathrein destacaba adecuadamente que la imputación finca en la intención y, aunque manejaba los conceptos dogmáticos en forma imperfecta, queda claro que en cuanto al problema de la causalidad adelantaba el criterio que predomina actualmente, según el cual la única limitación a la relevancia penal de la causalidad se halla en la voluntad misma, rechazando las teorías limitativas de la causalidad imperantes en su tiempo<sup>28</sup>.

En cuanto a la pena, con argumentos tomistas, la fundaba en el “bien público”: “El fin de la imposición del castigo es la reparación y la seguridad del orden jurídico culpablemente perturbado”<sup>29</sup>.

Otro neo-tomista destacado en el derecho penal, fue el sacerdote agustino Jerónimo Montes. En España Montes siguió por parecido

<sup>25</sup> CATHREIN, VIKTOR, *Principios fundamentales del derecho penal. Estudio filosófico-jurídico*, trad. de José M. S. de Tejada, Barcelona, 1911, p. 102.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 141.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 148.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, p. 171 y ss.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 204.

camino la prédica contra el positivismo y, especialmente, contra la idea del determinismo en el derecho penal. "Sin libertad —escribió— no puede hablarse de moral ni de derecho. La ciencia que trate de estudiar el derecho sin aquella base, podrá llamarse como se quiera, menos ciencia jurídica. Sin libertad, el derecho penal ni es derecho ni es penal, porque desaparece su objeto propio al desaparecer toda idea de imputabilidad y responsabilidad, de culpa y de pena; y si se quieren conservar estas denominaciones, será con una idea muy distinta de la que han tenido hasta hoy: de todas maneras, las ideas que estos nombres representan desaparecen. Sin libertad, no hay acciones buenas ni malas, ni mérito ni demérito, ni virtudes ni vicios; todo da igual, todo se viene abajo, como se viene abajo el edificio si se destruyen los cimientos en que se apoya"<sup>30</sup>.

### III.—LA TEORÍA DE LAS ESTRUCTURAS LÓGICO-OBJETIVAS

165. **Exposición.** Esta teoría se halla encuadrada dentro del movimiento que en la post-guerra tendió a buscar limitaciones a la actividad del legislador, basándose en la "naturaleza de las cosas". La apelación a la "naturaleza de las cosas", a diferencia del jusnaturalismo anterior, no trata de limitar la actividad del legislador partiendo de una vinculación del mismo con una imagen del hombre, que lo considera con una cierta naturaleza determinada, y a partir de la cual deduce el "qué" y el "cómo" del derecho, sino a partir de la naturaleza del objeto con el que el legislador se vincula<sup>31</sup>. Se trata, de toda forma, de una reacción anti-positivista jurídica, que responde a la problemática que dejaba planteada la guerra y sus precedentes más inmediatos, esto es, los regímenes autoritarios de pre-guerra. No nos corresponde hacer aquí un análisis detallado de este movimiento y de la diversa gama de variantes que registra, lo que es materia propia de la filosofía jurídica.

Dentro de este movimiento cabe mencionar en primer término al propio Radbruch<sup>32</sup>, y también a Maihofer<sup>33</sup>, Stratenwerth<sup>34</sup>, Larenz<sup>35</sup>,

<sup>30</sup> MONTES, JERÓNIMO, op. cit., I, p. 23.

<sup>31</sup> Cfr. CEREZO MIR, op. cit.

<sup>32</sup> RADBRUCH, op. et loc. cit.

<sup>33</sup> MAIHOFFER, WERNER, *Recht und Sein*, Frankfurt, 1954; *Naturrecht als Existenzrecht*, Frankfurt, 1963.

<sup>34</sup> STRATENWERTH, GÜNTHER, *Die rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, Tübingen, 1957.

<sup>35</sup> LARENZ, KARL, en "Fest. f. Nikisch", 1958, pp. 285 y ss.



Ballweg<sup>36</sup>, Fechner<sup>37</sup>, Schambeck<sup>38</sup> y otros<sup>39</sup>, aunque, por supuesto, también tenemos que incluir en ella al propio Welzel y, por consiguiente, a la teoría de las estructuras lógico-objetivas, que es una de las manifestaciones de la "naturaleza de las cosas". No obstante, cabe formular algunas observaciones antes de incluir esta posición en forma indiscriminada dentro del anterior movimiento mencionado. En principio, hay autores que consideran que la apelación a la "naturaleza de las cosas", que se remonta a Montesquieu y aún a muchos siglos antes, representa un "jusnaturalismo de tono menor"<sup>40</sup>, en tanto que otros lo consideran decididamente jusnaturalista<sup>41</sup>. En estos juicios hay un fondo parcial de verdad, cuya dimensión depende ineludiblemente de la concreta aplicación que del principio se haga. Partiendo de que la vinculación que el mismo establece lo es entre el legislador y el objeto de su regulación, no cabe duda de que el más importante —y en el fondo como objeto de regulación único— objeto regulable es la conducta humana, que pertenece al hombre y que demanda un cierto sentido antropológico, lo que hace que la diferencia entre esta teoría o grupo de teorías y el jusnaturalismo frecuentemente sea de grado. En algunas de sus manifestaciones, no nos cabe duda de que se convierte en un jusnaturalismo; en otras, no podemos afirmar lo mismo, al menos en la medida

<sup>36</sup> BALLWEG, OTTMAR, *Zu einer Lehre von der Natur der Sache*, Basel, 1960.

<sup>37</sup> FECHNER, ERICH, *Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1956; *Rechtsphilosophie, Soziologie und Metaphysik des Rechts*, Tübingen, 1962.

<sup>38</sup> SCHAMBECK, H., *Der Begriff der "Natur der Sache"*, Wien, 1964.

<sup>39</sup> Exposiciones de conjunto en GARZÓN VALDEZ, E., op. cit.; ENGISCH, K., op. cit., pp. 232 yss.; RECASENS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*, México, 1971, pp. 192-324. También: BOCKELMANN, PAUL, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen, 1957, pp. 151 y ss.; KAUFMANN, ARMIN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, pp. 19 y ss.; MAHOFER, WERNER, *Droit Naturel et nature des choses*, en "ARSP", 233, LI-1965; STONE, JULIUS, *The "Nature or things" on the way of Positivismus?*, en "ARSP", 145, L-1964; GARZÓN VALDEZ, *Über das Verhältnis zwischen dem rechtlichen Sollen und dem Sein*, en "RSP", 299, LI-1965; DIETER, LERNER, *Die Verbindung von Sein und Sollen als Grundproblem der normativen Kraft der "Natur der Sache"*, en "ARSP", 405, L-1964; TAMMELO, ILMAR, *The "Natur of things" and the objective Import of value judgements*, en "ARSP", 259, LV-1969; KAUFMANN, ARTHUR, *Analogie und Natur des Sache*, Karlsruhe, 1965; del mismo, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, 1967; BARATTA, ALESSANDRO, *Gedanken zu einer dialektischen Lehre von der Natur der Sache*, en "Gedächtnisschrift für G. Radbruch", Göttingen, 1968, pp. 173-181; del mismo, *Juristische Analogie und Natur der Sache*, en "Fest. f. Erik Wolf", Frankfurt, 1972, 137-161; CEREZO MIR, *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, en "Revista General de Legislación y jurisprudencia", Madrid, 1961, pp. 72-100; DANIELSEN, RAÚL V., *Límites a la actividad legislativa del legislador procesal. La excarcelación*, en LL, 136-1327; RAMOS MEJÍA, ENRIQUE, *Reflexiones en torno de la acción delictuosa*, en LL, 128-1152.

<sup>40</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *¿Qué queda del derecho natural?*, Bs. As., 1967.

<sup>41</sup> Así, GARZÓN VALDEZ, ENGISCH, RECASENS SICHES, etc.

en que por tal entendamos un derecho ideal superior al escrito. Varios son los autores que se enlistan o refieren a esta corriente aunque rechazan el jusnaturalismo en sentido idealista <sup>42</sup>. Lo que cabe dejar sentado es que la teoría de las estructuras lógico-objetivas, enunciada por Welzel, es una apelación a la "naturaleza de las cosas", pero sin que ello implique un jusnaturalismo idealista <sup>43</sup>. En síntesis, debe quedar claro que algunas de las corrientes que acuden a la "naturaleza de las cosas" son jusnaturalistas, pero no lo es la teoría de las estructuras lógico-objetivas, salvo en el sentido de los positivistas jurídicos extremos, que consideran jusnaturalismo a toda limitación al poder del legislador.

La denominación de la teoría en alemán es *Sachlogische Strukturen*, lo que se ha traducido como "estructuras lógico-concretas" o "lógico-objetivas" (*Sache*, cosa). Gimbernát Ordeig las ha llamado también "lógico-reales", aunque aclara que "como real tiene en castellano un significado equívoco (realidad y cosa), habrá que tener en cuenta que, en este caso, hay que tomar la expresión en el segundo sentido: lógico-real hace referencia a la lógica de las cosas" <sup>44</sup>. Cousiño MacIver observa que la traducción literal podría ser "estructura lógica de las cosas" <sup>45</sup>.

La teoría de las estructuras lógico-objetivas, cuya paternidad corresponde a Welzel, puede sintetizarse de la siguiente manera:

a) Partiendo de que ni el conocimiento ni el método crean al objeto, *tampoco lo crea el juicio de valor*, y ni siquiera lo modifica.

b) *La valoración debe respetar la estructura del "ser" del objeto que valora*, pues el desconocimiento de esta estructura hará que la valoración recaiga sobre un objeto distinto o en el vacío.

c) Conforme a ello, se llaman estructuras "lógico-objetivas" a las que vinculan al legislador con el objeto que desvalora: la relación no puede alterar el "ser" del objeto con el que se relaciona, porque de lo contrario se relacionará con otro objeto.

<sup>42</sup> WELZEL, DUGUIT, CAHN, ENGISCH, TAMMELÓ (Cfr. RECASENS SICHES, op. cit., p. 309).

<sup>43</sup> WELZEL, *Naturrecht*, cit.; *Naturrecht und Rechtspositivismus*, en "Fest. f. Niedermeyer", Göttingen, 1953 (trad. de Garzón Valdez, en *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Córdoba, 1962); *Das Rechts als Gemeinschaftsordnung. Eileitung zur Rechtsphilosophie*, en "Fest. f. Heinrich Henkel", Berlín, 1974, pp. 11 y ss.

<sup>44</sup> GIMBERNÁT ORDEIG, ENRIQUE, en nota a la traducción de Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1966, 146.

<sup>45</sup> COUSIÑO MACIVER, I. p. 51.

d) ¿Qué sucede cuando el legislador desconoce la estructura lógico-objetiva? En la generalidad de los casos, la legislación será imperfecta, fragmentaria, con lagunas, pero no por ello dejará de ser válida (la valoración sigue siendo tal aunque recaiga sobre un objeto diferente: sólo que valora un objeto distinto del que mienta).

e) ¿Hay algún supuesto en que este desconocimiento invalide la norma? Tal sucede cuando el legislador desconoce la estructura que lo vincula a la persona humana, es decir, al concepto de "hombre" como "persona", o sea, como ente responsable y capaz de autodeterminación. Es una antigua afirmación de muchas corrientes filosóficas —y sobre la que insistió el kantismo— que no puede considerarse sometido al *deber ser* a quien no es capaz de autodeterminación. "La piedra que cae impulsada por la gravedad, el rayo que se precipita a tierra sujeto al imperio indomeñable de las leyes físicas que gobiernan la electricidad, se encuentran excluidos de los principios éticos"<sup>46</sup>.

Es así que la teoría de las estructuras lógico-objetivas no viene a postular un jusnaturalismo idealista<sup>47</sup>, sino a limitar en cierta medida la función legislativa, la potestad represiva. De allí que se haya hablado de un "derecho natural negativo"<sup>48</sup>, por más que sus sostenedores consideran al derecho natural como una ideología<sup>49</sup>. Lo que de la teoría puede extraerse no es otra cosa que una limitación a la potestad represiva y ningún criterio u orientación que pretenda un derecho natural en sentido idealista. En este sentido, dice con razón Welzel, "quien quiera consuelo que vaya al convento"<sup>50</sup>.

El origen de esta teoría está suficientemente esclarecido en la actualidad, no obstante lo cual se sigue repitiendo como artículo de fe que Welzel lo fundó en la filosofía de Nicolai Hartmann (y con ello se pretende que también la teoría finalista de la acción

<sup>46</sup> BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, FRANCISCO, *Derecho, libertad y justicia*, Santa Fe, 1964, pp. 21-22.

<sup>47</sup> Los desarrollos de la teoría que formulan WELZEL y STRATENWERTH no coinciden completamente. Sobre ello, GARZÓN VALDEZ, op. cit., T. I y Tjong, ZONG UK, *Der Ursprung und die philosophische Grundlage der Lehre von den "sachlogischen Strukturen" im Strafrecht*, en "ARSP" LIV - 1968, 411 y ss.

<sup>48</sup> MOOR, JULIUS, cit., por ENGISCH, *Auf der Suche...*, p. 240.

<sup>49</sup> Cfr. WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1962, pp. 242 y ss.

<sup>50</sup> Así WELZEL, parafraseando a Max Weber, en *Naturrecht und Rechtspositivismus*, cit.

se funda en la misma filosofía). Esto acontece desde que Engisch señalara a Hartmann como garante de la teoría finalista de la acción<sup>51</sup>. Welzel respondió a esto hace bastante tiempo<sup>52</sup>, declarando que su concepto final de acción lo tomó de la llamada “psicología del pensamiento”, y especialmente de Hönigswald<sup>53</sup>. El origen de la teoría y su fundamento filosófico han sido inteligentemente analizados por Tjong<sup>54</sup>, rastreando las indicaciones hechas por Welzel.

166. Posibilidades y límites de la teoría. Cabe que nos preguntemos cuáles son las posibilidades y limitaciones de la teoría de las estructuras lógico-objetivas para superar el dilema “positivismo-jusnaturalismo”. En último análisis, “positivismo-jusnaturalismo” es —al menos muy frecuentemente— un enfrentamiento de valores, que como tales no son verificables. La teoría de las estructuras lógico-objetivas no puede hacer más que sentar algunas premisas generales negativas en cuanto a los límites de la ley positiva, pero esto constituye ya una ventaja innegable<sup>55</sup> frente a ideologías alucinadas, como el jusnaturalismo de Dietze.

Creemos que esta teoría deja sentados, de modo incommovible, algunos puntos de partida firmes:

a) *El derecho no es el único orden del universo.* El universo no es un caos en que el orden jurídico sea el único. Hay otros órdenes que también son tales y que no pueden ser indiferentes para el derecho. En principio, hay un orden del mundo físico<sup>56</sup> que el derecho no puede rebasar. Cualquier pretensión en contrario sería una caricatura absurda. *El derecho no puede alterar el orden físico* (ni exigir lo físicamente imposible)<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> ENGISCH, K., *Der finale Handlungsbegriff*, en “Kohlrausch Fest.”, pp 141 y ss.; similar criterio, WÜRTEMBERGER, TH., *Die geistige Situation der Deutschen Strafrechtswissenschaft*, 1959, p. 6; ROXIN, CLAUS, *Täterschaft und Täterschaft*, 1967, p. 15; DEL ROSAL, 564 (a).

<sup>52</sup> WELZEL, D.n.B., 1961, p. IX.

<sup>53</sup> HÖNIGSWALD, R., *Die Grundlagen der Denkpsychologie*, 1925 (hay una reimpression de esta edición, Darmstadt, 1965).

<sup>54</sup> TJONG, ZONG UK, op. cit.

<sup>55</sup> Curiosamente vió en esto DEL ROSAL un inconveniente de la teoría (p. 564, 10).

<sup>56</sup> Esto lo reconoce ya el positivismo y aún antes (Cfr. ENGISCH, op. cit., p. 239).

<sup>57</sup> El Digesto rezaba *Ultra posse nemo obligatur* y *Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi potest* (Cfr. ENGISCH, op. et loc. cit.). Iguales principios rigen la metodología de JHERING (*Geist*, cit.).

b) *El legislador permanece vinculado a la estructura óptica del objeto desvalorado.* El desconocimiento de estas estructuras traerá aparejado que la ley no logre su objetivo, pero no la invalidará, salvo que se trate del desconocimiento del ser humano como persona (ente responsable, ente capaz de autodeterminación), porque no es posible formular imperativo alguno sino a personas.

c) *El derecho suple la pérdida de la seguridad de respuesta.* El hombre carece de la seguridad de respuesta del animal y requiere, en su reemplazo, un orden coactivo<sup>58</sup>. Este orden coactivo es el derecho que *aspira a ser un mínimo de ética*, o sea, a que sus valoraciones sean internalizadas o introyectadas por los hombres.

La concepción del hombre como un ser que ha perdido su seguridad de respuesta en el curso filogenético no es una aventura del pensamiento<sup>59</sup>, como tampoco lo es la necesidad que tiene el hombre de un cierto orden coactivo y el papel que el derecho desempeña a este respecto. Más bien es una visión del "fenómeno humano" que cabría calificar casi de "rudimentaria". Esta necesidad la ha puesto de manifiesto explícitamente y en forma harto clara Welzel en uno de sus trabajos póstumos, en el que caracteriza al derecho como un valor "frustrado", en el sentido de que es un orden, pero no ideal, sino impuesto por una necesidad, que es la de evitar el caos del *bellum omnium contra omnes*, y en el que Welzel no ve simplemente un anárquico golpearse mutuamente, sino el imperio de la arbitrariedad dada por la sola fuerza, tal como lo pinta cuando en ese trabajo "echa una ojeada" al caos y para ello acude a la imagen de un campo de concentración en las postrimerías de la guerra<sup>60</sup>.

Por otra parte, cualquiera sea el grupo de poder dominante, siempre que un grupo de poder impone ciertos valores jurídicos, aspira a que ellos lleguen a ser valores éticos individuales. Aparte de ser ésta una verdad histórica, negarla *implica reducir el derecho al estudio sociológico de la arbitrariedad del detentador de la fuerza*.

De la aspiración ética del derecho, o sea, de la pretensión —por parte del grupo de poder— de que sus valores sean internalizados o introyectados, surge la necesidad de que esas valoraciones

<sup>58</sup> Cfr. WELZEL, *Gesetz und Gewissen*, en "Hundert Jahre Rechtsleben", T. I, Karlsruhe, 1960 (trad. de Garzón Valdez en *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, cit.).

<sup>59</sup> Sobre esto CASSIRER, ERNST, *Antropología filosófica. Introducción a una filosofía de la cultura* (trad. de Eugenio Imaz), México, 1963.

<sup>60</sup> WELZEL, *Recht und Sittlichkeit*, en "Fest. f. Schaffastein", Göttingen, 1975.

no sean contradictorias, o sea, que no violen los postulados de las ciencias formales, pues *no puede pretenderse que alguien comprenda (internalice) lo que no puede entender*. Luego, *la no-contradicción es un requisito de validez de la ley*.

Hay contradicciones legales que tienen su remedio dentro del mismo sistema, como es el caso de las leyes inconstitucionales. No obstante, en el supuesto de contradicción normativa de normas de igual jerarquía puede plantearse el problema. A nuestro entender, en el campo penal éste debería resolverse por la *invalidez de la ley menos benigna* y la consiguiente validez de la ley más benigna. Recordemos que hay una corriente de pensamiento que divide en dos aspectos el principio del "Estado de Derecho": uno *formal*, que depende del sometimiento de la autoridad a la ley, y otro *material*, que depende de la racionalidad de la actividad legislativa en sí<sup>61</sup>.

En síntesis, estimamos que de esta teoría surge, asentada sobre un razonamiento científico, la *invalidez de las leyes* que pretendan: a) *alterar el orden físico*; b) *exigir lo físicamente imposible*; c) *desconocer al hombre como persona*; d) *establecer valoraciones en forma contradictoria*.

Por otra parte, *el desconocimiento de la estructura óptica del objeto hará ineficaz (aunque no quitará validez) a la ley*.

Por magras que parezcan las consecuencias, entendemos que representan una base cierta<sup>62</sup>, lo que ya es bastante frente a la indefensión positivista.

Creemos que esta teoría es la culminación de una investigación sumamente seria, que, por cierto, demuestra que lo que queda de la historia del derecho natural es la primera y no la segunda parte de la denominación, es decir, la demostración de que el derecho no es cualquier coacción estatal formalizada, pero que de la "natural" no queda nada<sup>63</sup>. No puede ser de otro modo, desde que el derecho natural se funda en la "naturaleza" humana y, a nivel filosófico, no podemos "mostrar" ninguna naturaleza humana en el mismo sentido en que se muestra la naturaleza de una cosa. La búsqueda que estamos realizando, en pos de un fundamento

<sup>61</sup> Cfr. STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, Tübingen, 1958, pp. 59-65; MARX, MICHAEL, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, 1972, pp. 14-15.

<sup>62</sup> De lo humilde de éstas se queja ENGISCH, *op. cit.*, p. 246.

<sup>63</sup> WELZEL, *Naturrecht*, 237.

antropológico para el derecho penal, no nos dará por resultado un "derecho penal natural", sino que nos servirá para distinguir, dentro de los derechos penales positivos, cuáles se encuentran antropológicamente fundados y cuáles no lo están, pero las limitaciones al concepto de derecho, la delimitación de lo que cabe dentro de lo jurídico, básicamente la extraeremos de esta teoría.

Welzel critica todas las concepciones jusnaturalistas idealistas, calificándolas de "ideologías". Creemos que lleva razón en ello. Cuando nosotros investigamos para hallar un derecho penal antropológicamente fundado, no estamos buscando un jusnaturalismo, sino una orientación político-penal y un fundamento metafísico para la interpretación. El derecho penal que no se encuentre fundado antropológicamente, será derecho penal, sólo que lo consideraremos defectuoso en razón de su inidoneidad para cumplir el cometido que le incumbe, esto es, posibilitar la co-existencia. Un cuchillo desafilado, sigue siendo un cuchillo, aunque no sirva como cuchillo. Ahora, resulta claro que si pierde tantos caracteres que queda reducido a un trozo de metal informe, ya no será un cuchillo. La teoría que tratamos nos dice cuándo es cuchillo y cuándo deja de serlo. El fundamento antropológico nos dirá cuándo está afilado y cuándo no sirve para cortar.

Welzel distingue una doctrina ideal y otra existencial del derecho natural<sup>64</sup>. No estamos muy seguros de que ambas denominaciones sean correctas, pero cabe reconocer lo justo de la distinción y la dificultad para hallar denominaciones mejores. No es del todo exacto calificar como "ideal" a la primera corriente, pues en ella se encuentran filosofías "realistas". Tampoco la segunda es "existencial", pues abarca también un jusnaturalismo que emerge del irracionalismo más extremo, y que se toca con el positivismo (*vital* y *existencial* son conceptos diversos).

"Para el derecho natural ideal —dice Welzel— la esencia del hombre se establece a partir de la razón, del logos o de la *ratio*. El hombre es un ser racional y social, un animal *rationale et sociale*. Para el derecho existencial, el hombre no es ante todo un ser racional, sino que está determinado por actos volitivos o afectivos pre-rationales o por impulsos vitales instintivos. Para la doctrina del derecho natural ideal, éste es un orden ideal, eternamente vigente y reconocible racionalmente. Para la doctrina del derecho natural existencial, en vez, éste está fundado en resoluciones que condicionan la situación concreta o por actos vitales, de afirmación de la existencia"<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> Idem, p. 11.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

## IV. — EL NEO-CRITICISMO PENAL

167. **Planteamiento general.** La renovación del kantismo en nuestro siglo alcanzó su mayor apogeo al término de la primera guerra mundial y puede afirmarse que hoy se encuentra casi abandonada en el campo filosófico<sup>66</sup>. No obstante, no podemos afirmar lo mismo en cuanto a sus consecuencias jurídicas, que aún se siguen percibiendo, pese a que también se nota una franca declinación en ellas.

Como es sabido, el neo-criticismo reconoce dos corrientes principales, que se mencionan como las escuelas de Marburg y de Baden.

En realidad, el movimiento neo-kantiano fue mucho más amplio, al punto que Bochenski distingue siete direcciones. De toda forma, las dos más importantes en el campo jurídico fueron las mencionadas. La *escuela de Marburg* fue fundada por Hermann Cohen. A ella pertenecieron Paul Natorp, Karl Vorländer y Ernst Cassirer, quien quizá sea el autor que más vigencia conserva, hallándose próximo a ella Rudolf Stammler. En cuanto a la *escuela de Baden*, sus dos representantes más notables fueron Wilhelm Windelband y Heinrich Rickert.

Todo el neo-kantismo se caracteriza por negar la existencia de la “cosa en sí”, lo que hace que los neo-kantianos caigan en un idealismo mucho más radical que el de Kant, que hace que *el conocimiento no sea una captación del objeto, sino una creación del mismo*.<sup>67</sup> Esta característica es de suma importancia para sus consecuencias en nuestra ciencia, pues ha sido la que ha proporcionado la vía de escape a muchos problemas que no se sabía cómo solucionar.

En la “creación” del objeto que el idealismo neo-kantiano hace radicar en el conocimiento, se siguieron dos caminos, uno más próximo a la *Crítica de la razón pura* y otro más próximo a la *Crítica de la razón práctica*, es decir, que el neo-kantismo se dividió, siguiendo los caminos que Kant había dejado señalados. El primero de ellos —el de la “razón pura”— correspondió a la escuela de Marburgo, que resuelve el conocimiento en metodología y lógica. Es el método y la lógica lo que da a estos autores la certeza del

<sup>66</sup> FERRATER MORA, *La filosofía actual*, pp. 33-34; BOCHENSKI, p. 111.

<sup>67</sup> BOCHENSKI, 114.



conocimiento. Ello les llevó a desembocar en un positivismo por vía idealista, pues se quedan sin posibilidad de captar el contenido del mundo, sus construcciones se reducen a pura lógica metodológica. Quien en el campo jurídico llevó esta posición hasta el extremo fue Kelsen, a quien ya mencionamos.

“El significado más profundo de la transformación del criticismo de los marburgianos reside en el intento de resolver cualquier aspecto de la realidad en posibilidad lógica y la posibilidad lógica en posibilidad metodológica. Más precisamente, aquí se asiste a la negación de todo realismo en función de metodologismo”<sup>68</sup>.

*Mucho más importante para nosotros que la escuela de Marburg —que casi no tuvo repercusión penal alguna— fue la de Baden, también llamada del “suroeste”, “escuela sud-occidental” y “escuela axiológica”, que se halla más influida por el historicismo (Dilthey) y cuyo camino está preferentemente signado por la Crítica de la Razón Práctica. Para esta escuela, vale la afirmación de Lotze, de que los valores no son, sino que “valen” y, como tales, son objetivos y absolutos. La captación de los mismos es lo subjetivo, pero no los valores en sí. Lo que para ellos conforma la garantía de objetividad no es la logicidad —como para los marburgueses— sino el sentimiento al valor, al deber ser. Windelband descubrió una “conciencia normativa” y con ello creó la “filosofía de los valores”, que tanto ha dado que hablar, y que concibe a la filosofía como “la ciencia crítica de los valores universales”.*

Si lo que crea el objeto del conocimiento no es ya la lógica —y el método— sino el valor, el “ser” depende del “deber ser” y el “deber ser” es el que crea al “ser”. Esto le permite al neo-kantismo penal sostener posiciones tan peculiares como afirmar que el derecho crea la conducta humana. Si el derecho crea la conducta humana, no hay ninguna necesidad de afirmar que el derecho regula efectivamente acciones humanas, sino que se limitará a regular lo que la misma valoración ha creado.

Si el conocimiento creaba al objeto, no a través de la lógica ni del método, sino del valor, pero, si también las valoraciones están históricamente condicionadas, habiendo épocas “ciegas” para ciertos valores<sup>69</sup> —como lo pretende la filosofía de los valores— lo

<sup>68</sup> PACI, ENZO, *La filosofía contemporánea*, Bs. As., 1966, p. 36.

<sup>69</sup> Recuérdese que SPRANGER llegó a catalogar las formas de vida espiritual en forma de “especial videncia” valorativa, reduciéndolas a seis: el hombre teórico, económico, estético, de mando, social y filósofo (sobre ello, SCIACCA, I, 159-160).

cierto es que este pensamiento debe a la larga desembocar en el positivismo jurídico.

En general, el neo-kantismo fue un movimiento positivista jurídico, que se presentó como contrario a la metafísica. Como tal, dejó una gran cantidad de problemas sin resolver. No se explica cómo el valor —que “vale” pero no “es”— puede determinar lo que “es”. Tampoco se explica si los valores que no forman parte de la presente cultura pueden determinar el ser. Estas preguntas quedaban sin respuesta, debido a la previa renuncia metafísica que había en el neo-kantismo <sup>70</sup>.

El neo-kantismo hacía una división entre “ciencias naturales” y “ciencias del espíritu”, que es similar a la de Wundt, en lo que también hay un contacto con esta rama del positivismo. En tanto que las ciencias naturales se rigen por la causalidad, el derecho —como ciencia del espíritu— se rige por el principio de “normatividad”.

168. El neo-criticismo en sus principales manifestaciones penales. Una de las manifestaciones jurídicas del neo-kantismo, traducida a un extremo formalismo positivista, fue la de Kelsen, del que ya hemos hablado, consignando que su “teoría pura del derecho” no tuvo consecuencias penales, fundamentalmente por su esterilidad científica. No obstante Kelsen puede ser considerado la más fina expresión de la escuela de Marburg en el terreno jurídico.

Otro justifilósofo cercano a dicha escuela —aunque no pueda identificárselo totalmente con ella— fue *Rudolf Stammler*, para quien la filosofía del derecho se ocupa de lo que tiene universalidad en el campo jurídico, en tanto que la ciencia del derecho se ocupa de los problemas jurídicos contingentes, que varían según el marco histórico de referencia. Dentro del cometido de la filosofía jurídica, Stammler distingue entre “concepto del derecho”, que es una definición formal, e “idea del derecho”, que es la que trata el problema de la justicia, que resulta enteramente variable y contingente <sup>71</sup>.

<sup>70</sup> El neo-kantiano que parecía apartarse de esta renuncia era el malogrado Lask.

<sup>71</sup> De *RUDOLF STAMMLER*, v., *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Halle, 1926; *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlín u. Leipzig, 1923; *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1923; *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, Charlottenburg, 1925; *Wesen des Rechtes und Rechtswissenschaft*, en “*Systematische Rechtswissenschaft*”, Berlín u. Leipzig, 1906; *Wirts-*

Por el lado de la escuela de Baden surgen dos jusfilósofos penales de gran importancia: Max Ernst Mayer y Gustav Radbruch.

a) Max Ernst Mayer (1875-1924) sostenía que la cultura no es pura realidad ni puro valor, sino una unidad de ambos: "cultura es el valor devenido realidad, y también con ello, la realidad devenida valor"<sup>72</sup>. Las normas, que para Binding eran preceptos jurídicos, para Mayer eran "normas de cultura". "Al camino —decía— circulado con fortuna por Binding, aunque no lo suficientemente continuado, debemos agregar un paso más allá, especialmente más allá de la ley penal, pasando de la norma jurídica a la norma de cultura"<sup>73</sup>.

Mayer suscribía contra Binding la afirmación de Liszt: "la falla fundamental de la teoría de las normas finca en su visión puramente formal del delito, como una lesión al deber obligante, en donde la dirección del delito contra las relaciones de la vida del concreto orden del grupo social humano quedan completamente postergadas"<sup>74</sup>. Iba aún más allá y acotaba que no sólo "formal" era la concepción de Binding, sino que era "formalística" (porque "formal es también la consideración del delito como lesión a un bien jurídico")<sup>75</sup>. Los preceptos jurídicos pasaban a ser reemplazados por las normas de cultura: todo se aclara en esta concepción "si se dice que la conducta criminal contradice las normas de cultura".

Cabe recordar aquí que Liszt defendía el concepto de injusto entendido como "daño social", conforme a su posición básicamente positivista. Pues bien, el neo-kantismo, por vía de esta teoría de las "normas de cultura" de Stammler y Mayer, viene a apuntalar este concepto de Liszt, es decir, que la filosofía de los valores acudió en ayuda de un concepto propio del positivismo filosófico. Si para Liszt el injusto no dependía de la ley (antijuridicidad formal), sino de lo social (antijuridicidad material), donde era reconocible, por el camino neo-kantiano de la filosofía de los valores, Max Ernst Mayer habla de

---

*chaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, Leipzig, 1914; *Rechts - und Staatstheorie der Neuzeit*, 1917; *Praktikum der Rechtsphilosophie*, Bern, 1925; *Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes*, Erlangen, 1878.

<sup>72</sup> MAYER, M. E., *Rechtsphilosophie*, p. 34.

<sup>73</sup> MAYER, M. E., *Lehrbuch*, p. 37.

<sup>74</sup> MAYER, MAX ERNST, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903, p. 134.

<sup>75</sup> Idem, p. 134, nota 5; igual STAMMLER, *Richtiges Recht*, p. 218.

una antijuridicidad “real”, como contradicción con las normas *reconocidas por el Estado*, y de otra antijuridicidad “nominal”<sup>76</sup>. Cabe observar que Mayer nunca habló de una “anticulturalidad”, con lo cual se quedaba a mitad de camino entre las concepciones positivistas filosófica y jurídica.

Es de hacer notar que Stammler, de quien Mayer tomaba el concepto de “norma de cultura”, afirmaba que las mismas determinan un “derecho natural de contenido variable”<sup>77</sup>, haciendo que el delito pasase a depender de las normas de cultura. Esto se aproxima a la idea del “delito natural”, como bien lo observa Nagler<sup>78</sup>, que en este caso sería una “teoría del delito cultural”. Esta coincidencia no debe llamar tanto la atención, porque el neo-kantismo no pasó de ser una teoría accesoria del positivismo<sup>79</sup>.

b) *Gustav Radbruch* (1878-1949) fue otro de los importantes penalistas jusfilósofos del neo-kantismo. En teoría del delito, cuando el sistema de Liszt entró en crisis —con la crisis de la filosofía que lo sustenta— Radbruch salvó el concepto causal de acción, la acción privada de la finalidad de Liszt, mediante una distinción entre “contenido de voluntad” y “causación de voluntad”<sup>80</sup>. Así como Mayer intentaba salvar por la vía neo-kantiana el concepto de “injusto material” de Liszt, Radbruch quería salvar el de “acción causal”. Con razón afirma Welzel que la separación de Radbruch es el más profundo fundamento de la teoría naturalística de Liszt, la que le debe a éste su subsistencia. Es una separación de naturaleza tal que desconoce la función predeterminante del contenido de la voluntad: la causalidad es apresada por el juicio de la antijuridicidad, prescindiendo de ese contenido, por lo que éste recae

<sup>76</sup> MAYER, M. N., *Lehrbuch*, p. 180.

<sup>77</sup> V. STAMMLER, RUDOLF, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1921; del mismo, *Die Lehre von dem Richtigen Recht*, 1902; sobre ello, RECASENS SICHES, *Panorama*, cit., I, 76.

<sup>78</sup> NAGLER, JOHANNES, *Die heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, en “Fest. f. Binding”, Leipzig, 1911, II, 349.

<sup>79</sup> Cf. WELZEL, *Naturrecht*, 190. De MAX ERNST MAYER, V., *Der causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht*, Freiburg, 1899; *Die Schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, Hirschfeld, 1901; *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903; *Die allgemeinen Strafschärfungsgründe des deutschen Militär-Strafgesetzbuchs*, Leipzig, 1903; *Die Befreiung von Gefangenen*, Leipzig, 1906; *Deutsches Militärstrafrecht*, Leipzig, 1907; *Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten*, Tübingen, 1908; *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1915; *Rechtsphilosophie*. Berlin, 1922. Sobre su pensamiento: UTZERATH, MATTHIAS, *Die Rechtsphilosophie Max-Ernst Mayers*, Diss., Köln, 1965.

<sup>80</sup> V. RADBRUCH, *Handlungsbegriff*, cit.

sobre un mero suceder causal<sup>81</sup>. Sobre esta separación se asentó de inmediato la teoría de Beling, quien conforme a ella, pudo afirmar con absoluta tranquilidad que “el contenido de la voluntad sólo tiene importancia para la culpabilidad”<sup>82</sup>.

Como para el neo-kantismo sudoccidental el conocimiento depende del orden que pone la valoración —aquí se toca con el de Marburg— los partidarios de esta escuela pueden sostener que el derecho (el valor) crea la acción, es decir, no tiene por qué seguir aferrado al concepto de acción de la vida diaria. Para ellos, *la referencia a los valores es lo que pone orden en la realidad*. De esta vertiente procede Radbruch y de allí que, con su *Handlungsbe-griff*, el neo-kantismo sudoccidental proporcione al positivismo mecanicista de Listz su tabla de salvación. Así es cómo éste y el positivismo legal de Beling (no el de Binding) se dan la mano, con la ayuda del neo-kantismo occidental.

Por este camino, el neo-kantismo desvirtúa la verdad. La verdad, entendida como “adecuación” al objeto, se remonta a Aristóteles, pero la verdad neo-kantiana —en contra del mismo Kant<sup>83</sup>— no puede ser *adequatio* a un objeto que ella misma crea.

En orden a su pensamiento general, ninguna duda puede haber de que Radbruch era un positivista jurídico, que exigía del juez un *sacrificium intellectualis*, afirmando que nos apartamos del predicador que predica contra sus convicciones, pero honramos al juez que se mantiene fiel a la ley, contra su sentimiento jurídico, en homenaje a la seguridad jurídica de la ciudadanía<sup>84</sup>. Prácticamente, identificaba poder y derecho<sup>85</sup>.

Radbruch habrá de dar un fuerte giro al término de la Guerra. Esto lo presenta como una de las personalidades más patéticas del positivismo jurídico. Radbruch se percató de que el positivismo había caído en su propia trampa. Como bien lo expresara en una de las más hermosas páginas escritas sobre el tema, la conclusión de que “poder y derecho son iguales, donde está el poder esta el derecho”, no podía ya tolerarse<sup>86</sup>. Para Radbruch, en su teoría de post-guerra, no siempre la ley es derecho, sino sólo cuando sirve a tres valores: seguridad,

<sup>81</sup> Cfr. WELZEL.

<sup>82</sup> Cfr. WELZEL, *Naturalismus*, cit.

<sup>83</sup> V. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 214-5.

<sup>84</sup> RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1970, p. 182.

<sup>85</sup> Idem, 180.

<sup>86</sup> RADBRUCH, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, en *Rechtsphilosophie*, 1956, 335.

conveniencia y justicia. La conveniencia pasa en orden de importancia a tercer término, porque “no todo lo que sirve al pueblo es derecho. sino que, más bien al contrario, todo lo que es derecho sirve al pueblo”<sup>87</sup>. Queda, entre la conveniencia y la justicia, la seguridad, que sirve tanto a la una como a la otra. Sobre esta base niega que haya “derecho injusto”, sino que lo injusto le hace perder su naturaleza de derecho. Pero la milenaria pregunta retorna una vez más: ¿Qué es lo injusto? Aquí, Radbruch, parece coincidir parcialmente con Welzel<sup>88</sup>, aunque con un marcado acento jusnaturalista<sup>89</sup>. De cualquier manera, este giro de Radbruch es completamente ajeno al neo-kantismo.

En teoría del delito, como lo veremos en su oportunidad, el neo-kantismo ha dado lugar a lo que se conoce como “sistema neo-clásico” cuyo más destacado representante fue Edmund Mezger, quien en 1950 seguía confesando abiertamente la fuente neo-kantiana sudoccidental<sup>90</sup>. En Mezger el positivismo tomaba ribetes mucho más trágicos, porque llegó a jugar con la escuela de Kiel, sosteniendo que la sistemática del delito fundada en la filosofía de los valores servía perfectamente a los fines de la política penal nacional-socialista, y que no se justificaba el combate que desde este ángulo político le cargaban los de Kiel<sup>91</sup>.

Es la misma insuficiencia filosófica de la teoría neo-kantiana, que por una u otra vía desemboca en algo carente de contenido, lo que la lleva al positivismo en el plano jurídico. Contemporáneamente es Soler quien sostiene entre nosotros una posición cercana a ella<sup>92</sup>. Soler destaca la previsibilidad del obrar ajeno como necesaria para que el hombre pueda proyectarse en el mundo. No obstante, se nos ocurre totalmente evidente que la pura previsibilidad es insuficiente para posibilitar al hombre su “llegar a ser”, es decir, que la previsibilidad de la ajena conducta es necesaria, pero en modo alguno suficiente. A la vuelta del planteo de Soler, el problema fundamental queda sin solución —sin perjuicio de que se clarifiquen cuestiones aleatorias—: el derecho sirve para que el hombre pueda prever las acciones ajenas y, con ello, programar las propias. Pero, ¿qué fines puede perseguir con esas acciones y cuáles no puede perseguir? ¿Qué fines se le pueden prohibir y cuáles no se le pueden prohibir?

<sup>87</sup> *Ibidem*; igual en *Gesetzliches und übergesetzliches Recht*, ídem, p. 353.

<sup>88</sup> WELZEL, en *Naturrecht und Rechtspositivismus*; en “Fest. f. Niedermeyer”, Göttingen, 1953.

<sup>89</sup> Sobre el giro de RADBRUCH hacia la naturaleza de las cosas, TJONG ZONG UK, *Über die Wendung zur Naturrecht bei Gustav Radbruch*, en “Archiv f. Rechts- und Sozialphilosophie”, 1970, 56, 2, 245 y ss.

<sup>90</sup> MEZGER, *Moderne Wege*.

<sup>91</sup> V. *infra*, § 185.

<sup>92</sup> SOLER, SEBASTIÁN, *Las palabras de la ley*, cit.

## V. — EL NEO-POSITIVISMO

169. **El neo-positivismo.** Hacia 1923 surgió en Viena un grupo filosófico conocido como “círculo de Viena”, en el que militaban Neurath, Reichenbach, Carnap, Wittgenstein, etc., estando encabezado por Moritz Schlick, quien fue asesinado unos años después por un fanático nazi. Cercanos a este círculo estaban Kelsen y Bertrand Russell. La posición filosófica que con estos autores se inicia se llama “neo-positivismo”, “positivismo lógico”, “neo-empirismo”, “filosofía científica” o “filosofía analítica” (aunque esta última denominación se adecua preferentemente a una de sus ramas). En general —como se deduce de sus denominaciones— el intento de esta filosofía fue renovar el empirismo a partir del análisis del lenguaje y, tratándose del lenguaje de las ciencias, ello se convierte en depuración lógica (y, consiguientemente, metodológica).

No hay una absoluta coincidencia entre los distintos autores de esta corriente, pero, en general, suelen propugnar una “ciencia unificada”, que se daría considerando ciencia sólo a aquélla que tuviese un método aproximadamente similar o equivalente al de la física (posición que se conoce como “fiscalismo”).

“En estrecha relación con el fiscalismo —dice Carnap— se halla la tesis de la unidad de la ciencia. Si cada oración puede traducirse al lenguaje físico, entonces este lenguaje es un lenguaje global, un lenguaje universal de la ciencia. La existencia de un sistema de lenguaje único, en el que cada uno de los términos científicos quede contenido, implica sin embargo que todos estos términos pertenezcan a géneros lógicamente conectados y que no pueda existir una división fundamental entre los términos de las diferentes ramas de la ciencia. Es posible, por consideraciones de orden práctico, establecer separaciones entre ciencias físicas, psicología, ciencias sociales, ya que un hombre de ciencia no podría abocarse al estudio de todos estos temas; sin embargo, ellos tienen las mismas bases y constituyen, en último análisis, una ciencia uniforme”<sup>93</sup>.

Para esta corriente, mediante el análisis del lenguaje se eliminan muchos problemas, que estos autores consideran falsos o “pseudo-problemas”. Al mundo de los pseudo-problemas envían

<sup>93</sup> CARNAP, RUDOLF, *Filosofía y sintaxis lógica*, México, 1963, p. 59.

toda la metafísica, considerando que la pregunta acerca del “ser” es un error de lenguaje: “Ser o no ser: no es un dilema, sino una tautología”<sup>94</sup>. Consideran que las preguntas acerca del ser, de la libertad, etc., son preguntas vacías, que tienen la forma de una proposición en sus respuestas, pero que no son proposiciones, sino “pseudo-proposiciones”, porque como no son verificables al nivel de la verificación científica, no son proposiciones. “La filosofía científica —dice Reichenbach— ha elaborado una concepción funcional del conocimiento, que considera como un instrumento de predicción y para la cual la observación sensible es el único criterio aceptable de verdad no vacía”<sup>95</sup>.

En lo que respecta a la ciencia jurídica, esta teoría tiende a reducirla a sociología entendida en forma conductista y a negar validez a la dogmática y a la teoría jurídica en general, aunque no puede menos que terminar reconociéndole naturaleza científica.

Así, Neurath considera a la ética y a la teoría jurídica como “residuos metafísicos”, pero a continuación agrega lo siguiente: “Es manifiesto que las tautologías del sistema legal serán menos prominentes cuando el espíritu básico de la ciencia unificada prevalezca. Presenta mayor interés, entonces, determinar qué efectos producen ciertas medidas, y, menor, el precisar si los preceptos formulados en los códigos son lógicamente consecuentes. No se necesita, evidentemente, ninguna disciplina especial para comprobar la compatibilidad lógica de las reglas para la administración de un hospital. Lo que se quiere conocer es cómo el funcionamiento conjunto de ciertas medidas afecta el estado de salud, para poder actuar en conformidad”<sup>96</sup>. Esta apreciación de Neurath —aparte de revelar que nunca se planteó en serio ningún problema jurídico— traducen una apreciación completamente subjetiva que, para usar su lenguaje, sólo tendría valor “emocional”, pues se limita a afirmar que la teoría jurídica no le parece importante y, con ello, cae en un puro pragmatismo, que, como todos, está teñido de subjetivismo. Convenimos en que no será necesaria ninguna “ciencia especial”, pero será necesario algún conocimiento para saber quién es responsable de cada parte de un hospital y del instrumental quirúrgico. La incoherencia de los preceptos de un código puede no importarle a Neurath —como a cualquiera—, hasta el día que de su coherencia o incoherencia dependa que se pase o no diez años en la cárcel, o que lo fusilen. Suponemos que en ese momento comenzará a otorgarle cierto valor al problema, aunque, por supuesto, dentro de

<sup>94</sup> REICHENBACH, HANS, *La filosofía científica*, México, 1967, p. 259.

<sup>95</sup> *Idem*, p. 261.

<sup>96</sup> NEURATH, OTTO, *Sociología en fiscalismo*, en AYER, A. J., *El positivismo lógico, compilado por...*, México, 1965, pp. 287-322 (313).



su sistema, el juicio seguiría siendo totalmente subjetivo y pseudo-proposicional.

Para esta corriente, los términos no tienen más que un significado emotivo cuando se refieren a la ética<sup>97</sup>; la metafísica también es una actitud “emotiva frente a la vida”, que debe reservarse al arte (“acaso la música resulte el medio de expresión más idóneo de esta actitud ante la vida, en vista de que se halla más fuertemente liberada de cualquier referencia a los objetos”)<sup>98</sup> y la psicología prácticamente sólo puede entenderse conductistamente<sup>99</sup>.

Las consecuencias de esta corriente para nuestra ciencia no pasan de ser las de cualquier otro positivismo, sólo que más rigurosamente lógico, aunque, cabe observar, que no por ello más científico. Por supuesto que como la ciencia ha avanzado desde el “viejo positivismo”, el nuevo se cuida de no caer en lo que se demostró como erróneo y, así, por ejemplo, rechaza la absolutización del darwinismo: “la teoría de Darwin —dice Wittgenstein— no tiene mayor relación con la filosofía que cualquiera otra de las hipótesis de la ciencia natural”<sup>100</sup>. No obstante, el neo-positivismo es tan metafísico como las corrientes que pretende negar, porque se funda en la verificación sensible como criterio de verdad, pero no le puede aplicar a ella misma su propio criterio de verdad<sup>101</sup>. Su insuficiencia es manifiesta en cuanto al conocimiento respecta, lo que queda demostrado con la mera circunstancia de que como cuestiones emocionales (y “musicales”) deban considerarse los esfuerzos pacifistas de Russell y las convicciones que llevaron a la muerte a Schlick.

Marcuse, refiriéndose al “interminable juego de lenguaje de Wittgenstein”<sup>102</sup>, dice que “sin duda la conversación de X e Y es perfectamente comprensible y el análisis lingüístico aparece correcto a la comprensión normal de la gente común. Pero, en realidad, nosotros nos entendemos sólo a través de áreas de comprensiones y equivocaciones. El universo real del lenguaje común es el de la

<sup>97</sup> STEVENSON, C. L., *El significado emotivo de los términos éticos*, en AYER, op. cit., pp. 269 y ss.

<sup>98</sup> CARNAP, *La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje*, en AYER, op. cit., 66-87 (86).

<sup>99</sup> CARNAP, *Psicología en lenguaje fiscalista*, en el mismo, 171 y ss.

<sup>100</sup> WITTGENSTEIN, L., *Tractatus*, p. 85.

<sup>101</sup> Cfr. MESSNER, op. cit., p. 24.

<sup>102</sup> Se refiere a WITTGENSTEIN, especialmente al *Tractatus Logico-Philosophicus*, Madrid, 1973.

lucha por la existencia”<sup>103</sup>. Creemos que lleva razón Marcuse, aunque expresemos la idea dentro de otro contexto: el análisis del lenguaje no supera la cotidianidad (la *Alltäglichkeit*) y, precisamente por ello, no puede proporcionar ninguna comprensión que no sea a ese nivel. Declararse impotente para todo lo que se halla más allá de la comprensión cotidiana implica proclamar la irracionalidad, imposibilidad o irrelevancia de cualquier cambio.

Por otra parte, cabe observar que el neo-positivismo se aproxima bastante al idealismo, en el que efectivamente fueron a dar muchos de sus partidarios. Por mucho que Schlick haya querido hacer una profesión de fe realista<sup>104</sup>, lo cierto es que sus partidarios no pueden levantar la imputación que pesa sobre ellos al “suspender el juicio sobre lo que pueda ser la realidad misma o considerar incontestable la pregunta”<sup>105</sup>.

Cabe aclarar que no debe confundirse esta corriente con cualquier aplicación que quiera hacerse de la lógica formal a la elaboración de la dogmática jurídico-penal. Las investigaciones de esta última naturaleza ofrecen un campo poco transitado, por el que han avanzado las investigaciones llevadas a cabo en la Universidad Nacional Autónoma de México, particularmente por Olga Islas y Elpidio Ramírez, en cuyos comienzos hemos participado<sup>106</sup>. Cualquiera sea la opinión acerca de los resultados concretos, lo cierto es que muestran un camino correcto, pues no pretende reducir la filosofía ni el derecho a la lógica, sino dar a la lógica el lugar que le corresponde, que es el de un indispensable auxiliar metódico.

En nuestro país, independizando el positivismo lógico del fisicalismo, ensaya por esta vía una metodología jurídica Farrell<sup>107</sup>.

El positivismo lógico —y particularmente la *Principia Mathematica* de Bertrand Russell— revolucionó el panorama de la lógica, pero su error consiste en caer en el neo-kantismo marburgués, como aconteció con Kelsen, es decir, en tomar la coherencia o completividad como único criterio de verdad, o bien en asignarle esa función sólo a la verificación sensible, lo que lo empuja al realismo ingenuo del viejo

<sup>103</sup> MARCUSE, *El hombre unidimensional*, p. 226.

<sup>104</sup> SCHLICK, MORITZ, *Positivismo y realismo*, en AYER, op. cit., pp. 88 y ss.

<sup>105</sup> MARCUSE, op. cit., p. 178; igual MESSNER, op. cit.

<sup>106</sup> V. GONZÁLEZ MARISCAL - RAMÍREZ HERNÁNDEZ - KARP - ZAFFARONI, *Notas preliminares sobre un modelo lógico-matemático del derecho penal*, en DPC, 14, 1966, 79 y ss.; GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA - RAMÍREZ HERNÁNDEZ, ELPIDIO, *El error en el modelo lógico del derecho penal*, en DPC, 38, 1970, 13 y ss.; los mismos, *Lógica del tipo en el derecho penal*, México, 1970; RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Análisis lógico-formal del tipo en el derecho penal*, México, 1968.

<sup>107</sup> FARRELL, MARTÍN DIEGO, *La metodología del positivismo lógico. Su aplicación al derecho*, Bs. As., 1976.

positivismo y, en último análisis, al idealismo. De toda forma, la imagen del hombre que nos puede dar el positivismo lógico no es muy diferente de la del viejo positivismo. La única diferencia es un mayor grado de complejidad en esa imagen, como resultado del avance de las ciencias, pero otra diferencia no puede haber, porque para ellos la filosofía no es otra cosa que una síntesis de las ciencias, es decir, lo mismo que para cualquier positivismo. “El trabajo del filósofo —dice Russell— empieza donde acaban los toscos hechos. La ciencia los reúne en haces por medio de las leyes científicas; y son estas leyes, más que los hechos originales, las que constituyen la materia prima de la filosofía. Ésta implica la crítica del conocimiento científico, no desde un punto de vista fundamental distinto del de la ciencia, sino desde un punto de vista menos interesado en los detalles y más interesado en la armonía del cuerpo total de las ciencias especiales”<sup>108</sup>. Para Wittgenstein el concepto varía un tanto, aunque no fundamentalmente: “El objeto de la filosofía es la aclaración lógica del pensamiento. Filosofía no es una teoría, sino una actividad”<sup>109</sup>.

Pero la ciencia “pura” no es suficiente, de lo que se percatan los científicos mismos frente a los engendros de la ciencia contemporánea. Hay problemas que están fuera de la ciencia y que no son “música”<sup>110</sup>. Ello hace que los representantes actuales de este pensamiento filosófico tengan serios contactos con otras corrientes, particularmente con los marxistas<sup>111</sup>. Estos contactos surgen de que los científicos en general caen en la cuenta de que frecuentemente son instrumentos políticos y que las teorías que escinden totalmente su papel científico del político, relegando las verdaderas bases filosóficas —no ya teóricas, sino también prácticas— a la categoría de actitudes emocionales y “música”, no son más que una racionalización que se les brinda para que no tomen conciencia de su papel político en el mundo contemporáneo. Se trata de una urgencia práctica, que ninguna teoría puede racionalizar suficientemente, lo que ineludiblemente produce efectos que son carentes de coherencia teórica. De cualquier manera, esos efectos son suficientemente demostrativos de la insuficiencia de este pensamiento para satisfacer los más elementales requerimientos teóricos para el establecimiento de una relación interhumana.

<sup>108</sup> RUSSELL, BERTRAND, *Fundamentos de filosofía*, Barcelona, 1956, p. 6.

<sup>109</sup> WITTGENSTEIN, LUDWIG, *Tractatus*, cit., p. 85.

<sup>110</sup> Algunos de los documentos importantes sobre la reacción antipositivista de los científicos en *De la ciencia académica a la ciencia crítica*, Barcelona, 1972.

<sup>111</sup> Sobre ello, FERRATER MORA, op. cit., p. 10.

Además, cabe observar que esta reacción politizante tiene origen en los cultores de las llamadas ciencias naturales, que parecerían estar más alejados de los problemas humanos inmediatos y para quienes el positivismo lógico parecería estar hecho a la medida. Si a ellos se les revela como insuficiente el juego lógico del positivismo contemporáneo, sería una muestra de la más completa insensatez y profunda insensibilidad, que fuésemos los penalistas quienes no nos percatásemos de esa insuficiencia y pretendiésemos que nuestra ciencia quedase reducida a un complejo edificio lógico, elaborado sobre las "actitudes emocionales" de los detentadores del poder, que quedarían fuera de nuestro discurso por completo, y cuyo agrado o desagrado lo reservaríamos para expresarlo al piano.

Los mismos positivistas se apartan de sus presupuestos. Russell, que fue el más independiente y que nunca perteneció al círculo de Viena<sup>112</sup>, aunque son innegables las similitudes de pensamientos, trata de la ética, concluyendo de un modo que recuerda bastante a Duns Escoto: "La buena vida es la vida inspirada por el amor y guiada por el conocimiento"<sup>113</sup>.

Las consecuencias jurídicas del neo-positivismo son peores que las del positivismo jurídico de la vieja escuela, porque el Estado que daba la ley a los viejos exégetas era un Estado que pretendía fundarse en la razón, en lugar, con positivismo lógico, puede bien ser un Estado omnipotente.

## VI. — EL NEO-DEFENSISMO SOCIAL

170. **Caracterización.** El "defensismo social" contemporáneo es un uso anárquico de la expresión "defensa social", que en la actualidad no es más que una mera expresión, de no precisarse su contenido. En general, puede afirmarse —con escaso margen de error— que casi todos los que usan la palabra "defensa social" en nuestros días, lo hacen con el viejo sentido positivista, sólo que agregándole alguna observación o reparo. La naturaleza y extensión de los reparos presenta una enorme variedad de matices, de

<sup>112</sup> Si bien hay diferencias entre RUSSELL y el Círculo de Viena, los tratan conjuntamente PACI, op. cit., 266 y ss.) y por separado BOCHENSKI (pp. 64 y 74) y ABBAGNANO (III, pp. 627 y 644). AYER incluye un trabajo de RUSSELL en su recopilación (*Atomismo lógico*, en AYER y otros, *Positivismo lógico*, México, pp. 37 y ss.).

<sup>113</sup> RUSSELL, BERTRAND, *Fundamentos*, cit.; p. 211. En otros momentos parece más inclinado al pragmatismo.

modo que es imposible decir qué es la defensa social para los penalistas de nuestro tiempo, como tampoco para los que pretenden que bajo esta divisa se forma un "movimiento", por mucho que haya una asociación internacional con ese nombre y que se celebren frecuentes congresos, en los que eventualmente pueden desarrollarse interesantes debates.

Una singular divulgación ha tenido la expresión "defensa social" debido a que la adoptó la ONU, pero este éxito institucional no clarifica ni define su contenido que, pese a todas las expurgaciones a que la someten los autores contemporáneos, inevitablemente despierta ecos organicistas.

En la imposibilidad de seguir a todos los autores que hacen uso de este vocablo<sup>114</sup>, nos limitaremos a los dos más connotados: Marc Ancel, antiguo magistrado del Tribunal Supremo francés, y Filippo Gramatica, catedrático de Génova, recientemente fallecido.

Que la defensa social ha dado lugar a equívocos, es cuestión que ha sucedido siempre. El eminente Julio Herrera, quien con más claro criterio criticó la reforma penal a comienzos de siglo<sup>115</sup>, fundaba la potestad punitiva en la defensa social<sup>116</sup>, pero no rechazaba la prevención general por la coacción psicológica, sino que la consideraba un medio de la defensa social<sup>117</sup>.

171. El neo-defensismo de Marc Ancel. Ancel ha llamado a su movimiento que funda partiendo de su propio concepto de "defensa social", como "nueva defensa social", distinguiendo este concepto del positivista y del de Gramatica, como también de las "escuelas intermedias"<sup>118</sup>. Critica lo que llama "exceso de la técnica

<sup>114</sup> MARC ANCEL menciona a los siguientes: PAUL CORNIL, JEAN GRAVEN, A. BESSON, JEAN PINATEL, JACQUES BERNARD, HERZOG, CHARLES GERMAIN, FILIPPO GRAMATICA, GIULIANO VASSALLI, STEPHAN HURWITZ, I. STRAHL, J. ANDENAES, etc. A ellos puede sumarse BENIGNO DI TULLIO (*Per una nuova politica criminale. Appello alle Nazioni Unite*, Roma, 1973).

<sup>115</sup> Sobre la personalidad de HERRERA, PECO, JOSÉ, *Julio Herrera criminalista*, en "Rev. de Derecho Penal", 1948, 1er. trimestre, 2a. Secc., pp. 39-41.

<sup>116</sup> HERRERA, JULIO, *La reforma penal*, Bs. As., 1911, 301-303.

<sup>117</sup> Idem, pp. 305-6.

<sup>118</sup> Sobre la nueva defensa social: RAYMOND CASSIN, *L'influence des mouvements de la défense sociale nouvelle sur le droit pénal français contemporain* (pp. 3 y ss.); HULSMAN, L. H. C., *Défense sociale nouvelle et critères de décriminalisation*, pp. 19 y ss.; LAVASSEUR, GEORGES, *Réformes récentes en matière pénale dues à l'école de la défense sociale nouvelle*, pp. 35 y ss.; PINATEL, JEAN, *L'œuvre de Marc Ancel en matière de prophylaxie criminelle*, pp. 63 y ss.; VERIN, JACQUES, *La défense sociale nouvelle contre les fictions*, pp. 73 y ss., todos en "Hommage à Marc Ancel", II, París, 1975; MERLE.

jurídica" y también la reducción del derecho penal a biología o a cualquier otra disciplina natural. "Bajo pena de caer en la arbitrariedad más completa o incluso en una especie de caos social, es necesario conservar un verdadero derecho penal", afirma.

Parece que el más claro concepto del movimiento de defensa social que propugna Ancel es el reemplazo de la pena-retribución por la pena-tratamiento<sup>119</sup>. No olvida ni rechaza el origen positivista de la defensa social, ni su vinculación con la peligrosidad y con las ideas de la Unión Internacional, pero recalca que la prevención especial que propugna debe realizarse con una concepción moral y humanista, respetuosa de la dignidad humana. Rechaza el derecho penal autoritario, afirmando que el mismo fue enemigo de la defensa social, lo que no es cierto, porque éste se valió de *cualquier* argumento. Rastrea los antecedentes del movimiento de la defensa social hasta Platón, lo que por cierto no habla muy en favor de la idea defendida, particularmente si tenemos en cuenta que son varios los neo-defensistas que son partidarios de la llamada "pena de muerte"<sup>120</sup>.

Ancel rechaza el concepto de defensa social del positivismo italiano y afirma que el mismo se configura con Adolphe Prins, pero no puede dejar de reconocer la influencia que Garofalo ejerció sobre Prins. Prins compartía la antipatía de Garofalo por las "medidas humanitarias" que dejaban indefensa a la sociedad, por lo que no se comprende muy bien cómo afirma Ancel que hay muchos puntos de contacto entre Prins y "la escuela correccionista española de comienzos de siglo"<sup>121</sup>. Después de afirmar que la primera medida de seguridad fue la relegación, pasa a hacer una crítica al derecho penal, donde quedan claros los acentos positivistas: critica a las concepciones que llama "tradicionales" porque "se basan todas en la aceptación de ciertas nociones de orden metafí-

---

ROGER, VITU, ANDRÉ, *Traité de Droit Criminel*, París, 1967, I, 36 y ss.; BERRISTAIN, ANTONIO, *Estructuración ideológica de la nueva defensa social*, en "Anuario de derecho penal y ciencias penales", 1961, 412 y ss.; MELZER, MICHAEL, *Die neue Sozialverteidigung und die deutsche Strafrechtsreformdiskussion*, Tübingen, 1970; niega toda influencia de la misma en la reforma alemana, JORGE BARREIRO, AGUSTÍN, *Consideraciones en torno a la nueva defensa social y su relevancia en la doctrina y reforma penal alemana*, en Autores varios, "Ensayos penales", 1971, 412 y ss.

<sup>119</sup> ANCEL, op. cit., p. 23.

<sup>120</sup> Así, GRAVEN, JEAN, *Le problème de la peine de mort et sa réapparition en Suisse*, en "R. de Criminologie et de Police Technique", enero-marzo de 1952.

<sup>121</sup> ANCEL, op. cit., p. 68; A. PRINS, *La defensa social*, Madrid, 1912, especialmente el cap. VI.

sico”, considerando al mismo Liszt un ecléctico que no llega a la defensa social porque no llega a desprenderse de ciertas nociones de orden metafísico, entre las que menciona la antijuridicidad. Sinceramente, nos parece que sólo a Ancel se le puede ocurrir ver algo “metafísico” en la noción de antijuridicidad material de Liszt. Confiesa Ancel, en términos en los que hasta hay una coincidencia de vocablos con el positivismo, que “lo que caracteriza a la defensa social es en primer lugar una reacción contra esas concepciones metafísicas sobre las que se basa el derecho penal tradicional” <sup>122</sup>. Afirma que “la defensa social supone en primer término el rechazo vigoroso de toda metafísica o de todo apriorismo jurídico”, pero, con gran sorpresa se lee a continuación que “podría decirse, sin exageración, que esta nueva defensa social postula filosóficamente el libre albedrío” <sup>123</sup>. Esta dualidad deja en la tiniebla total la fuente de la responsabilidad penal, lo que hace pensar que la culpabilidad puede quedar reducida a un criterio político —como lo pretende ahora Roxin <sup>124</sup>— sin contar con que Ancel parece confundir la culpabilidad con el “sentimiento de culpabilidad” <sup>125</sup>.

En base a palabras que parecen tener un eco de realismo social —y en las que Aftalión cree encontrar un eco egológico <sup>126</sup>— propugna Ancel una “desjuridización de ciertos conceptos o de ciertos sectores de la acción anticriminal”. Esta “desjuridización” la emprende contra la ficción de que la ley es conocida por todos y contra la omisión de reparar suficientemente en los motivos. Aquí, afirma que la defensa social introduce un elemento de “realidad humana”. Creemos que este elemento está suficientemente introducido en la teoría contemporánea de la culpabilidad, que parece ser ignorada por la jurisprudencia francesa. La “desjuridización” se traduce también en el rechazo de la responsabilidad disminuida, con los mismos argumentos de los positivistas. Considera que el tratamiento jurídico-penal de la tentativa está plagado de ficciones y defiende la posición positivista en la materia. La “desjuridización” que propugna Ancel no es nada diferente a la de Liszt, cuando oponía política criminal (como defensa de la sociedad) frente al derecho penal (como defensa del individuo). El mismo Ancel cita la frase de Liszt que caracteriza al derecho penal como el límite infranqueable de la política

<sup>122</sup> Idem, p. 93.

<sup>123</sup> Idem, pp. 94-6.

<sup>124</sup> V. capítulo XXXI.

<sup>125</sup> ANCEL, op. cit., pp. 100-101.

<sup>126</sup> AFTALIÓN, ENRIQUE, prólogo a ANCEL, op. cit., II.

social<sup>127</sup>, y luego, sin citarlo, dice que “el derecho penal juega esencialmente el papel de técnica llamada a servir de garantía necesaria a la libertad individual”<sup>128</sup>.

Ancel concluye propugnando una casi asimilación entre penas y medidas de seguridad, que tampoco queda clara, por mucho que afirme que la nueva defensa social es esencialmente no represiva. Como admite el concepto positivista de “estado peligroso”, no puede menos —pese a algunas confusas explicaciones— que concluir admitiendo el “estado peligroso sin delito”, que es la mayor aberración jurídico-penal que se ha inventado en nuestro siglo. Marc Ancel, no obstante, se percata de esta monstruosidad, y cree salvarla mediante el principio de legalidad, lo que nos lleva a preguntarnos qué diferencia habrá entre estas conductas y los delitos o las contravenciones. Lo que consigue es que la mendicidad, la vagancia, la prostitución, etc., pasen a ser delitos.

La “medida de seguridad”, entendida como “medida que asegura a la sociedad”, es lo mismo que una pena. Ancel, por este medio, cae en una ingenuidad que supera cualquier límite de generosidad consciente del mundo de lobos hambrientos en que nos toca vivir: sin quererlo —porque queremos recalcar que entendemos que todo esto está dicho con la mejor buena fe— se escapa de la realidad social que quiere atrapar con su política criminal y, de este modo, facilita la salida racionalizada para penar lo que no puede ser penado.

No obstante, hay algunos aspectos que es menester precisar para que no se confunda nuestra posición frente a esta enorme confusión que hace Ancel. Ancel reivindica para la defensa social todo lo que sea contenido reeducativo o resocializador de la pena y de las medidas. De este modo *pone al universo de su lado*. Pero la reeducación del delincuente, ni su resocialización, la descubrió Ancel ni tiene ningún vínculo necesario con la defensa social, que es un concepto que evoca reminiscencias organicistas. La convivencia de penas y medidas de seguridad es algo que tampoco ha inventado la “nueva defensa social” y que, por añadidura, es discutible en gran medida. ¿No será que Ancel plantea un problema del que todo penalista juicioso se ha debido percatar, pero sin dar la solución? Nos inclinamos a creer que ésta es la clave.

Queremos ser sinceros en esta crítica, porque de nuestra autenticidad crítica dependerá que nos oigan quienes consideramos que

<sup>127</sup> ANCEL, op. cit., p. 126.

<sup>128</sup> ANCEL, op. cit., p. 146.



están perdidos en esta corriente. Marc Ancel plantea un problema, creyendo que ha dado una solución. El problema consiste en que el contenido retributivo, expiatorio, de la pena, ya no tiene sentido. La pena debe ser resocialización. ¿En qué se diferencia la pena de la medida de seguridad? ¿Cómo se compagina este contenido reeducador o resocializador con el concepto de culpabilidad y con cualquier criterio de responsabilidad? ¿Qué límite hay que poner a la reeducación? ¿Hasta dónde puede llegar la acción resocializadora? Para estas preguntas, la nueva defensa social no tiene respuesta. Su respuesta es un "humanismo" que no explica en qué consiste y que trata de rellenar con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, para la que —como vimos— Maritain ensayaba una "ideología práctica" librada a la intuición. La única razón de esta falta de respuesta segura es la falta de una concepción antropológica firme. Ancel no nos explica qué idea de lo "humano" hay en su "humanismo". En ese caso, el "humanismo" es una expresión del lenguaje inauténtico, del "hablar por hablar" que no se refiere a las cosas. Este lenguaje —que por plantear preguntas, por otra parte planteadas desde siempre, lo desorienta a Aftalión y le hace creer que va "a las cosas mismas"— con su ausencia encubierta de respuestas, es un "hablar por hablar" que aparta de las cosas y va a dar en la nada.

Creemos que lleva toda razón Salgado Martins cuando sostiene que los puntos de vista de Marc Ancel no tienen objetividad, que caen en un eclecticismo que combina principios clásicos y posiciones positivistas y que, en cierto modo, constituye un refloreamiento de las ideas sostenidas por la Unión Internacional de Derecho Penal<sup>129</sup>.

Si estos argumentos fuesen escasos, cabe recordar que cuando hablamos de "defensa social", frecuentemente perdemos de vista la realidad, creyendo que la "sociedad" somos "nosotros" que nos "defendemos" de los "otros". "Cuando hablamos de lucha contra el crimen, pensamos siempre en los otros y jamás en nosotros mismos. Olvidamos que la llamada 'defensa social' es una lucha desesperada de la comunidad jurídica contra sí misma. No es verdad que nosotros tengamos en ella un nivel superior, como el médico ante la cama del enfermo, el comandante, el socio-pedagogo o el socio-terapeuta. Nosotros no somos los dueños de la situación, sino que nosotros mismos estamos en medio del remolino y debemos conducir una lucha que sabemos no es de ganarse"<sup>130</sup>.

<sup>129</sup> SALGADO, MARTINS, p. 65.

<sup>130</sup> HALL, KARL ALFRED, *Strafrecht der Angst*, en "Fest. f. Erik Wolf", Frankfurt, 1972, pp. 80-5 (80).

172. **La crítica disyuntiva de Bettiol.** El Profesor de Padua, Giuseppe Bettiol, parte de la afirmación de que la negación de la retribución es la negación del derecho penal mismo, afirmando que la defensa social es una "teoría socialista del derecho penal". Bettiol formula una crítica a esta teoría desde el ángulo católico, fincando especialmente su ataque contra el concepto de peligrosidad para lo que parece afirmarse en un libre albedrío casi absoluto: "El acto de voluntad —dice— en tanto que es un acto libre, no puede justificar un juicio de previsión sobre su advenimiento o sobre su repetición, porque ello, individualmente considerado, no es previsible y es irrepetible en las formas y modalidades a través de las que se ha realizado"<sup>131</sup>.

Imputar a la "nouvelle defense sociale" una concepción antropológica socialista nos parece poco claro, porque hoy nadie puede decir a ciencia cierta qué es el socialismo. Al margen de ello, si bien es cierto que la conducta humana individual y concreta no es predecible con certeza ninguna, no es menos cierto que es susceptible de un cierto juicio de probabilidad que se realiza conforme a reglas que son de carácter análogo a las que fundan la pedagogía en general. Negar esta posibilidad valorable como probabilidad y restar cualquier valor a la misma, equivale a sostener poco menos que una absoluta libertad del hombre y, como consecuencia, importa el naufragio del principio de identidad y, con él, de todo criterio fundamentador de la culpabilidad y de la responsabilidad penal. Al concederle al hombre un margen de libertad tan absoluto, se le concede también la posibilidad de rehacer por completo, de un instante para otro, lo que impide responsabilizarle, puesto que no puede responsabilizarse a una persona por el hecho de otra diferente.

Afirma Bettiol que "defensa social, peligrosidad, medidas de seguridad, resocialización, son expresiones menos hostiles que retribución, culpabilidad, pena, enmienda, pero son la expresión verbal de una concepción del hombre, de la vida, de la historia, contraria a la concepción y a la visión cristiana"<sup>132</sup>. Respecto de la defensa social, no nos cabe duda que es un concepto de origen organicista, evolucionista, en su fondo cruel, que desconoce originariamente la caridad y la concepción cristiana, siempre que con él se quiera decir algo dis-

<sup>131</sup> BETTIOL, GIUSEPPE, *Sulla "nuova difesa sociale" considerata da un punto di vista cattolico*, en "Estudios Penales" (Hom. a J. Pereda, Bilbao, 1965, 111 y ss. (115-6).

<sup>132</sup> *Idem*, p. 117.

tinto de la seguridad jurídica realístamente entendida. Respecto de las medidas de seguridad para sujetos capaces de delito, tampoco nos cabe duda de que son penas que se encubren bajo este nombre aparentemente piadoso, o quizá algo peor, como mera expresión que son de medidas policiales. Pero respecto de la peligrosidad y de la resocialización, entendidas adecuadamente, como juicio de probabilidad y necesidad de reencausamiento para la coexistencia basada en la seguridad jurídica, no creemos que sea contraria a cualquier variable filosófica que resulte compatible con una concepción cristiana del hombre y del mundo, siempre que las mismas sean entendidas prudentemente, como respondiendo a un mero correctivo complementador de la culpabilidad. No creemos que la admisión prudente en el campo jurídico-penal de las reglas de experiencia que provienen de fuentes análogas a las ciencias de la educación, en modo alguno puede afirmarse que choquen con una sana antropología filosófica.

Creemos que Bettiol, con su crítica disyuntiva a la defensa social, exagera en demasía el planteo, pese a que en las restantes observaciones, en lo que hace a su nebulosidad y total falta de precisión —y consiguiente peligro para todo el derecho penal—, no podemos menos que estar de acuerdo. Nuestro desacuerdo finca en la disyuntiva que plantea, según la cual sólo podemos admitir que la pena es retribución o caer en algo parecido a la nueva defensa social. Estimamos que es posible un prudente manejo correctivo del pronóstico de conducta —al mero nivel de probabilidad— sin afectar la sustancia del concepto de persona.

Otra crítica cristiana a la defensa social es la de Antonio Beristain, catedrático de San Sebastián, quien en algún momento militó en una línea próxima a la de Marc Ancel, siendo considerado por Barbero Santos en esta corriente<sup>132</sup>, pero que no puede ser identificado con la misma, especialmente a través de sus últimos trabajos. En principio, cabe observar que Beristain se distingue de la nueva defensa social, entre otras cosas por su formación dogmática, que le aparta de estas soluciones fáciles y simplistas. Entre otras cosas, Beristain nos recuerda que el delincuente ya no es “el otro”, sino que el delincuente ha de ser considerado, ante todo, persona, y sobre la personalidad se hallará el límite y la respuesta a todos los interrogantes. Propugna un *in dubio pro persona* para el derecho penal del futuro, rechazando la exageración en la misión pedagógica del

<sup>132</sup> Así, BARBERO SANTOS, MARINO, en prólogo a BERISTAIN, *Medidas penales en derecho contemporáneo*, Madrid, 1974.

Estado y de la sociedad, que se cumple con lamentable detrimento de la seguridad personal<sup>133</sup>.

173. **El neo-defensismo social de Gramatica.** Filippo Gramatica sostiene un concepto de defensa social del que se cuida Ancel, calificándolo en uno de los "extremismos" de la corriente.

Durante muchos años el conde Gramatica postuló un derecho penal "subjetivo", que después reemplazó directamente por la "defensa social". Emprende una crítica a fondo de todo concepto de derecho penal y postula abiertamente su supresión, eliminando la responsabilidad penal y reemplazándola con la "antisocialidad", "como valoración subjetiva, psicológica (del autor en aquella determinada acción no querida por las leyes)"<sup>134</sup>.

No obstante, pretende que estos "índices de antisocialidad" se encaren sin rechazar la libertad del hombre, ni la responsabilidad ética. Gramatica pretende eliminar, de paso, la noción de delincuente, reemplazándola por la de "individuo antisocial". Pese a ello, reconoce que la "antisocialidad" no es una categoría natural, sino que el antisocial es un violador de la norma.

A la pregunta "¿Defensa social o derecho penal?", Gramatica responde: defensa social concebida decididamente como un sustituto del derecho penal.

"La defensa social no es integrativa, sino sustitutiva del derecho penal. Tal afirmación abre, por sí misma, el camino para responder que la defensa social no puede ser considerada más que como una rama decididamente autónoma entre las ciencias jurídicas, sustituyendo en sí a la antigua y a la actual función de la ciencia jurídico-penal". "Es superfluo repetir que no puede confundirse con el derecho penal y menos aún constituir un capítulo". "Baste recordar que el derecho penal, entre los muchos aspectos en que puede ser considerado, regla la afirmación de la responsabilidad y la consecuente aplicación de la pena, en tanto que la defensa social es negativa de la penalidad"<sup>135</sup>.

Gramatica elimina las penas y las medidas de seguridad, reuniendo ambas en unas "providencias de defensa social", que constituyen un sistema "unitario de sanciones". A estas providencias de defensa social asocia "providencias preventivas", todo lo cual, sos-

<sup>133</sup> V. BERISTAIN, ANTONIO, *El delincuente en el Estado social de derecho*, Madrid, 1971, pp. 58-60.

<sup>134</sup> GRAMATICA, FILIPPO, *Principii di difesa sociale*, Padova, 1961, p. 42.

<sup>135</sup> *Idem*, 308.

tiene que debe ser jurisdiccionalmente aplicado y controlado, debiendo adaptarse únicamente a los requerimientos subjetivos de la personalidad del "individuo antisocial". Dentro de este sistema se prevén medidas de defensa social para incapaces.

El pensamiento de Gramatica ha influido en cierta medida en el de José Agustín Martínez, lo que dio lugar a que algo de su concepción se receptara en el "Código de Defensa Social" de Cuba de 1937, que también influyó a Celestino Porte Petit y por ello pasó a ser nombre oficial de varios códigos de Estados de México. De cualquier manera, no se ha querido en esos textos la eliminación del derecho penal, sino que casi todo se redujo a un cambio terminológico.

No pueden pasarse por alto los contactos de Gramatica con el pensamiento de Dorado Montero, pese a que no parece comprenderlo del todo bien, pues reconociendo "el impulso que a la concepción preventiva le fue dado por el insigne escritor español", le imputa, no obstante, no haber abandonado "el esquema penal"<sup>136</sup>. El sueño de superación del derecho penal de Gramatica parece llegar también a la concepción de una justicia universal parecida a la de Quintiliano Saldaña. En efecto, cuando la defensa social fue interpelada en carta abierta por el profesor de Varsovia Stanislaw Rappaport, que preguntaba "Defensa social, pero ¿de qué sociedad? ¿Un individuo antisocial? ¿Para quién? ¿Una defensa social? ¿De quién? ¿Y contra quién?" Gramatica esquiva la difícil respuesta. "Nosotros le hemos respondido —dice—: defensa de todas las sociedades en vista a que un día no formen más que una"<sup>137</sup>.

La crítica que nos merece el pensamiento de Gramatica coincide parcialmente con la que formulamos al de Marc Ancel, y, además, con la que puede merecer el pensamiento de Dorado Montero y todas las concepciones utópicas. Gramatica dice que le hubiese podido responder a Rappaport: "Defensa del hombre". Sólo que tampoco nos dice cómo concibe al hombre.

## VII. — LA TEORÍA CRÍTICA DE LA SOCIEDAD

174. **Caracterización.** Una teoría ha cobrado gran auge en los últimos años en los medios universitarios de Europa occidental

<sup>136</sup> Idem, p. 222.

<sup>137</sup> GRAMATICA, F., *La défense sociale*, THESSALONIKI (*extrait* de los "Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques", vol. 14), 1966, p. 66.

y de Estados Unidos, aunque el grupo que la encabeza se remonta a más de cuarenta años. Nos referimos a la llamada "teoría crítica de la sociedad" o "escuela de Frankfurt". La misma se inició en la década del treinta con el Instituto de Investigación Social de Frankfurt, cuyos miembros se exiliaron en Estados Unidos durante el nazismo, regresando luego algunos de ellos a Alemania, donde restablecieron el Instituto. Los más destacados miembros de este grupo son Max Horkheimer, Theodor Adorno y Herbert Marcuse. Antes del exilio también pertenecía al mismo Erich Fromm.

La teoría crítica es definida por algunos como la "utopía negativa"<sup>138</sup>, aunque, en verdad, ni siquiera creemos que pueda ser ésta su mejor caracterización. Se trata de una crítica radical de la sociedad, llevada al extremo de querer plantearla desde "fuera". Se dice que la teoría social tradicional se encuentra dentro del proceso de producción de la sociedad actual, en tanto que el objetivo de la teoría crítica sería una sociedad sin opresión. Ello es posible porque para esta corriente —que toma la idea más del marxismo que del existencialismo— el hombre no tiene naturaleza, sino que ésta se desarrolla en la historia, que es la que la determina<sup>139</sup>.

Puede calificarse a la teoría de neo-marxista, pero, sin embargo, no reduce todo a la utopía comunista de Marx, sino que se limita a una crítica que nada nos dice sobre lo que sería esa "sociedad sin opresión". Más bien parecería que desde "dentro" no estaríamos en condiciones de atajar esa sociedad. El cambio se produciría, según Marcuse, no ya por una acción del mismo proletariado, del que en los países desarrollados desconfían estos teóricos, sino también, y fundamentalmente, por ciertos sectores desclasados y marginados de la sociedad actual. No puede decirse que Marcuse sea anarquista, pero cierta base común con el pensamiento libertario hay en el hecho de que se detiene en lo crítico, negándose a pensar en la sociedad que surgiría de la "negación de lo negativo". Esta "negación de lo negativo" entronca también el pensamiento de Marcuse con Hegel, a quien defiende contra los ataques que le muestran como un teórico del autoritarismo<sup>140</sup>.

El pensamiento de Marcuse, pese a su apariencia libertaria, coincide con el marxista en cuanto a la admisión de la posibilidad de una dictadura que, aunque no lo afirma rotundamente —y la distingue cuidadosamente de la "dictadura del proletariado" de Marx—

<sup>138</sup> ABBAGNANO, III, 800.

<sup>139</sup> MARCUSE, HERBERT, *El final de la utopía*, Barcelona, 1968, p. 25.

<sup>140</sup> V. MARCUSE, *Razón y Revolución*, cit.

la admite como posibilidad. Marcuse proyecta un cambio social en que el trabajo desaparezca como necesidad, es decir, en que se opere lo que llama un "cambio cualitativo" —en lo que coincide con Fourier—<sup>141</sup> y se pregunta si este soñado "cambio cualitativo" podrá sobrevenir con una simple radicalización de las necesidades actuales o si necesitará una "dictadura de la idea"<sup>142</sup>. En el fondo, esto no pasa de ser un jurnaturalismo bastante nebuloso, pero no muy diferente del que siempre caracterizó al anarquismo<sup>143</sup>.

En general, el pensamiento de esta corriente parte de una teoría del conocimiento que no se aleja mucho del humanismo metafísico<sup>144</sup>, pero la admisión de la posibilidad de la "dictadura de la idea" y la desconfianza hacia el papel que pueda desempeñar el proletariado, al menos en los países desarrollados, nos pone frente a un poco claro panorama de marxismo sin comunismo, Freud considerado simple denunciador de represiones sexuales<sup>145</sup>, Hegel demostrando la necesidad del cambio, todo dicho con terminología acentuadamente existencialista (Marcuse fue alumno de Heidegger), y sin que quede en claro cuál es la sociedad sin represión, soñando con reducir la filosofía a política, aunque no desdeñando de vez en cuando a la filosofía.

Todo esto parece ser confuso dentro de la teoría crítica, pero no podemos negarle un mérito, que por cierto no es exclusivo: puso de relieve la conexión íntima entre ciencia y política. En este sentido, revela la impostura política del positivismo.

En contra de Max Weber, que había distinguido nítidamente la función del político y la del científico<sup>146</sup>, la teoría crítica vuelve a imbricar ambas funciones y demuestra la artificiosidad de la separación, que es la base de cualquier positivismo, entendido como recurso para neutralizar a los científicos. El positivismo, en cualquiera de sus formas, es un dogmatismo disfrazado con la autoridad de un pretendido conocimiento objetivo, que facilita el acceso de los autoritarismos más aberrantes. Hemos citado autores de muy diversas tendencias que se han percatado de ello. Pues bien, la teoría crítica también lo hizo, sólo que por razones circunstanciales ha tenido la suerte de llamar más poderosamente la atención respecto de este fenómeno en los últimos años y, además, dada la popularización de algunos de sus voce-

<sup>141</sup> V. infra, § 194.

<sup>142</sup> MARCUSE, *El final de la utopía*, p. 35.

<sup>143</sup> Idem, p. 90.

<sup>144</sup> Cfr. THERBORN, op. cit., p. 16.

<sup>145</sup> Especialmente MARCUSE, *Eros y civilización*, cit.

<sup>146</sup> V. WEBER, MAX, *El político y el científico*, Madrid, 1972.

ros, fueron los encargados de decirle al gran público la novedad que ya habían descubierto, por supuesto, Kierkegaard, Marx, los neotomistas, el existencialismo, etc. Al encarar el problema desde el ángulo casi exclusivamente político, esta conclusión surge con mayor claridad: el positivismo es reaccionario y conservador.

Los críticos se han percatado claramente de que los autoritarismos no vienen preparados tanto por las diferencias engendradas por el liberalismo, como por las aspiraciones absolutas de la Ilustración, por la pretensión de encontrar valores objetivos y absolutos a partir de una teoría empírica del conocimiento<sup>147</sup>.

En el ámbito de la sociología, por ejemplo, en tanto que la sociología tradicional quiere quedarse con el descubrimiento de las leyes que rigen la sociedad, la sociología crítica pretende descubrir la manera de alterar esas leyes en forma que provoquen un cambio social para la liberación del hombre<sup>148</sup>. Frecuentemente, lo que queda después de leer estas teorías, es el interrogante acerca de si efectivamente se está enjuiciando a la ciencia o a la actitud del científico.

Aunque la teoría crítica se enfrente al existencialismo —y Adorno haya dicho, en su panfletístico estilo, que Heidegger identificaba al Führer con el “ser”<sup>149</sup>—, no cabe duda de que muchos de los méritos de que suele hacer gala y que le granjearon público, proceden de traducciones del pensamiento existencial. Nos atreveríamos a decir que, en cierto sentido, todo el mérito de la teoría crítica fue denunciar espectacularmente los esfuerzos de la sociedad contemporánea para sumergir cada vez más al hombre en el “se”, en el “das Man” impersonal. En este sentido, es la comprobación más o menos empírica de lo advertido por Heidegger acerca de la técnica.

Por ejemplo, la teoría de la “pseudo-cultura” de Adorno, no hace más que explicitar un mecanismo de represión social para fortalecer el “das Man” impersonal<sup>150</sup>. No es muy distinto el análisis de la destrucción del Yo que hace Horkheimer<sup>151</sup>. El mismo Horkheimer dice que para la lógica discursiva “no es imaginable el hecho de que el hombre cambia y, sin embargo, sigue siendo idéntico a sí mismo”<sup>152</sup>, observación que puede oponerse al positivismo, pero no al existencialismo, donde constituye el centro de su antropología.

<sup>147</sup> THERBORN, op. cit., p. 44.

<sup>148</sup> V. SCHÄFERS, BERNHARD, *Crítica de la sociología*, Caracas, 1969, p. 12.

<sup>149</sup> ADORNO, THEODOR W., *Filosofía y superstición*, Madrid, 1972, p. 15.

<sup>150</sup> Idem, pp. 141 y ss.

<sup>151</sup> HORKHEIMER, MAX, *Razón y autoconservación*, en *Teoría crítica*, Barcelona, 1973, pp. 141 y ss.

<sup>152</sup> Cit. por THERBORN, p. 14.



Si bien creemos que en todo el pensamiento contemporáneo se busca una organización social que permita la mejor realización de las potencialidades humanas, esa búsqueda debe hacerse conforme a algunas bases ciertas, no pudiendo quedar librada a lo emocional, que es en lo que finalmente cae la teoría crítica. No es posible hacer la apología de la subversión por la subversión misma. Si bien los críticos no pretenden eso, finalmente desembocan en ese resultado, simplemente a causa de la insuficiencia y nebulosidad teóricas para establecer lo que cada *factum* tiene de liberador y de opresivo.

Filosóficamente hablando, la teoría crítica es algo inconcluso. Lleva razón en cuanto a que alza el conocimiento filosófico contra el pretendido conocimiento científico del positivismo. En tal sentido, entronca con todo el pensamiento filosófico no positivista, desde el aristotélico al existencial pasando por el kantiano. Pero cuando queremos preguntar cuál es la filosofía que opone al positivismo, no pasamos de hallar una serie de respuestas bastante confusas, en que Marx, Freud, Hegel y Heidegger —este último sin nombrarse— se mezclan en forma sumamente desconcertante, sin contar con los cambios enormes de opinión de Marcuse, por ejemplo, en muy corto tiempo.

Otro de los méritos de la teoría crítica consiste en haber puesto suficientemente de manifiesto el carácter dogmático del marxismo “institucionalizado”, especialmente después del pacto nazi-soviético<sup>153</sup>, aunque es mérito compartido con intelectuales marxistas de otras corrientes.

En cuanto al fenómeno de la delincuencia en concreto, para Horkheimer y Adorno el delincuente parece ser un enfermo, cuya característica es la labilidad, que le hace resistente a la destrucción del Yo socialmente impuesta, es decir, que resulta autoconservado precisamente por su debilidad, por su “dejarse arrastrar”<sup>154</sup>.

175. **Proyecciones penales.** a) La repercusión expresa más cercana a nuestra ciencia que esta teoría ha tenido es la criminología crítica, de la que ya nos hemos ocupado<sup>155</sup> y cuyos planteamientos se verán ahora más claros. Dentro del campo propio del pensamiento penal, la teoría ha tocado a algunos autores del proyecto alternativo alemán, como resultado de un cierto “clima” inte-

<sup>153</sup> V. MARCUSE, HERBERT, *El marxismo soviético*, Madrid, 1971.

<sup>154</sup> HORKHEIMER-ADORNO, *Dialectica dell'illuminismo*, Torino, 1966, 241-5.

<sup>155</sup> V. *supra*, § 42.

lectual que ha sabido crear. Una clara manifestación del “clima” de politización creado por la “escuela de Frankfurt” es el pensamiento de Claus Roxin, catedrático de München, particularmente en la forma en que lo expuso en una conferencia en Berlín en 1970 y que luego apareció publicado en forma de cuaderno <sup>156</sup>.

Roxin rechaza la división neta que hacía von Liszt entre política criminal y derecho penal, concibiéndolos como enfrentados. Este enfrentamiento presentaba ciertas similitudes con el de Max Weber entre política y ciencia, aunque en von Liszt no eran dos formas éticas, sino dos intereses contrapuestos. Por cierto que Roxin no rechaza la construcción dogmática del sistema <sup>157</sup>, sino que introduce en él la política criminal y desde el punto de vista de política criminal construye la teoría del delito, estableciendo conforme a sus objetivos los caracteres del mismo. Es así como Roxin considera que el tipo sólo sirve para satisfacer el requerimiento del *mullum crimen sine lege* (considerándolo un componente accidental y no lógicamente necesario), la antijuridicidad es una cuestión por la que se resuelven conflictos sociales <sup>158</sup> y la culpabilidad es una cuestión de conveniencia y oportunidad políticas para la aplicación de las penas <sup>159</sup>. Creemos que nadie puede dudar que todo el derecho resuelve conflictos sociales y, por ende, también lo hace la tipicidad, como el mismo Roxin debe reconocerlo <sup>160</sup>. La solución a conflictos de intereses la aporta todo el orden jurídico y todos los estratos teóricos del delito, y no sólo la antijuridicidad. Tampoco puede pasar hoy nadie por alto que la introducción del pensamiento teleológico con el concepto de bien jurídico, representa una imprevista político-criminal importantísima. Sintéticamente, creemos que la pretensión de Roxin, especialmente al querer reducir la culpabilidad a una cuestión de oportunidad política, en lugar de huir del positivismo, lo que logra es volver al positivismo jurídico en forma más furiosa todavía. Creemos que la “politización” criminal del derecho penal ya se hizo mediante la superación del positivismo jurídico y la apertura a la realidad ya se ha logrado cuando se construyó la teoría partiendo de la unidad de los conceptos ontológico y jurídico-penal de conducta, como el mismo Roxin lo re-

<sup>156</sup> ROXIN, CLAUD, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., Berlín, 1973; hay traducción castellana de Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1972.

<sup>157</sup> Op. cit., p. 6.

<sup>158</sup> Idem, p. 15.

<sup>159</sup> Ibidem.

<sup>160</sup> Ibidem.

conoce<sup>161</sup>, aunque cree poder avanzar más en ese proceso de politización.

En el sistema de Roxin el criterio para determinar si un precepto es o no correcto, depende de que sea el medio adecuado para lograr el objetivo político-criminal, y, consiguientemente, lo acertado de la decisión judicial habrá de depender de que la misma se adecue al fin político criminal perseguido por el precepto. Claramente le observa Honig que depende “de la adecuación al fin político-criminal del precepto, la corrección, es decir, la justicia de la decisión judicial”, afirmando con buen tino, que no puede ser la política criminal la que nos dé el criterio de justicia<sup>162</sup>. Construir los conceptos generales como simples medios de una política criminal y hacer depender la corrección de lo resuelto de la adecuación de la resolución al fin político-criminal del precepto, es más peligroso aún que el propio positivismo jurídico, porque, al menos aquí se aferra desesperadamente a la ley, en tanto que aquí se siente la irresistible tentación de pasar por sobre el precepto y dar el salto directo de la política criminal a la resolución judicial, a fuerza de no querer ver en la ley más que el mero instrumento de designios políticos no susceptible de explicarse de otra manera. De allí a la forma de razonamiento de la escuela de Kiel —prescindiendo de su contenido político concreto— hay muy poca distancia.

Dreher explica y critica del siguiente modo este punto de vista: “Opino que el concepto de dogmática y el pensamiento de la finalidad, consiguiente a la política criminal, al menos orientada por von Liszt, permanecen uno al lado del otro en forma aislada y oscura. El propósito de Roxin es solucionar esto, integrando la política criminal, con su pensamiento de finalidad y sus decisiones de valor, en la dogmática, para lograr esto quiere ampliar el pensamiento dogmático. El tipo debe servir sólo al principio del *nullum crimen*. En la antijuridicidad se trata sólo de la ‘correcta regulación social de intereses y contra-intereses’. En la culpabilidad debe tratarse sólo si la mala acción del autor merece pena. En la teoría del tipo quiere Roxin hacer triunfar la distinción por él desarrollada con éxito en la teoría de la participación entre delitos de acción y de deber, en un ámbito más amplio, ante todo para los interrogantes de la comisión por omisión”. “...Roxin quisiera conceptuar todos los delitos culposos como delitos de deber. En la lesión corporal culposa tendría algún sentido que el autor lesiona su deber de atender dentro de su ámbito a la integridad

<sup>161</sup> Idem, p. 13.

<sup>162</sup> HONIG, RICHARD, *Strafrechtliche allgemeinbegriffe als mittler kriminal politischer Ziele*, en “Fest. f. Karl Larenz”, München, 1973, 245 y ss. (246).

física del otro. Pero también la lesión corporal dolosa sería un delito de deber, y estaría perdido el sentido de toda la distinción. En cuanto al entendimiento de las causas de justificación, del que Roxin saca consecuencias para preguntas particulares de la legítima defensa, me parece que la regulación social de intereses ya en el tipo debe jugar algún papel, como sucede, por ejemplo, cuando se quiere ver en la adecuación social una causa de exclusión del tipo". En cuanto a la pretensión de que la culpabilidad es un cuestionamiento que debe responderse según que sea o no adecuado el merecimiento de pena del autor, teniendo en cuenta los objetivos de la misma, observa Dreher que "tal cláusula general es más vaga que la de la exigibilidad de Freudenthal", pudiendo extraerse de ella todo o nada. Afirma que "la pregunta de si el autor merece pena no puede ser contestada antes de la afirmación de la culpabilidad. Básicamente, ha sido la misma ley la que la ha antepuesto". Agrega Dreher que quizá haya malentendido a Roxin, pero que debería desarrollar su pensamiento más ampliamente para demostrar con más claridad qué es lo que se propone y cuáles sus consecuencias<sup>163</sup>.

b) Otro efecto penal del clima intelectual que la teoría crítica ha contribuido a crear en Alemania, fue la reacción de Bauer frente a la reforma penal. Bauer parte de la demostración de la irracionalidad del pensamiento de la retribución, que vincula acertadamente con el de la venganza<sup>164</sup>, recordando que este pensamiento fue repudiado por Schopenhauer y Nietzsche<sup>165</sup>. Afirma que la criminalidad es un producto social, que "el conocimiento de lo bueno y de lo malo y la voluntad de lo bueno y de lo malo son un reflejo del mundo circundante. La criminalidad juvenil, por ejemplo, es, en gran medida, un fiel reflejo de la 'filosofía' y praxis económicas dominantes"<sup>166</sup>. La asocialidad, entendida como indiferencia frente a lo socialmente prohibido u ordenado, y la antisocialidad, entendida como agresividad frente a los hombres que son o parecen ser felices, "son formas de expresión del malestar en la vida"<sup>167</sup>.

La alternativa que Bauer ofrece procede claramente de la "escuela de Frankfurt": se pregunta si en un derecho penal nuevo el hombre debe ser manejado filosófica o científicamente, si ese derecho penal debe ser moral o técnico. Este interrogante está precedido de una consideración acerca de las inmensas posibilidades téc-

<sup>163</sup> DREHER, EDUARD, comentario a *Kriminalpolitik u. Strafrechtssystem*, en GA, 1971, pp. 217-8.

<sup>164</sup> BAUER, FRITZ, *Das Strafrecht und die heutige Bild vom Menschen*, en "Die Deutsche Strafrechtsreform", München, 1966, pp. 11-23 (13).

<sup>165</sup> Idem, pp. 15-6.

<sup>166</sup> Idem, 19.

<sup>167</sup> Idem, p. 20.

nicas de acondicionamiento de conducta humana en la sociedad moderna. Lamentablemente, la conclusión de Bauer no es nada clara, lo que también parece proceder de la teoría crítica. Bauer parece rechazar de plano el pensamiento de un derecho penal de culpabilidad limitándolo a través del "mía es la venganza". Culpabilidad y venganza son considerados pensamientos paralelos. Pena-retribución y culpabilidad son inseparables para Bauer. "Santo Tomás de Aquino —dice— ha tomado en serio lo de 'mía es la venganza', considerando a las penas de esta vida como *penas medicinales*, tratamientos médicos para el mejoramiento del autor y el bien público. La ciencia moderna no llega a otro resultado"<sup>168</sup>. El pluralismo valorativo, es decir, el relativismo, que Bauer reconoce en muy amplia medida<sup>169</sup>, le salva de caer abiertamente en consecuencias harto similares y aún peores a las del positivismo evolucionista.

c) Una teoría confusa, cualquiera que sea, es harto peligrosa en cuanto de sus consecuencias penales se trata. Aquí vemos cómo el ambiente creado por la "escuela de Frankfurt" acercó inconscientemente a un autor al positivismo jurídico y a la "escuela de Kiel" y a otro al positivismo evolucionista. No es extraño tampoco a este ambiente politizado el planteamiento de Hassemer sobre las relaciones entre política criminal y teoría dogmático-penal<sup>170</sup>. Quizá todo esto confirme lo que los propios filósofos críticos han afirmado, esto es, que desde "dentro" no es posible ningún pensamiento sistemático, porque desemboca en el positivismo<sup>171</sup>. Lo cierto es que el pensamiento penal debe hacerse desde "dentro" y no puede dejar de ser sistemático, so pena de caer en el irracionalismo más tremendo.

Al margen de lo expresado hasta aquí, y en un planteo más concretamente referido al derecho penal y a la dogmática penal, por un camino que proviene de la vertiente de que nos ocupamos, uno de sus más lúcidos expositores, Alessandro Baratta, ha ensayado recientemente una crítica al derecho penal, desde la que entiende que la crítica sociológica al mismo pone en duda los principios del bien y del mal, de culpabilidad, de legitimidad,

<sup>168</sup> Idem, p. 23.

<sup>169</sup> V. BAUER, *Wertordnung und pluralistische Gesellschaft*, en el mismo volumen, pp. 24-39.

<sup>170</sup> V. HASSEMER, WINFRIED, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Hamburg, 1974.

<sup>171</sup> MARCUSE, *El hombre unidimensional*, cit., 19-28; THERBORN, op. cit., pp. 64-5.

de igualdad, del interés social y del delito natural y de prevención de la pena <sup>171 bis</sup>. No podemos ocuparnos aquí con detalle de esta crítica de Baratta que debe ser meditada cuidadosamente <sup>171 ter</sup>, porque en ella entendemos que se deslizan algunas confusiones de niveles, al tiempo que se extraen conclusiones apresuradas, pero frecuentemente partiendo de puntos de vista que son razonables y atendibles y que el penalismo de nuestros días no puede desconocer, sin caer en una construcción dogmática totalmente abstracta y, lo que es más penoso, ciega a los contenidos sociales que proporcionan la materia que quiere regular.

La crítica criminológica al derecho penal se viene preparando a lo largo de toda la evolución de la sociología de nuestro siglo. En efecto: Durkheim, al destacar a la criminalidad como fenómeno normal de toda sociedad, puso seriamente en duda el pretendido objetivismo valorativo de la "dañosidad social" de Liszt; la "doble cara" de todo fenómeno social de Simmel también estuvo cerca de lo mismo; la "ecología" de Chicago demostró que las comunidades contemporáneas distan mucho de ser un sistema cultural unificado; Sorokim hizo recaer gravísimas dudas sobre las tesis del determinismo biológico; los Lynd y Lloyd Warner llamaron definitivamente la atención sobre la estratificación social; en la década del cuarenta, Gunnar Myrdal reveló que las conductas desviadas de ciertas minorías hay que atribuirías más a las reacciones de la mayoría que a factores endógenos de las minorías; William Foot White reveló que el "status" no era siempre producto de habilidad, sino que la habilidad a veces provenía del mismo "status" y Kinsey puso en claro que la conducta sexual, entendida hasta entonces como "normal", distaba de ser totalmente generalizada. Ya con esto hay unos cuantos elementos críticos para el derecho penal. Si a ello agregamos la crítica sociológica posterior, estos elementos aumentan pero no por ello pueden extraerse consecuencias absolutas.

En cuanto al funcionalismo, aún aceptando que toda criminalidad cumpla bajo cierto punto de vista una función positiva en la sociedad —lo que no es posible absolutizar— lo único que demuestra es que es falso el objetivismo positivista de la dañosidad social, pero no pone en crisis el principio del bien y del mal. A nivel grupal puede sostenerse eventualmente eso, pero no a nivel de fenómeno individual, porque nadie serenamente puede afirmar que, como fenómeno individual, sea positivo el homicidio o el genocidio. El pluralismo cultural revela que es falso el concepto de "delito natural" positivista, al estilo garofaliano, como que también es falso el derecho penal que pretenda fundarse en un objetivismo valorativo de corte idealista, llevándonos a una más adecuada aplicación del error de comprensión y de un rechazo consciente de cualquier tentativa del genocidio cultural. La circunstancia de que en muchos casos el sistema penal opere a la inversa, como fomento del delito en

<sup>171 bis</sup> BARATTA, ALESSANDRO, *Criminologia e dogmatica penale, passatto el futuro del modello integrato di scienze penalistica*, en "La Questione Criminale", año V, mayo-agosto de 1979, pp. 147 y ss.

<sup>171 ter</sup> V. nuestra conferencia en el XXIXº Curso Internacional de Criminología, Pamplona, 1980 (inédita).

lugar de prevención del mismo, lo que se pone en claro con las teorías del etiquetamiento y del estereotipo, no es argumento del que pueda concluirse fácilmente que esto acontece invariablemente —pensemos en los criminales de guerra— ni puede afirmarse sin más que el delito depende de la reacción social y no de alguna diferencia óptica surgida de la conducta misma. Esto nos lleva únicamente a aceptar que la criminología debe tener como objeto de estudio también la reacción social y que un derecho penal realista debe aceptar, eventualmente, la efectividad de la criminalización como realidad, lo que bien puede conducir a sostener que en algunos casos la reincidencia, en lugar de ser una causa de agravación, debe ser una causa de atenuación, porque lo criminalizante fue precisamente la acción represiva previa con la que debe cargar el Estado. No obstante, siempre habría una innegable diferencia óptica entre fumar un cigarrillo de marihuana y cometer un genocidio. Por otra parte, la teoría del conflicto pone de manifiesto algo que todos conocemos: el principio de igualdad no tiene valor absoluto, sino de guía orientadora que debemos tratar de hacer realidad cada día más, pero de allí no puede seguirse que la tipificación sea siempre arbitraria y que todos los delitos sean políticos —lo que recuerda a Dorado Montero— puesto que hay una considerable diferencia entre la tipificación más o menos racional de delitos en una democracia occidental y la antojadiza arbitrariedad de un tirano vulgar. Por lo demás, la crítica a la resocialización como criterio absoluto es lo único que surge claramente del proceso eventual de criminalización, en lo que coincidimos totalmente, pero no puede negarse por ello que es válida la tentativa de resocializar cuando ello sea posible, siempre que no lo entendamos como algo mecánico e inevitable, sino dimensionando las posibilidades y exigencias conforme a la realidad y desnudando lo que realmente es tentativa de resocialización y lo que bajo ese nombre encubre una brutal represión, que es algo parecido a lo que acontece con las medidas de seguridad manicomiales, problema que se vincula estrechamente con los planos de la antipsiquiatría, que son atendibles en gran medida, particularmente cuando desnudan las condiciones represivas y despersonalizantes de las instituciones totales, sean cárceles o manicomios.

En síntesis, creemos que la crítica sociológica al derecho penal no puede pasarse por alto, pero que tampoco pueden extraerse de ella consecuencias apresuradas. Es verdad que, pasándolas por alto, la ciencia penal se convierte, en una dogmática de cuño idealista, en un instrumento ciego del sistema (en ello tiene razón Baratta), pero no es cierto que toda dogmática jurídica deba acabar en eso, y menos aún lo es que no haya futuro para la misma, que no tenga salida metodológica. La integración del dato sociológico por vía de una dogmática realista es tarea del futuro y a eso tendrá que tender todo derecho penal que quiera asentarse mínimamente en el hombre, entendido como algo diferente a una "cosa".

## VIII. — LAS CORRIENTES EXISTENCIALES

176. **Existencialismo y la antropología existencial de Heidegger.** Por supuesto que no es este el lugar para referirnos a la filosofía existencial en todas sus variantes y corrientes, no obstante lo cual, cabe advertir que todas ellas tienen una característica definitoria común, que hace de la filosofía de la existencia el movimiento más revolucionario del siglo en el pensamiento, carácter que se observa mejor a medida que la distancia en el tiempo permite analizarlo más detenidamente, libre ya de las confusiones generadas por la popularización de algunas versiones y actitudes que la hicieron en un momento, una suerte de “moda de post-guerra”.

Es característica general de este pensamiento la de concebir al hombre como un “ser-en-el-mundo”, del hombre en relación con su propio “ser”, esto es, de la existencia (el hombre como ente que decide acerca de su propio ser). Ocupándose del hombre como “ser-en-el-mundo”, necesariamente debe ocuparse del “mundo”, pero no en la forma en que lo hizo el idealismo, del mundo como si fuera algo puesto por el hombre, sino del mundo como trascendencia. Una filosofía que lleva a primer plano la relación del hombre con su propio ser, es decir, la existencia, necesariamente tiene que vincularse con todas las corrientes del pensamiento y del arte que a lo largo de la historia han puesto de manifiesto la misma problemática.

Para el existencialismo *como filosofía* no hay una naturaleza humana, sino que la característica del ser del hombre es que en su ser le va su propio ser. Ello no implica que más allá de la filosofía, sus conclusiones puedan ser compatibles con otras visiones antropológicas fundadas en verdades a las que se accede por la fe. La filosofía tiene límites, más allá de los cuales comienza la teología, y esta etapa sólo es negada por algunas corrientes existencialistas (el llamado existencialismo ateo). Otras se limitan a afirmar la falta de naturaleza humana al mero nivel filosófico, sin pretender negar otros niveles, a los que la filosofía no llega. Tampoco la antropología existencial implica que la “inestabilidad” de la existencia se traduzca en una indiferencia respecto de la realización de cualquier conducta, es decir, que el hombre sea absolutamente libre para elegir cualquier conducta, criterio que también sólo corresponde a algunas corrientes existencialistas<sup>172</sup>.

<sup>172</sup> La crítica al existencialismo francés de ABBAGNANO, por ej., en *Filosofía, religión, ciencia*, Bs. As., 1961, pp. 9-10; la crítica de HEIDEGGER a



Creemos que la más vigorosa corriente existencialista es la que señaló Martín Heidegger<sup>173</sup>, al menos en el sentido de que ella es la que consideramos en mejores condiciones para brindarnos una base para la construcción de una fundamentación antropológica adecuada para nuestra ciencia. Trataremos aquí de proporcionar una idea muy general de sus líneas fundamentales, sin perjuicio de advertir la enorme dificultad de semejante síntesis y de seguir sacando consecuencias de la misma a lo largo de toda nuestra exposición.

Para Heidegger, la *pregunta de las preguntas* es el interrogante ontológico, el preguntarse por el ser de los entes, la pregunta que interroga por el ser. Comienza preguntándose a qué ente hay que preguntar por el ser, toda vez que el ser es ser de los entes. Encuentra al hombre como el ente al que le está señalado el interrogante ontológico, porque es un "ser ahí" (un *Dasein*), un "ser en el mundo" ("in-der-Welt-sein") a quien en su ser se encuentra ("le va") su propio ser. Por otra parte, dice que el hombre está señalado porque se mueve en una comprensión previa de lo que es el ser, en una comprensión que no es ontológica ciertamente, sino pre-ontológica. En consecuencia, Heidegger, que se plantea como pregunta fundamental la ontológica, realiza una tarea previa de *analítica existencial*, que consiste en la investigación del ser ónticamente señalado, pues la pregunta que interroga sobre el ser habrá de tener la forma del ser que pregunta. De esta analítica existencial pretende extraer al menos el sentido de la pregunta que interroga sobre el ser. Debe tenerse en cuenta que la analítica existencial de Heidegger es sólo preparatoria en sus investigaciones, que tienen como objetivo principal la ontología.

Esta observación resulta fundamental para comprender que no hay "dos Heidegger": el de *Ser y tiempo* y el "último Heidegger", sino que hay una permanente búsqueda del ser que se inicia con

---

SARTRE, en *Carta sobre el humanismo*, Bs. As., 1960, p. 82. En general, sobre existencialismo en forma panorámica, pueden verse: FATONE, VICENTE, *El existencialismo y la libertad creadora*, Bs. As., 1949; JOLIVET, REGIS, *Las doctrinas existencialistas desde Kierkegaard a J. P. Sartre*, Madrid, 1950; PAREYSON, LUIGI, *El existencialismo*, Bs. As., 1949; PRINI, PIETRO, *Existencialismo*, Barcelona, 1957; GRENE, MARJORIE, *El sentimiento trágico de la existencia (existencialismo y existencialistas)*, Madrid, 1961.

<sup>173</sup> Cabe consignar que dentro del existencialismo hay filósofos que rechazan la calificación de "existencialistas" (como HEIDEGGER, *Carta*), en tanto que otros se asignan expresamente ese calificativo (así, ABBAGNANO, *Introducción al existencialismo*, México, 1969, p. 9).

*Ser y tiempo* en 1927<sup>174</sup> y que se continúa con una segunda etapa en que, puesto de manifiesto el sentido de la pregunta —cuyo sentido sería “¿por qué no nada?”— Heidegger cree que la búsqueda no se puede llevar adelante preguntando a ningún ente, sino que queda pendiente en el tiempo. Para nuestros efectos, la fundamental es la primera etapa, por lo que no seguiremos aquí los lineamientos de la etapa llamada de la *Kehre* (la “vuelta” o el “giro”)<sup>175</sup>.

Heidegger concibe a la *existencia* como una posibilidad para el hombre: posibilidad de ser él mismo o de no ser él mismo<sup>176</sup>. De allí que la existencia sea un modo de comportarse frente al ser. La existencia no es en sí misma una posibilidad, sino que la posibilidad configura la estructura fundamental de la existencia. El hombre elige, y, en la elección, elige ser o no ser. Mediante la elección, el hombre trasciende proyectándose al mundo, porque el hombre siempre es un “ser en el mundo”. “Mundo” no significa aquí una “suma de cosas”, sino que tiene un sentido particular que es muy importante para nosotros, y en el que debemos detener nuestra atención.

*Mundo* es expresión que cobra un particular significado en Heidegger. “La persona no es ninguna cosa, ninguna substancia, ningún objeto”<sup>177</sup>, sino que sólo existe en la ejecución de los actos intencionales, es decir, cuando se vale o se sirve de algún objeto. Los entes en general, se distinguen entre los que tienen la forma de “ser a la mano” (de instrumentos) y los que no tienen la forma de “ser a la mano”. Estos últimos son los hombres. Los anteriores siempre tienen un “ser para”, pero el hombre no es un “ser para”. Los otros son útiles, son “para” y todos los “para” van a dar finalmente en el hombre. Estos “para” de los entes que no son el hombre constituyen la significación de los entes en particular, *siendo el mundo la suma de esas significaciones*.

Los entes como “material del mundo” preexisten y son independientes del conocimiento del hombre. Lo único que el hombre les pone son los “para”, las significaciones. La significación agrega

<sup>174</sup> Las citas corresponden a *Sein und Zeit*, Tübingen, 1953.

<sup>175</sup> Sobre lo que se llama la “vuelta” (*die Kehre*) de HEIDEGGER, hay una amplia literatura y opiniones encontradas. Puede verse ABBAGNANO, III, 742-6 (que nos parece bastante precisa); DERISI, OCTAVIO N., *El último Heidegger*, Bs. As., 1969; CORVEZ, MAURICE, *La filosofía de Heidegger*, México, 1970; ECHAURI, RAÚL, *Heidegger y la metafísica tomista*, Bs. As., 1971; AS-TRADA, CARLOS, *Heidegger, De la analítica ontológica a la dimensión dialéctica*, Bs. As., 1970, pp. 109 y ss.

<sup>176</sup> *Sein und Zeit*, p. 12.

<sup>177</sup> *Sein und Zeit*, p. 47.

un valor, pero el valor “es incapaz de añadir cualquier dato al ser de los bienes”<sup>178</sup>.

Los entes son para el hombre, en cuanto son entes que tienen la forma del “ser a la mano”, es decir, que son útiles que pueden ser utilizados. El espacio, existencialmente hablando, no es puramente geométrico, sino que es la distancia con los entes en cuanto a posibilidad de uso de los mismos. Esto no puede servir para tomar a la analítica existencialista como un subjetivismo, porque en modo alguno el punto de partida puede ser el puro Yo. Esto obedece a que no hay Yo sin mundo, desde que el Yo sólo puede ser en el mundo y el mundo implica la presencia de entes que tienen la forma de entes “a la mano” y de otros que no tienen esa forma y que, por ende, también “son en el mundo”. El ser del hombre es siempre un co-ser, la existencia es siempre una co-existencia.

En cuanto a las cosas, el hombre en su existencia —que es co-existencia— se *cura* de ellas, y en cuanto a los hombres, *procura* por ellos, *facilitándoles su propia cura*. No obstante, este “procurar por otro” puede hacerse facilitándole la propia cura o quitándole la cura, que es una forma de sustituirse al otro, arrebatándole la existencia. Para Heidegger, la existencia auténtica —que no puede ser sino es co-existencia— sólo se da en la medida en que facilita la cura del otro, siendo inauténtica la existencia que le quita al otro la cura, como también la que pasa indiferente al lado del otro.

Al determinar qué es lo que considera Heidegger la existencia auténtica y la existencia inauténtica es donde llegamos al punto más importante de su razonamiento. El hombre se encuentra lanzado al mundo —a un universo de significaciones— en forma tal que no puede ser sin el mundo y, sin embargo, tiene la elección en la cura, como posibilidad de trascender y proyectarse al mundo. No obstante, forma parte de la estructura de la existencia una forma de ser que consiste en el dejarse arrastrar, en el dejarse llevar por el mundo, no proyectándose, renunciando a la elección y a la cura, es decir, aceptando las significaciones simplemente, dejándose llevar por el mundo. Esta es la forma de existencia impersonal, del “se . . .” (en el sentido de “se dice”, “se piensa”, “se habla”, “se cree”). Se trata de una forma de existencia que no es de nadie y que es de todos, en la que se cae. El “se” (*das Man*) no tiene para Heidegger un contenido peyorativo —como en otros existencialistas—, porque precisamente desde ese “se”, desde el existir inauténtico

<sup>178</sup> *Sein und Zeit*, p. 99.

tico, es que surge el existir auténtico. ¿Cuál es la fuerza impulsora de este surgimiento? Debe haber una explicación por la cual se llega a que el hombre se siente impulsado a dejar el cómodo “se” impersonal y a trascender al mundo, con un sello electivo personal en la cura respecto de los entes que no tienen la forma del “ser a la mano”, en darles su propia significación a esos entes.

La fuerza que lleva del existir inauténtico al existir auténtico, del dejarse arrastrar por el mundo al elegir (a la cura), es la *angustia*.

Por *angustia* no debe entenderse lo mismo que por “miedo”. El miedo siempre es miedo a un hecho futuro incierto, en tanto que frente a un hecho futuro y cierto no puede haber miedo. El miedo proviene de que no estamos seguros acerca de lo que sucederá. La angustia proviene de nuestra ineludible certeza acerca de lo que pasará. Eso es lo que pasa con la muerte. Frente a la muerte en sí misma no tenemos miedo, sino angustia. No se trata aquí del miedo ante una amenaza de muerte inmediata y menos aún miedo frente al dolor y a la enfermedad, sino de la comprensión de que la muerte, la propia muerte, es la más radical de las posibilidades y que la comprensión de la propia muerte es lo absolutamente irrepitable, a partir de lo cual se comprende la existencia.

La angustia, el temor a la muerte como límite metafísico del hombre, es lo que de irrepitable, de individual hay en el hombre, a partir de lo cual se le da sentido a la existencia, se resuelve acerca del propio ser. El hombre se oculta la muerte, trata de olvidarla, de superarla, y con ello quiere salir de su propia plenitud y cae en la existencia inauténtica. No obstante, no puede evitar la angustia, sobreviene la angustia y la crisis, que le impulsa a ser, a asumir su existencia auténtica. El hombre no puede eludir siempre la angustia, sólo que en los casos patológicos puede serle imposible asumir su propia existencia<sup>179</sup>. En la existencia anónima se pierde el “habla” en la “habladuría”, se inclina el hombre a la curiosidad por la apariencia de las cosas, y la habladuría y la curiosidad externa desembocan en el equivoco, en la forma de perderse en lo impersonal, en el “se”, en el *das Man*. La “voz de la conciencia” llama al hombre angustiado y le lleva a su existir auténtico, que es vivir para la muerte.

“Vivir para la muerte” no significa un morboso deambular en torno del problema de la muerte. El hombre que ya no se fuga

<sup>179</sup> Sobre ello, BINSWANGER, LUDWIG, *Tres formas de la existencia frustrada*, Bs. As., 1972.

ante la certeza de que en un momento su existencia se hará imposible en la muerte, asume su propia existencia, y allí se encuentra solo, porque frente a todo lo demás está junto a todas las demás cosas del mundo, en tanto que frente a su propia muerte, el mundo retrocede, porque el temor a la muerte aleja al mundo. Por su propia estructura el hombre va siendo mientras existe y nunca está terminado, nunca es del todo, hasta la muerte, en que tampoco es del todo porque deja de ser. Si no es capaz de anticipar y comprender su propia muerte como suya propia, no puede comprender su existencia. La singularidad de la existencia se halla en la anticipación de la propia muerte, en que el hombre no puede ser sustituido por nadie.

Mediante este pensamiento, que introduce a la muerte en la existencia, Heidegger singulariza al hombre y, de este modo, le hace cobrar dignidad, elevándolo por sobre las concepciones biológicas y sin necesidad de llegar al plano teológico, aunque sin que esta antropología quiera negar el substrato biológico ni la posibilidad de un paso teológico.

La antropología existencial no es "atea", como se ha pretendido, al menos en este pensamiento, salvo que por "ateo", se entienda algo diferente de lo que usualmente se entiende. Usualmente "ateísmo" es no creer en Dios o negar la existencia de Dios. De la antropología de Heidegger si se la quiere calificar de *atea*, sólo podrá decirse que no llega al nivel teológico, pero no que niega a Dios. En este sentido también sería "atea" la botánica.

Siguiendo el camino existencial y no lejos de la utopía, Buber se aproxima a una anulación de la dignificación humana de la analítica existencial de Heidegger, con una visión que —cabe reconocer— es harto generosa, aunque injusta en sus críticas y peligrosa en sus consecuencias. Buber recuerda que Kierkegaard decía que el hombre tenía que llegar a ser "singular" para entrar en comunicación con el "Absoluto"<sup>180</sup>. Le imputa a Heidegger que pretende que el hombre llegue a ser sí mismo en su soledad, en su repliegue consigo mismo para no comunicarse con nadie. Tal crítica es del todo infundada, pues, como el mismo Buber reconoce, el hombre en la concepción de Heidegger nunca llega a ser sí mismo solo, sino siempre vinculado a otros que tienen la misma estructura del ser que él. Buber parece dar a entender que Heidegger concibe al hombre como un egoísta y que, conforme a este punto de vista, llegaríamos a una convivencia de egoístas ais-

<sup>180</sup> Sobre la importancia de KIERKEGAARD para el pensamiento existencial, SARTRE-HEIDEGGER-JASPERS y otros, *Kierkegaard*, Madrid, 1970.

lados. Nada puede ser más inexacto que esta idea, porque la existencia (*Da-sein*) es para Heidegger un co-existir, un ser con otro (*Miteinandersein*), en que cada *Dasein* procura (*besorgen*) por los otros en forma que cada quien pueda alcanzar su mismidad (*Selbstsein*). Lo que Buber pretende es agregar un peldaño más alto al "ser sí mismo" (*Selbstsein*), una meta autenticidad por la que el Yo se relaciona con el Tú en su esencia (*Wesen*) misma. Tal posibilidad —de existir— no nos arrojaría nueva luz al planteo, sino que se manifieste como un deseo de perspectiva futura, ya que el mismo Buber admite que tales posibilidades son muy escasas y los ejemplos que da no dejan de ser dudosos, porque no pasan de ser formas de existencia auténtica.

De toda forma, de existir esta posibilidad de meta-autenticidad de que habla Buber, sus consecuencias para el derecho penal no serían relevantes, puesto que no alterarían el planteo antropológico fundamental de Heidegger, al menos en sus líneas de consecuencia penal. El derecho como orden social que aspira a posibilitar la existencia auténtica garantizando sus condiciones externas, posibilitará también toda relación humana auténtica, cualquiera sea el grado alcanzado. No obstante, bueno es observar que respecto del planteamiento de Buber es conveniente tener en cuenta lo dicho respecto de cualquiera de las utopías. Aquí se corre el riesgo de que, so pretexto de una ultra-autenticidad ilusoria, se lesione lo que de irreproducible hay en cada hombre <sup>181</sup>.

Un fundamental aporte de Heidegger al pensamiento contemporáneo es su crítica demoledora a la filosofía de los valores y, en general, al idealismo y a sus inevitables consecuencias valorativas <sup>182</sup>. Aquí el existencialismo pone de relieve todas las limitaciones que padece todo el objetivismo valorativo, pero de ello nos ocuparemos cuando hagamos referencia al brote contemporáneo del mismo <sup>183</sup>.

177. El punto de vista antropológico de Maihofer. Uno de los más interesantes ensayos de aplicación del pensamiento existencial a la problemática fundamentadora del derecho lo ha llevado a cabo Werner Maihofer, catedrático de München y de destacada actuación política en Alemania Federal. Si bien no coincidimos con todo el pensamiento de Maihofer, bueno es exponerlo, ante todo porque se trata de uno de los más empeñosos esfuerzos en este sentido, y, luego, porque proviene justamente d' un penalista.

<sup>181</sup> Sobre ello, BUBER, MARTIN, *¿Qué es el hombre?* cit. 81 v ss; también *Yo y Tú*, Bs. As., 1969.

<sup>182</sup> V. HEIDEGGER, *Introducción a la metafísica*, Bs. As., 1972, pp. 333-4; *Carta*, cit., p. 104.

<sup>183</sup> V. infra, 179.

En un trabajo fundamental de 1954<sup>184</sup> Maihofer se propuso investigar el ser del derecho, es decir, la ontología jurídica. Afirma que en los esfuerzos realizados hasta ese momento surge siempre la duda acerca de si esa pregunta no es una verdadera tautología. Partiendo de la analítica del “ser en el mundo” de Heidegger, se pregunta por qué ha de ser inválida la tarea de preguntarse por un “ser en el derecho”, afirmando que ni el prejuicio ontológico del neo-kantismo ni la respuesta metafísica del neo-tomismo nos pueden relevar de esa tarea. De una primera ojeada sobre los trabajos de Heidegger resulta que en ninguna parte de los mismos éste hace del derecho un tema expreso y que sólo indirectamente se refiere al derecho en su analítica del “ser en el mundo”, como “mundo público”, siendo por ende el derecho una forma de la existencia cotidiana, es decir, de la existencia inauténtica, que nada tiene que ver con el auténtico “ser culpable”. Indagando en otros autores del existencialismo, descubre que también para Sartre y para Jaspers el derecho es una forma de ser inauténtica.

Así, para Jaspers, los preceptos jurídicos equivalen a lo mecánico y muerto; ellos dicen siempre lo mismo y significan —de ser seguidos— la previsibilidad del actuar. No pueden ser absolutos, pues, de serlo, la vida sería conforme a estos deberes generales y absolutos, el único camino de la existencia. Lo auténtico es para Jaspers el producto de la propia exigencia y no del precepto jurídico, cuya forma general y abstracta le da un contenido esperado por cualquiera. Nada diferente sucede con Sartre para quien la pregunta por el qué debe hacer cada uno sólo es responsable en la situación concreta (moral concreta). Desde estos puntos de vista, toda institución jurídica será pura “posibilidad de conservación” y “peligro de seducción” y el derecho en general será indiferente desde el punto de vista de la autenticidad de la existencia, cuando no resulte contrario y peligroso a la misma. Sostiene que dentro de los planteos filosóficos existencialistas la oposición al mandato que ordena ser sí mismo por parte del que ordena ser como se debe ser no tiene solución, y que esta carencia de solución que conduce a Sartre y a Jaspers a caer en el idealismo, lo lleva a Heidegger a abandonar el tema sin resolverlo.

Aquí Maihofer se vuelve hacia la filosofía de Heidegger y hace una corrección de la misma hartamente singular. Entiende que así como hay un “ser sí mismo” auténtico y un “ser público” inauténtico

<sup>184</sup> MAIHOFFER, WERNER, *Recht und Sein, Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Frankfurt, 1954.

tico (únicos admitidos por Heidegger), hay también un “ser como” que es auténtico: es el “ser-como” padre, viuda, maestro, alumno, ciudadano, etc., que son las distintas formas de “ser en el derecho”. Abre así un “ser en el derecho” que considera tan auténtico como el “ser en el mundo”.

En estos “prolegómenos” para una ontología jurídica, Maihofer trata de evitar lo que considera que es una caída en el neokantismo por parte de Jaspers, pero creemos que está bordeando —sino cayendo— en lo mismo por un camino diferente: si Jaspers cae en el neo-kantismo de Baden, Maihofer cae en el neo-kantismo de Marburg, porque crea un “mundo del derecho”, dejando de lado la realidad, es decir, que el derecho “en el mundo” es sólo un ente, con la forma de “ser a la mano”. El planteo existencial sale bastante alterado de este análisis, porque si bien no se habla de un mundo del derecho, evidentemente se lo crea a partir de la expresión “ser en el derecho”. Maihofer edifica un mundo jurídico, con total olvido del otro, del único, copiándose sólo su estructura.

Creemos que ésta no puede ser la solución, sino que, más bien, la solución está en reconocer expresamente que el derecho pertenece al mundo como un ente para el hombre, para la existencia del hombre, como medio de posibilitarla exteriormente y no pretender ninguna “autenticidad” en el derecho, que es un problema ético.

Más interesante es la exposición que hace Maihofer en un trabajo de 1972, que titula *Antropología de la coexistencia*<sup>185</sup>, cuyas líneas generales resumiremos.

Afirma ahora que siempre que dos existencias se encuentran en una situación común, sin que permanezcan en ella como dos “substancias vecinas”, es decir, siempre que se relacionen, se dará una situación de coexistencia. La situación de coexistencia presupone una experiencia fundamental, que es la relación de identidad y de diferencia: se reconoce la identidad del Yo a partir de la diferencia del Tú. De esta experiencia fundamental, Maihofer deduce que todo estado de coexistencia viene circunscripto por cuatro momentos, que son: la autonomía, el extrañamiento, la resistibilidad y la indisponibilidad. La autonomía del Yo y el extrañamiento frente al Tú, le permite al Yo ver al tú “como” (*als*). El “ser-como” del hombre es ahora para Maihofer su socialidad. Como las relaciones sociales no son relaciones armónicas, sino desarmonías (porque el mundo es paradójico, antagónico, contradictorio,

<sup>185</sup> MAIHOFFER, WERNER, *Anthropologie der Koexistenz*, en “Mensch und Recht”, Fest. f. Erik Wolf, Frankfurt, 1972, pp. 163 y ss. La evolución de su pensamiento puede seguirse a través de *Von Sinn menschlicher Ordnung*, Frankfurt, 1956; *Naturrecht als Existenzrecht*, Frankfurt, 1963.



antinómico), hay una resistibilidad de mi voluntad concreta frente a una indisponibilidad de la voluntad del otro. "Yo estoy 'por naturaleza' no entregado a esta voluntad de bien o de mal del otro en relación conmigo mismo, en tanto no estoy verdaderamente necesitado de este determinado otro —que depende de la voluntad ajena que es indispensable para mí—, cuando también sin él puedo vivir, si no le necesito verdaderamente, si puedo hacerlo a un lado, si puedo quitarlo del camino". En todos estos casos no existe el peligro de pérdida de autonomía, pero este peligro surge cuando estoy necesitado. El servicio de un hombre por otro no es posible excluirlo como posibilidad, puesto que siempre habrá relaciones de no equivalencia de necesidades. "No otra cosa que el arreglo de esta posible inhumanidad de las relaciones humanas, la supresión de la inhumanidad efectiva de las relaciones humanas, es la finalidad de toda moral y de todo derecho".

Maihofer se refiere luego a la "dialéctica de la coexistencia", afirmando que la diversidad de intereses puede superarse en el acto de amor al prójimo, que es una entrega de la existencia al otro que consiste en ponerse a juzgar desde el punto de vista del otro<sup>186</sup>. Cuando la entrega es mutua se perfecciona una identificación bilateral que da lugar a la existencia común, al *nosotros*. Pero la existencia individual hace que el propio punto de vista se vea generalmente como obvio, como natural, y para verlo de otra manera se requiere ubicarse desde diversos puntos de vista. "Cualquier situación de coexistencia tiene un sentido y un valor que no es simple, sino múltiple, conforme a la divergencia y convergencia de puntos de vista de intereses y esperanzas de las personas que se encuentran participando en ellas". Pero colocarse en el punto de vista de los otros requiere un esfuerzo. En la posibilidad de realización de este esfuerzo radica la diferencia del hombre con el animal. Cuando nos hallamos en relaciones con "ajenos otros" se hace necesario crear una solidaridad artificial, pues el colocarnos sólo en el punto de vista altruista nos lleva a una postura moralista hueca. El punto de vista correcto nos lo facilita aquí la llamada "Regla de oro", que se encuentra en su expresión negativa —posteriormente convertida en proverbio— en el Antiguo Testamento: "No hagas a los otros lo que no quieres que los otros te hagan a tí", y en el Nuevo Testamento en formulación positiva: "Haz a los demás lo que quieres que éstos te hagan". Con este principio de reciprocidad, no se trata ya de ponerse en el punto de vista del otro, sino que tratamos y valoramos las cosas desde un punto de vista bilateral, abarcante del Yo y del Tú. De este modo encuentra Maihofer "la síntesis de esta contraposición que permanece antitética entre ambos puntos de vista del bien y del mal que se hallan en juego (entre el del agresor y el del que se defiende, por ejemplo). "Desde este horizonte de intersubjetividad debemos tratar y juzgar todas las cosas y cursos que en toda situación de coexistencia juegan entre personas".

<sup>186</sup> Existe una similitud con el psicoanálisis existencial de FRANKL, VIKTOR. *Fundamentos antropológicos de la psicoterapia*, Río de Janeiro, 1978.

Pero cuando juzgamos esta situación de coexistencia conforme con este principio de reciprocidad, no con ello garantizamos que la solución que damos se integre “al orden general de la sociedad humana”. Este segundo aspecto requiere otra regla fundamental de la ética social, que Kant llamó “imperativo categórico”. El imperativo categórico dice: “Condúctete por la máxima que al mismo tiempo puedas querer que sea la ley general”. Así, al principio de reciprocidad —que Maihofer llama “horizontal” de la Regla de Oro— lo complementa con el principio “vertical” del imperativo categórico. “Con ello ejecutamos, en tal contraprueba, conforme al imperativo categórico, nada más que la integración del principio de reciprocidad que hemos hallado para el correspondiente orden especial de esta determinada situación, en un orden general suficiente al principio de universalidad para tales situaciones de coexistencia general”. “En otras palabras, la regla de oro y el imperativo categórico, no son ningún pensamiento formal, sino una prueba histórica material de la efectiva utilidad de una regla de conducta como ley de conducta de la generalidad en este mundo real, con su determinada constelación ideológica y sociológica de intereses y aspiraciones del viviente aquí y ahora históricos, contemplando determinados roles y trances conforme a la condición histórica, humana y social, como personas pensantes y volentes”. De este modo afirma que puede objetivarse la justicia, no como verdad teórica, sino práctica.

“El orden de lo interhumano corresponde a estas dos reglas fundamentales de la moral de la sociedad, apunta, en último análisis, a nada distinto que a la fundamentación y justificación del recíproco y universal querer mediador de la *volonté générale*, no del poder querer en el pensamiento de cualquier dónde y cuándo, sino en la realidad aquí y hoy del hombre histórico, viviente y pensante”.

Maihofer encuentra el mismo fundamento para el estado moral que para el jurídico, que parte del reconocimiento de ambos principios (el de reciprocidad y el de universalidad), fundado en el hecho de que la sociedad humana no se encuentra en estado “natural”, sino en la cultura. En lo jurídico, encuentra la vinculación *recíproca* en el contrato y la *universal* en la voluntad de la ley. Así, concibe al derecho como la “*voluntad mediadora y vinculante de la coexistencia del Yo y del Tú en el Nosotros*”.

178. Otros pensamientos existencialistas. Muchos filósofos a los que generalmente se califica de existencialistas, suelen eludir este calificativo —empezando por el propio Heidegger—, en tanto que otros lo lucen con orgullo. Lo cierto es que el existencialismo no es una corriente unitaria. Este pensamiento se remonta a Kierkegaard y recibe el aporte importante de Husserl. Miguel de Unamuno había descubierto a Kierkegaard antes que lo hiciera el resto de Europa. Su pensamiento bien puede incluirse dentro de esta corriente<sup>187</sup>. Muy claro a este respecto

<sup>187</sup> Sobre UNAMUNO, AMANDO LÁZARO ROS, *Unamuno, filósofo existencialista*, en GRENE, MARJORIE, *El sentimiento trágico de la existencia*, Madrid,

resulta por ejemplo su afirmación de que “la suprema sensación de angustia” que nos da el sentimiento de mortalidad, de “anonadamiento”, nos arranca “del mundo de la apariencia, nos lleva de golpe al conocimiento substancial de las cosas”<sup>188</sup>.

Es difícil sintetizar la diversidad de corrientes del existencialismo. Prini considera que hubo en él tres períodos: el romántico (Kierkegaard, Nietzsche, Dostoievsky, Kafka), el metafísico (Heidegger, Jaspers, Marcel, Berdiaev) y el humanista (Sartre, Abbagnano)<sup>189</sup>. Creemos que Nietzsche no puede ser considerado existencialista y que la distinción entre un período metafísico y otro humanista no queda bien fundada. No obstante, también Wahl se halla cerca de esta división<sup>190</sup>. Quizá sea lícito decir que hubo un existencialismo romántico —o mejor un romántico que se encaró con la existencia— que fue Kierkegaard, quien reconoce antecedentes en Duns Escoto y para quien el pecado original era haber tomado los frutos del árbol de la ciencia, por lo que trataba de volver al árbol de la vida, que es volver a la omnipotencia divina, rompiendo con todos los “imposibles” señalados por la razón, lo que le llevaba a quedar a merced de la misericordia divina en la locura y en la muerte<sup>191</sup>.

Si queremos rastrear antecedentes del existencialismo, recordemos que Bochenski rechaza las interpretaciones que muestran a San Agustín y Santo Tomás como existencialistas<sup>192</sup>. Buber desarrolla su teoría del Yo y del Tú a partir de un párrafo de Ludwig Feuerbach<sup>193</sup>. En esa senda puede llegar a pretenderse que Aristóteles era existencialista.

En cuanto al problema de Dios, Heidegger no llega hasta él, Jaspers asume una confesa posición teísta y Sartre pretende manifestarse radicalmente ateo.

Jaspers demuestra una clara preocupación ontológica; llama al “ser” lo “circunvalante”<sup>194</sup>. En lo moral lleva la incondicionalidad kantiana hasta su máximo grado de extremismo, llegando a afirmar que “morir por algo, para dar testimonio de ello, introduce una finalidad y con ella impureza en el morir”<sup>195</sup>. Es quien más se ocupó de las cuestiones jurídicas. Expresa que la política no puede dar la libertad, sino las condiciones de la libertad<sup>196</sup>. “Si todos los hombres deben ser libres

1981; MARIAS, JULIÁN, *Miguel de Unamuno*, Madrid, 1943; ARTURO BARCA, *Unamuno*, Bs. As., 1959; CARLOS VAZ FERREIRA, *Tres filósofos de la vida. Nietzsche, James, Unamuno*, Bs. As., 1965; otros autores, *Unamuno a los cien años*, Salamanca, 1967.

<sup>188</sup> UNAMUNO, *Vida de Don Quijote y Sancho*, Bs. As., 1943, p. 217.

<sup>189</sup> PRINI, *Existencialismo*, Barcelona, 1957, pp. 7-8; FRITZ HEINEMANN, *Existenz-Philosophie, Lebendig oder Tot?*, Stuttgart, 1954.

<sup>190</sup> WHAL, JEAN, *Historia del existencialismo*, Bs. As., 1971.

<sup>191</sup> Cfr. CHESTOV, LEÓN, op. cit.

<sup>192</sup> BOCHENSKI, op. cit., p. 175.

<sup>193</sup> BUBER, *¿Qué es el hombre?*, cit., p. 58.

<sup>194</sup> JASPERS, *La filosofía*, cit., pp. 24 y ss.

<sup>195</sup> Idem, p. 45.

<sup>196</sup> Cit. por VERDROSS, p. 348.

—dice— la libertad de cada uno es sólo posible en cuanto pueda coexistir con la libertad de todos. A cada persona corresponde una esfera de arbitrio jurídico (libertad negativa), por virtud de la cual puede aislarse respecto de los demás. Moralmente, sin embargo, la libertad exige abrirse los unos a los otros, por amor y por mandato de la razón, pero sin coacción de ninguna especie (libertad positiva)". "Sólo por la realización de la libertad positiva sobre la base de la seguridad jurídica de la libertad negativa, vale el principio de que el hombre es libre en la medida en que ve a su alrededor la libertad, es decir, en la medida en que todos los hombres son libres"<sup>197</sup>.

En cuanto a Sartre, su afirmación de que la "existencia precede a la esencia"<sup>198</sup> equivale a una deificación del hombre, justamente reprochada por Heidegger<sup>199</sup>. El irreductible ateísmo de Sartre parece aproximarse al de Nietzsche, y por mucho que pretenda presentarse como el existencialismo más coherente, creemos que dista de serlo. Afirma que cuando el hombre elige, elige por todos, porque elige una cierta imagen del hombre, con lo que es responsable de su elección respecto de sí mismo y de todo el género humano. Welzel ha observado que esta revisión sartriana del imperativo categórico implica un idealismo extremo, que puede compararse con Stirner. Una existencia individual entendida como "existencia de la humanidad en mí" es una contradicción en sí misma. Observa Maihofer que esa afirmación "presupone una esencia humana común para todos", lo que es contrario con sus anteriores tesis<sup>200</sup>.

En cuanto a las críticas que se le dirigen al existencialismo, no nos ocuparemos de ellas en particular, pero mencionaremos algunas. Messner lo critica fundándose en un objetivismo valorativo propio del jusnaturalismo idealista y afirmando que es un individualismo que no ha sabido hallar una dimensión de lo social<sup>201</sup>. En cuanto a ese jusnaturalismo idealista, ya lo hemos criticado varias veces. Por lo que hace a su incapacidad para hallar la dimensión de lo social, resulta inexacto, partiendo sólo de que el existencialismo no concibe a la existencia sino como coexistencia. El positivismo lógico, por su parte, sostiene que todo el problema del ser es una confusión de palabras. El existencialismo y la ontología en general, nunca negaron que el ser es de los entes, lo que no impide preguntar por él<sup>202</sup>. No podemos detenernos en la pretendida ridiculización que esta corriente quiere hacer de la terminología existencialista y que no revela más que su insuficiencia tecnológica incapaz de acceder a los verdaderos problemas del hombre, ocultadora y falseadora de los mismos.

<sup>197</sup> Idem, 344.

<sup>198</sup> SARTRE, JEAN PAUL, *El existencialismo es un humanismo*, Bs. As., 1960, p. 15; *El ser y la nada*, Bs. As., 1972, p. 78.

<sup>199</sup> HEIDEGGER, *Carta*, pp. 80-1.

<sup>200</sup> MAIHOFFER, *Prolegómena*, cit.

<sup>201</sup> MESSNER, p. 25.

<sup>202</sup> Un pensador tan poco existencialista como ADORNO sale a la defensa de la ontología (*Filosofía y superstición*, Madrid, 1972, p. 14).

## IX. — LA ÉTICA MATERIAL

179. **La ética material.** En el curso de nuestro siglo se ha dado una impronta de objetivismo valorativo, conocida como “ética material”, cuyos principales representantes filosóficos fueron Max Scheler (1874-1928) y Nicolai Hartmann (1882-1950), que reconoce algunos aportes de Husserl, aunque se alejan muchísimo de él. Los caminos seguidos por Scheler y Hartmann son diferentes, pero ambos concluyeron en lo mismo: el objetivismo valorativo.

a) *Scheler*<sup>203</sup> trató de superar el formalismo de la ética kantiana por una vía *emocional*. Para ello distinguía los bienes de los valores, siendo los primeros puros portadores de los segundos, que se comportarían como el color. Así, para Scheler, el valor es como el color azul, que existe independientemente de todos los objetos azules y aunque todos ellos se tiñan de rojo. Los fines requieren representaciones, las que no pueden darse sino existen con anterioridad los valores. Luego, los valores son para él un *a priori* de los fines de la conducta y de los bienes valorados. Conforme a ello, los valores son objetivos, siendo relativa sólo la captación que de ellos hacen los hombres. Afirma así que los valores no pueden variar con el variar de las cosas, existiendo independientemente del sujeto que los capta. Conforme a ello asegura que hay un infinito número de valores que nadie ha captado. No concibe a los valores como objetos ideales, por lo que no admite que los mismos puedan captarse intelectualmente. Cree que en el espíritu hay una esfera intelectual —de la razón— y otra sensitiva, distinguiendo en esta última un “sentimiento sensible” —que no es más que la vivencia emocional— y un sentimiento intencional, que es con el que se captan los valores. Mediante este sentimiento se descubre la preferencia por los valores: en tanto que las acciones se eligen, los valores se prefieren.

Cabe recordar que Scheler separaba nítidamente los fines de los valores, elaborando en base a ello una tabla de valores, por su orden de preferencia. Para ello no parte de ningún concepto ni criterio empírico, porque los criterios empíricos no se referirían a los valores en sí, sino a las valoraciones, que es lo único relativo.

<sup>203</sup> Para su teoría es fundamental, SCHELER, MAX, *Ética, nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*, Madrid, 1948; *Il formalismo nell'etica e l'etica dei valori*, Milano, 1944.

Por ello, establece una tabla de valores, que va de lo agradable hasta lo santo y que es completamente *a priori*. Precisamente, todo el sistema buscaba eso: establecer una ética material *a priori*, prescindiendo de cualquier contenido empírico, cosa que Kant consideraba imposible.

Como cualquier axiología material u objetiva, la de Scheler conduce a un derecho natural ideal, que en este autor, a diferencia de Platón, no es captado por el intelecto sino emocionalmente, lo que implica una profunda huella irracionalista. Aparte de que su "tabla de valores" es harto discutible y tremendamente subjetiva, su separación del valor de los bienes y de los fines también resulta arbitraria. Con toda razón recuerda Welzel<sup>204</sup> la observación de Heidegger: el soldado que lucha por defender a su patria y a su familia, lucha por ellos, y no por ningún valor.

b) *Hartmann* llega también al objetivismo valorativo en términos parecidos a los de Scheler<sup>205</sup>, pero concibe a los valores en la esfera de los objetos ideales, acercándose nuevamente al platonismo (en este sentido, porque en general, la posición de Hartmann es realista).

Los problemas fundamentales de este objetivismo valorativo son los mismos desde Platón hasta nuestros días, desde las "ideas" platónicas hasta la ética "material" de Scheler y Hartmann. No escapa a las mismas objeciones Scheler al pretender referir el valor a una captación emotiva extraña a la razón. Las consecuencias de estas teorías para nuestra ciencia son las mismas que las del platonismo; en ellas pueden encontrar base los sistemas jurídico-penales autoritarios, y de hecho la han encontrado.

"Platón concibió al ser como idea"<sup>206</sup>. La idea es para Platón lo ejemplar, lo decisivo. Lo que por este camino se pretende es concebir al ser como idea y a la idea como valor. La idea —que es el "deber ser"— se identifica (o mejor, determina) al ser. El ser pasa a depender enteramente del deber ser.

Cuando se llega a afirmar que los valores "son", es decir, cuando se concede cierta entidad a los valores, las cosas se confunden aún más. Esto no se soluciona con decir que "los valores valen", pues "la validez recuerda con exceso el valor para un sujeto"<sup>207</sup>.

¿Qué sucede cuando se quiere determinar al ser por el deber

<sup>204</sup> WELZEL, *Naturrecht*, 222.

<sup>205</sup> HARTMANN, NICOLAI, *Ethik*, Berlín, 1949.

<sup>206</sup> HEIDEGGER, *Introducción a la metafísica*, Bs. As., 1972, p. 233.

<sup>207</sup> *Ibidem*.

ser? El único camino para hacerlo es una objetivación del valor. Pero toda objetivación es en cierto sentido una subjetivación, porque sólo hay objetos para sujetos. En esto va a dar invariablemente la pretendida objetivación del valor, con la consiguiente concepción del ser como valor: el ser queda reducido a lo que vale para el sujeto. “Lo que algo es en su ser no se agota en su objetividad, y mucho menos si ésta tiene el carácter del valor. Todo valorar consiste en una subjetivación. No deja ser al ente, sino que, simplemente, deja que lo que es valga como objeto de la actividad del sujeto...”, “y no dejar que el ser sea ser constituye la mayor blasfemia posible”<sup>208</sup>. “El valor parece expresar que en la posición de relación con él se practica lo más valioso mismo y, no obstante, el valor es francamente el encubrimiento más impotente e insulso de la objetividad —que llegó a ser chata y sin fundamento— de lo existente”<sup>209</sup>.

Tratemos de aclarar cómo funciona esto en lo antropológico: se concibe una imagen ideal y perfecta del hombre. El hombre así concebido es “perfecto”. Se afirma que esa imagen es “natural”, acudiendo a cualquier argumento para fundar la “naturaleza” de la imagen (aquí caben los argumentos biológicos, fideístas y románticos). Ya fundamentada la “naturaleza” de la imagen, queda ésta objetivada, es decir, es “perfecta” con prescindencia de cualquier subjetividad (cuando en realidad no pasa de ser un juicio subjetivo). De la “perfección” de la imagen “natural” se deduce más o menos racionalmente todo lo que para esa imagen es bueno y todo lo que es malo. El hombre concreto que realice lo “bueno” se acercará a esa imagen; en esta forma será “más humano”, porque esa imagen es la imagen perfecta del hombre. El que realice lo malo será menos hombre, porque se alejará de la imagen de lo que “es” hombre.

La pretendida objetividad valorativa —se diga que los valores “son” o que los valores “valen”, que son o que “son a medias” (*Halbheiten*)— encierra, en última instancia, la pretensión de que el ser depende del valer, en que el ente es en la medida en que vale para el que valora, y, en el derecho penal, el que valora es el que detenta el poder político. De allí que por ese camino haya transitado todo el pensamiento autoritario, pues la objetivación siempre es subjetivación, y la subjetivación que pretende ser objetivación siempre es arbitrariedad encubierta. El nacional-socialismo hizo “su pesca en esas turbias aguas de valores y totalidades”<sup>210</sup>. Hegel negó la diferencia entre ser y deber ser. El pensamiento penal soviético llega a lo mismo en la medida en que dogmáticamente afirma que el delito es una supervivencia capitalista.

<sup>208</sup> HEIDEGGER, *Carta*, n.º 104.

<sup>209</sup> HEIDEGGER, *Sendas perdidas (Holzwege)*, Bs. As., 1969, p. 90.

<sup>210</sup> HEIDEGGER, *Introducción a la metafísica*, p. 234.

‘Cuando nos ocupamos de Platón vimos que el objetivismo valorativo conduce a un derecho penal aristocrático, en que un pequeño grupo de “iluminados” tienen el monopolio de la verdad que imponen al resto y el derecho penal es el mero instrumento de imposición de esas “verdades”. Al ocuparnos de Nietzsche —y antes de Calicles— hemos visto que el subjetivismo valorativo puede conducir a lo mismo. La razón del fenómeno es que la objetivación es una subjetivación, pero una subjetivación particular, en la que se renuncia a los criterios objetivos en serio, como no sea la fuerza misma, pero el ente sigue dependiendo del valer para el sujeto valorante. De allí que en la medida en que se siga haciendo depender al ser del deber ser, no pueda lograrse una verdadera concepción subjetiva de los valores. Precisamente por eso Nietzsche no pudo desembarazarse del objetivismo valorativo<sup>211</sup> y no terminó postulando un subjetivismo, sino una “inversión” de los valores. “Invertir los valores” significa dejarlos intactos como tales.

En cualquier planteo en que se pretenda que el ser se obtiene a través del deber ser, que el ente es en tanto vale, la consecuencia será un autoritarismo cuyo límite sólo puede hallarse en lo que se considere que debe ser, en la autolimitación que se imponga el sujeto valorante, si es que quiere imponerse alguna.

Por otra parte, la alienación del objetivismo valorativo resulta evidente en lo siguiente: al ser de un ente lo muestra el pensamiento, que es el que corre los velos que lo encubren. El valor —el deber ser de un ente— es lo que el ente no es aún, porque el deber ser no muestra al ser, sino que pretende indicar cómo debe ser el ser que aún no es. Pretender llegar al ser por lo que aún no es, constituye un absurdo.

El valor surge como problema a consecuencia de la carencia del hombre, que determina que el hombre “se siga haciendo” a lo largo de toda su existencia, porque “si el hombre fuese en su ser todo lo que debe ser, el problema del valor no surgiría”<sup>212</sup>. De allí que concibiendo a Dios como un ser perfecto, no puede afirmarse que Dios es el “valor supremo”, como se ha hecho, lo que es una verdadera blasfemia. El valor sólo se plantea en la existencia humana porque es imperfecta, porque tiene carencias, e implica una posibilidad de ser de la existencia y, como tal, encierra también la posibilidad de no ser: el hombre puede elegir inauténticamente y no llegar a ser. “Se trata sólo de una posibilidad, no de un hecho, ni de una necesidad de cualquier naturaleza. Y una posibilidad incluye siempre posibilidad de lo contrario: el hombre puede desconocer o ignorar su relación con el valor y perder así el modo de realizar su ser auténtico”<sup>213</sup>. El hombre puede no asumir su existencia, negándose a reconocer el sentido que los entes cobran, el valor de los entes a la luz de su enfrentamiento con su ser para la muerte. Allí es, precisamente, cuando cae en la angustia, en el “estado en el cual un ser es consciente de su posible no ser”<sup>214</sup>.

<sup>211</sup> Cfr. HEIDEGGER, *Sendas perdidas*, loc. cit.

<sup>212</sup> ABBAGNANO, *Filosofía, religión, ciencia*, Bs. As., 1961, p. 39.

<sup>213</sup> Idem, p. 43.

<sup>214</sup> TILlich, PAUL, *El coraje de existir*, Barcelona, 1973, p. 38.



Si la autenticidad del hombre es una posibilidad de ser y el derecho penal debe garantizarle esa posibilidad de ser auténtico —que es la única que tiene, porque en la inautenticidad no es— contra ataques de otros hombres, la garantía de la posibilidad de ser el ser que aún no es, no puede derivarse a partir del ser que aún no es, sino del ser que es. En otras palabras: el ser del hombre no puede conocerse por lo que debe ser; el derecho penal, que es para el hombre y, por ende, debe adecuarse a lo que él es, no puede fundarse antropológicamente en el deber ser del hombre que no es o no es aún. Un derecho penal antropológicamente fundado no puede serlo sobre valores “objetivos”, porque tiene que fundamentarse a partir de lo que el hombre es, y, el objetivismo valorativo lo fundamenta partiendo de lo que el hombre no es.

## X. — OTRAS CORRIENTES DEL PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO

180. El impacto tecnológico. El impacto tecnológico de nuestro tiempo no da lugar a ninguna corriente del pensamiento en particular, pero no podemos pasarlo por alto al tratar del pensamiento contemporáneo, porque afecta a todo el pensamiento. Hay distintos aspectos particulares que nos interesan en forma especial, como también el efecto general de la tecnología desde la perspectiva del penalista.

La teoría de la “información” o “informática” ha abierto un inmenso campo de posibilidades humanas. La aplicación de sus “modelos” a nuestro campo ha hecho que algunos literatos pensasen en las “máquinas sentenciadoras”, pero dejando de lado semejantes exageraciones, la informática al servicio de la criminalística puede desempeñar un importante papel en la prevención y represión del delito. La cibernética, por su parte, promueve una técnica que sirve para lograr los fines propuestos con un mínimo de esfuerzo. Los controles de conductas físicos y químicos se han desarrollado enormemente. Todo esto, que en otros tiempos generaba euforia, suele generar pesimismo en el pensamiento de nuestros días. salvo, quizá, en algunas manifestaciones positivistas o pragmáticas.

La tónica pesimista parte de la realidad dada por el mayor poder del hombre, tanto para construir como para destruir. Un derecho penal totalitario, montado sobre un sistema que se valga de la técnica contemporánea, puede ser tan temible como un ataque nuclear. La mayor capacidad de alcanzar fines y la mayor precisión y eficacia en su obtención, hace cada vez más necesaria la clarificación de los fines propuestos. No obstante, parece que el pensamiento humano se orienta más hacia la perfección de las técnicas para obtener fines que hacia la selección de los mismos. La selección dependerá siempre del pensar en el hombre mismo, como un ente que nos plantea interrogantes. Este “pensar en el hombre” se desacredita ante los espectaculares resultados de las investigaciones técnicas. Un mundo en competencia productiva fomentará de preferencia el pensar en la técnica que le permita aumentar su producción, porque el pensar en el hombre no tiene para él resul-

tados inmediatos ni sensoriales y, frecuentemente, perturba el aumento de la producción o distrae esfuerzos de la misma. En la medida en que el pensar para la técnica logre controlar el pensar sobre el hombre y lo degrade, el derecho en general —y el derecho penal en particular y primerísimo lugar— serán cada vez menos el fundamento útil para una coexistencia. De esta dirección del pensar dependen demasiadas cosas como para mostrar aquí sus perspectivas<sup>215</sup>, que nos llevan a un problema general de antropología jurídica y, más aún, a un problema abiertamente filosófico que se halla en el centro de nuestra problemática contemporánea. Por descontado queda, que el mismo escapa a nuestro propósito de ahora.

181. El neo-marxismo. El panorama de la filosofía marxista contemporánea es harto confuso. Hay un marxismo “institucionalizado”, que es la doctrina oficial de la Unión Soviética, que acusa de heterodoxia marxista a todos los que se apartan de sus lineamientos, incluyendo a otros marxismos “institucionalizados”, especialmente al chino. Ambos se imputan mutuamente “revisiónismo”<sup>216</sup> y abandono de la principal fuente de su filosofía, aunque frecuentemente también se acusan de “reaccionarios”, “capitalistas” y “derechistas”. Para unos la derecha es la liberación; para otros es el fortalecimiento del Estado y del poder personal. En cuanto al pensamiento marxista “no institucionalizado”, suele llamársele también “nueva izquierda”. En general —pese a que hay importantes excepciones— la “nueva izquierda” se funda preferentemente en los *Manuscritos* de Marx, en tanto que la tradicional prefiere hacerlo en la acentuación positivista del marxismo dada por Engels y en la posterior corrección y complementación de Lenin. Es imposible seguir en detalle este movimiento, entre otras razones porque el marxismo “ortodoxo” cambia constantemente, pasando los conceptos de la “ortodoxia” a la “heterodoxia” con gran rapidez<sup>217</sup>.

Cabe consignar que, en general, los neo-marxismos son interpretaciones o desarrollos que siguen a Marx combinándolo con puntos de vista de pensadores de otras corrientes. Ya nos hemos ocupado de Marcuse, que fue un neo-marxista de moda. Sartre realizó una peculiar interpretación existencialista de Marx.

Si tomamos a dos de los neo-marxistas más connotados del momento, Louis Althusser y Leszek Kolakowski, veremos que esta regla tampoco se altera. Althusser, con el método estructuralista de la doble lectura —que, por cierto, navega entre la simpleza y las oscuridades— llega a una escisión entre el Marx de los *Manuscritos* y el de *Das Kapital*, que coincide con el clásico planteo soviético<sup>218</sup>. Para Althusser

<sup>215</sup> V. ASTRADA, CARLOS, *Heidegger*, pp. 145-154.

<sup>216</sup> Así, por ej. GRIPPA, JACQUES, “Teoría” y práctica de los revisionistas contemporáneos, Pekín, 1965.

<sup>217</sup> Algo de esto ha pasado respecto del pensamiento de GRAMSCI, fundador del comunismo italiano (una crítica de ese pensamiento en MONDOLFO, RODOLFO, *Marx y Marxismo*, cit., pp. 236 y ss.

<sup>218</sup> ALTHUSSER, LOUIS, *Pour Marx*, París, 1965.

hay un Marx todavía imbuido de ideas humanistas y liberales y un Marx "científico". Este último se acerca mucho al Marx positivista presentado por Engels. En cuanto a *Kolakowski*, si bien no es sencillo ubicar su pensamiento —que, no obstante, no es tan oscuro como el de Althusser— recepta muy claramente en su concepción antropológica ecos existencialistas, particularmente, al reivindicar la pregunta sobre el "sentido de vida" frente a los intentos positivistas lógicos y evolucionistas de suprimirla. Afirma que esta pregunta se resuelve en un sistema de respuestas separado de la realidad social cuando las condiciones sociales hacen que el hombre no se sienta actor del proceso histórico. Ello le lleva a perder su sentido de responsabilidad frente al prójimo y le acentúa su temor a la muerte<sup>219</sup>.

Como consecuencia de que los neo-marxistas son desarrollos de Marx desde ángulos filosóficos posteriores al mismo, no proporcionan una concepción antropológica distinta de la de éste o de la de otros, lo que no nos da una nueva concepción, sino algo indefinido, de lo que no podemos extraer grandes consecuencias para nuestra fundamentación. Esto debe ser dicho con la salvedad de reconocer que en aspectos aislados hay consideraciones que no deben pasarse por alto, porque contribuyen a aclarar equívocos o a evidenciar contradicciones graves del mundo contemporáneo. No obstante, contribuciones tales como resaltar contradicciones sociales, evitar que se confunda a Marx con Engels y el positivismo, mostrar a Marx como parcialmente precursor de otros pensamientos, hacer una aguda crítica social, no llegan a configurar una nueva imagen del hombre, aunque contribuyan a la crítica de las existentes.

Entre estos neo-marxistas se destaca singularmente *Ernst Bloch*, que abandonó la República Democrática Alemana por chocar con la filosofía marxista institucionalizada y desarrolló gran parte de su obra en la República Federal, enseñando en Tübingen, y quien buscó dar un testimonio histórico de la aspiración de la sociedad al cambio mediante el anhelo utopista puesto de relieve en todas las épocas y partícipe de toda actividad humana. No deja de ser éste un interesante aporte antropológico que sería conveniente profundizar.<sup>220</sup>

Dentro de los marxismos "oficializados", el más importante fue la versión china o "maoísmo". No se trata de saber cuál ha sido la acción del gobierno comunista chino, sino de averiguar si se asienta sobre una teoría capaz de mostrar o aportar algo a la concepción del hombre. Desde este punto de vista, nuestra respuesta debe ser negativa, porque el maoísmo fue la *praxis* política de Mao-Tse-Tung<sup>221</sup>.

<sup>219</sup> Este desarrollo antropológico se encuentra especialmente en KOLAKOWSKI, L., *Die Weltanschauung und das tägliche Leben*, en *Die Mensch ohne Alternative*, München, 1967, pp. 169-192.

<sup>220</sup> V. BLOCH, ERNST, *Soggetto-Oggetto*, trad. de Remo Bodei, Bologna, 1975; *Karl Marx*, trad. de Luciano Tosti, Bologna, 1972.

<sup>221</sup> Cfr. OELGART, BERND, *Ideólogos e ideologías de la nueva izquierda*, Barcelona, 1971, p. 69.

Hay otras corrientes filosóficas del presente que han comenzado en el marxismo y que se han ido distanciando del mismo, especialmente lo que se llama en Francia "nueva filosofía". Algunas observaciones interesantes pueden extraerse de la obra de Goux, aunque no se caracteriza por su coherencia<sup>222</sup>. Menos clara aún resulta la obra de Lévy<sup>223</sup>. Quizá respecto de estos intelectuales valga la crítica de superficialidad que Raymond Aron hace caer sobre la llamada "nueva derecha"<sup>224</sup>. En estos movimientos franceses puede respirarse un ansia de hacer aparecer lo de siempre como nuevo. No podemos extraer de ellos ninguna consecuencia fundamental para nuestra disciplina, que no hayamos comentado.

182. La nueva teología. La imagen del mundo dada por la ciencia contemporánea no se compeadece con la tradicional imagen con que se había movido la teología cristiana, añadiendo a ello un fenómeno altamente negativo, que es el alejamiento del hombre de la problemática religiosa, lo que no es más que una consecuencia del "olvido" del hombre de sí mismo, inmerso en una realidad tecnocrática. Esto no podía pasar por alto a los teólogos, quienes se han preguntado si su parte de esa responsabilidad no les incumbía, al haberse quedado con una imagen del mundo que no podía ser comprendida por el hombre común y que era incapaz de transmitir el *Kerygma* (el mensaje) bíblico. Esta inquietud ante el fenómeno de la "secularización" produjo varias respuestas en el campo teológico y en el religioso. Dentro de la teología cristiana las respuestas más extremadas y atrevidas tuvieron lugar en la teología protestante. No obstante, hubo similares reacciones dentro de la teología católica, algunas de gran profundidad, aunque no han alcanzado la espectacularidad de sus colegas protestantes. Un teólogo católico de esta nueva corriente explica el fenómeno diferencial de la siguiente manera: "El teólogo católico es siempre una pequeña voz dentro de un movimiento más grande, que se puso en marcha con Cristo y la Iglesia apostólica y su doctrina y que se ha mantenido a través de los siglos"<sup>225</sup>.

No obstante, dentro de la teología católica de los últimos decenios ha habido importantes concepciones, que merecen destacarse. Por supuesto que en ambos campos esta corriente ha despertado una ola de disputas y en el presente momento la polémica se halla en uno de sus máximos grados de intensidad, aunque superada la perplejidad de los primeros momentos.

Un pensador católico de gran profundidad, aunque no pretendió

<sup>222</sup> GOUX, JEAN-JOSEPH, *Gli iconoclasti, Marx, Freud e il monoteismo*, trad. de Giovanni Castaldi, Venezia, 1979.

<sup>223</sup> LÉVY, BERNARD-HENRI, *Il testamento di Dio*, Milano, 1979; también, autores varios, *Dissidência e nova filosofia*, Lisboa, 1979.

<sup>224</sup> ARÓN, RAYMOND, en *L'Espresso*, del 19-VIII-1979.

<sup>225</sup> SCHILEBEECKX, E., en prólogo a SCHOOF, T. M., *La nueva teología católica*, Bs. As., 1971, p. 10.

incursionar el campo teológico, pero de hecho penetró en él, fue el jesuita *Pierre Teilhard de Chardin* (1881-1955). Su pensamiento se encuadra dentro del evolucionismo espiritualista y tiene acentos bergsonianos. Para Teilhard de Chardin el fenómeno humano es el resultado del máximo esfuerzo de la biósfera y representa un notable cambio cualitativo respecto del fenómeno evolutivo anterior. En tanto que las distintas ramas (*phylum*) que surgen evolutivamente se diversifican hasta extinguirse, el *phylum* humano tiende a concentrarse, por lo que Teilhard supone que la humanidad marcha hacia un proceso de colectivización cada vez mayor que le permite hablar de un "pensamiento de la especie"<sup>226</sup>. Teilhard se mantuvo alejado de los concretos problemas del derecho y sólo tangencialmente se ha planteado el problema del mal<sup>227</sup>, pero al considerar que la humanidad tiende a concentrarse hacia un punto de convergencia (punto "Omega"), cree que en el siglo XIX se operó el máximo de diversificación individual y que ahora se va cerrando nuevamente para iniciar la convergencia. No obstante, Teilhard no pretendió eliminar la libertad humana, sino que, toda vez que ésta debía darse en la colectividad, habla de "personalización" en lugar de "individualización"<sup>228</sup>.

El problema para nosotros más obvio que presenta la concepción de Teilhard de Chardin es que la humanidad parece ser vista en forma orgánica, que si bien no se identifica con las teorías de Darwin y Spencer, que rechaza expresamente<sup>229</sup>, lo cierto es que no queda claro el límite de la personalización dentro de la creciente colectivización. El pensamiento de que la cultura y la civilización pueden considerarse una "substancia gris" de la humanidad<sup>230</sup>, aunado a un simil orgánico en la sociedad, resultan bastante peligrosos para la dignidad humana, por más que Teilhard de Chardin no apoya a los totalitarismos y aspira a un absoluto respeto por la libertad de conciencia<sup>231</sup>. Hay un vínculo entre el pensamiento de Teilhard de Chardin y el evolucionismo que hemos conocido en nuestro positivismo criminológico, que llega hasta el punto de que este pensador habla de los "hombres de presa"<sup>232</sup>. Un interesantísimo ensayo, digno de meditar, que parte de las concepciones de Teilhard de Chardin, pero que las supera acudiendo

<sup>226</sup> TEILHARD DE CHARDIN, *El grupo zoológico humano*, Madrid, 1965.

<sup>227</sup> Idem, *El fenómeno humano*, Madrid, 1965, pp. 371-4.

<sup>228</sup> TEILHARD DE CHARDIN, *Algunas consideraciones acerca de los derechos del hombre*, en "Los derechos del hombre", Barcelona, 1973, pp. 159 y ss.

<sup>229</sup> *El fenómeno humano*, p. 263.

<sup>230</sup> *El grupo zoológico humano*, p. 121.

<sup>231</sup> Así, en *Los derechos del hombre*, cit.

<sup>232</sup> *El fenómeno humano*, p. 184. MICHAEL MARX, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, Köln, 1972, p. 42. Sobre TEILHARD DE CHARDIN, entre otros trabajos importantes: VERNET, MAURICE, *La grande illusion de T. de Ch.*, París, 1964; LEPP, IGNACE, *T. et la foi des hommes*, París, 1963; MONESTIER, ANDRÉ, *T. et Sri Aurobindo*, París, 1963; TRESMONTANT, CALUDE, *Introduction a la pensée de T. de Ch.*, París, 1962; LUBAC, HENRI DE, *La pensée religieuse du Père P. T. de Ch.*, París, 1962; ANDRÉ COMBES, *T. de Chardin*, Madrid, 1975.

al existencialismo, es el que ha llevado a cabo en Holanda el pensador B. Delfgaauw<sup>233</sup>.

Dentro de la teología católica se ha producido el llamado "giro antropocéntrico", cuyo máximo exponente es Karl Rahner y a cuya corriente también pertenecen Johann Baptist Metz —aunque con marcada inclinación política— y Eward Schillebeeckx<sup>234</sup>. El sentido de este giro antropológico está dado por el último de los nombrados cuando afirma que "Dios esboza una teología en la medida en que enuncia una antropología y enuncia una antropología en la medida en que esboza una teología"<sup>235</sup>. Esta corriente, altamente prestigiada dentro de la nueva teología católica, reconoce el eco de la analítica existencial de Heidegger. Dentro de la misma Metz se ha ido abriendo hacia una posición más acentuadamente politizada<sup>236</sup>. Dejando de lado esta última variante, la anterior se funda en que la revelación divina tiene lugar para el hombre e implica una revelación del hombre, por lo que al ubicar al hombre en el centro de la problemática teológica se ubica también a Dios y especialmente a Cristo. La posición es coherente e interesante y sus desarrollos no son nada sencillos de rebatir por parte de los teólogos tradicionales<sup>237</sup>.

Una de las versiones de este giro antropológico nos presenta una interesante visión del concepto del pecado, entendiendo que hay una evolución del mundo, pero no en el sentido tradicional, sino como una continuación de la obra creadora, a la cabeza de la cual aparece la humanidad y frente a ella Jesucristo, tendiendo todo hacia Él, en forma tal de que el paraíso aparezca al final y no al principio. El pecado, dentro de esta visión dinámica, crece también con el avance creador, como falta de amor, esencia última del mismo. A medida que el poder del amor aumenta, también aumenta el del pecado, dándose toda una historia de la salvación<sup>238</sup>. El amor, en este sentido, no es sólo el amor a Dios, sino el amor al prójimo, que es a la vez amor a Dios<sup>239</sup>. Es una visión digna de tenerse en cuenta en la separación de moral y derecho, de pecado y delito<sup>240</sup>.

<sup>233</sup> DELLGAAUW, BERNARD, *La historia como progreso*, trad. de José Rovira Armengol, Bs. As., 1968.

<sup>234</sup> Una visión de conjunto puede verse en *La respuesta de los teólogos*, Bs. As., 1971; SCHOOF, T. M., *La nueva teología católica*, Bs. As., 1971; una crítica desde el ángulo de la teología católica tradicional en ALDAMA, BECKER, CARDONA, MONDIN, VILLALMONTÉ, *Los movimientos teológicos secularizantes*, Madrid, 1973.

<sup>235</sup> *Cuestiones urgentes de la teología actual*, Madrid, 1970, pp. 65 y ss.

<sup>236</sup> METZ, *Teología del mundo*, Salamanca, 1971.

<sup>237</sup> Los esfuerzos realizados en la referida crítica (*Los movimientos teológicos secularizantes*) bastan para demostrarlo.

<sup>238</sup> SCHOONENBERG, PIET, *El poder del pecado*, Bs. As., 1968.

<sup>239</sup> SCHOONENBERG, PIET, *Alianza y creación*, Bs. As., 1969, p. 178.

<sup>240</sup> En un sentido político criminal, es importante y señero el trabajo de ANTONIO BERISTAIN, *La delincuencia e inadaptación juvenil ante algunos criminólogos críticos y algunos moralistas postconciliares*, "Documentación jurídica", Madrid, 1976.

En el campo de la teología protestante, dominó durante varios años Karl Barth, para quien la comunicación del hombre con Dios depende exclusivamente de Dios, que es el único que puede tomar la iniciativa, lo que implica que el único camino para una convivencia justa estaría en la fe en la verdad revelada y que la razón prácticamente no puede hacer nada, porque el hombre, debido a su "natura corrupta" no puede reconocer la justicia<sup>241</sup>. Esta posición conduce a un fideísmo absoluto, que es el padre de todos los ateísmos<sup>242</sup>, y que en lo jurídico, provoca el "fideísmo jurídico"<sup>243</sup> que implica intolerancia religiosa e imposibilidad de diálogo con los no cristianos.

La teología protestante de nuestros días ha reaccionado favorablemente contra este fideísmo y todas las corrientes teológicas que en ella tienen lugar se mueven entre la recepción bastante saludable del análisis existencial y la ética marcada por la imitación de Cristo, dando lugar a un movimiento intelectual sumamente inquieto, interesantísimo, que en ocasiones llega a exageraciones —como las que suelen tener lugar en algunas versiones de la llamada teología de "la muerte de Dios"— pero que indiscutiblemente constituyen un aporte fundamental al menos como discusión, a la renovación espiritual que necesita el hombre de nuestro siglo. No obstante, de toda esta discusión, al igual que de la nueva teología católica, resulta aún prematuro pretender sacar conclusiones para nuestra disciplina, aunque creemos que valdría la pena una tarea de estudio profundo de estas corrientes con este objetivo y permanecer atentos a sus desarrollos<sup>244</sup>.

<sup>241</sup> Sobre BARTH: VAN DE POL, W. H., *El final del Cristianismo convencional*, Bs. As., 1969, 191 y ss.

<sup>242</sup> Cfr. SCHILLEBEECKX, EDWARD, en autores varios, *La respuesta de los teólogos*, Bs. As., 1970, pp. 53-109 (58).

<sup>243</sup> Sobre ello, VERDROSS, 406; WELZEL, *Naturrecht*, 234.

<sup>244</sup> Una exposición de conjunto en WEILAND, J. SPERNA, *La nueva teología protestante*, Bs. As., 1971.





## CAPÍTULO XII

### EL DERECHO PENAL Y ALGUNAS LÍNEAS DEL PENSAMIENTO POLÍTICO

I. — JUSTIFICACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA COMO CONSIDERACIÓN SEPARADA: 183. Justificación. - II. — LA POLÍTICA PENAL LIBERAL: 184. La dualidad contradictoria de la expresión. 185. El derecho penal liberal como sinónimo de "derecho penal del Estado de derecho". 186. El derecho penal liberal como sinónimo de "derecho penal del Estado gendarme". - III. — LAS POLÍTICAS PENALES DE LOS AUTORITARISMOS DE PRE-GUERRA. 187. La política penal fascista. 188. La política penal nacional-socialista. 189. La política penal soviética de pre-guerra. 190. La actitud existencial general del derecho penal autoritario. 191. Excursus: La política penal de la seguridad nacional. IV. — LA POLÍTICA PENAL SOVIÉTICA: 192. La política penal soviética. 193. Excursus: La política penal de otros países socialistas. V. — LA POLÍTICA PENAL UTÓPICA: 194. El anarquismo penal 195. El pensamiento penal del socialismo utópico. - VI. — LA POLÍTICA PENAL CATÓLICA: 196. La política penal católica.

#### I. — JUSTIFICACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA COMO CONSIDERACION SEPARADA

183. **Justificación.** Si bien cualquier concepción política reconoce un fundamento filosófico, entendemos que ello no sucede con la precisión con que frecuentemente se lo pretende. En general, las corrientes del pensamiento político y, particularmente, las de la acción política, necesitadas de atender al *hic et nunc*, se encuentran más cerca de las proteicas urgencias signadas por eventualidades de la circunstancia, que de la filosofía, especialmente cuando ésta aspira a constituirse en sistema. Creemos que en el desprestigio contemporáneo de la filosofía que pretende erigirse en sistema, no ha sido poca la influencia ejercida por este fenómeno, que incuestionablemente contribuye al archivo o total relegamiento de la mis-

ma, pese a que con harta frecuencia los políticos pretenden seguir una línea filosófica determinada y tratar de identificar con ella su *praxis* política.

Demasiado frecuentemente —y aunque sus teóricos hayan pretendido lo contrario— el pensamiento político tuvo más de actitud que de reflexión, lo que obedeció a la necesidad urgente e impostergable de convertirse en *praxis*. Con esta afirmación no queremos significar que la ética no sea esencialmente práctica, pero lo cierto es que Kant podía meditar en Königsberg sobre la razón práctica, tomándose para ello todo el tiempo que desease y que Dios quisiese darle, en tanto que la situación urge a una conducta inmediata a quien detenta el poder político como al que no lo posee, pero quiere adquirirlo. Esta urgencia práctica hace que no coincidan —o al menos no coincidan en la medida pretendida— el pensamiento político con la fundamentación filosófica que quieren asignarle sus teóricos, oficiales o no. Urgido el político a la acción, por la *praxis* gubernativa o revolucionaria, echa mano de posiciones filosóficas y, de este modo, según que la actitud política sea liberadora o represiva, tales serán las consecuencias penales prácticas, eventualmente hasta diametralmente opuestas a los principios filosóficos de que pretenden partir.

Aquí —como es natural— nos detendremos sólo en el análisis de los aspectos político-penales en relación con los políticos generales de cada corriente. Siendo imposible seguir las particularidades de la política penal de cada país y de los teóricos de la política, estamos forzados a hacer una selección de las que consideramos más importantes. A tal efecto, nos centraremos en la consideración de la política penal liberal, de los autoritarismos de pre-guerra, soviética, utópica y católica.

## II. — LA POLÍTICA PENAL LIBERAL

184. La dualidad contradictoria de la expresión. Los vocablos quedan vacíos de significación y, por ende, perturban la comunicación auténtica entre los hombres, a medida que se van desgastando como consecuencia de su uso abusivo. De esta forma, dejan de ser expresiones del lenguaje auténtico, para convertirse en elementos de la “habladuría”, del “hablar por hablar”, de la forma de ser inauténtica, donde todo es equívoco. Esto pasa con la voz “liberalismo” y sus derivados.

Hace más de medio siglo que De Ruggiero distinguía entre un liberalismo “partidario” y un liberalismo “supra-partidario”. En el primero incluía a todo el que aceptase la idea del Estado “liberal”, sea conservador, moderado, democrático y hasta socialista (siempre que el socialismo operase dentro de aquel cuadro)<sup>1</sup>. A partir de esta interesante observación, podemos distinguir los dos conceptos totalmente diferentes que yacen confundidos en la expresión “liberalismo”: a) el “liberalismo” entendido como sinónimo del Estado de derecho; y b) el liberalismo como una particular concepción política que reduce al mínimo la ingerencia del Estado en todos los órdenes de la vida social, particularmente en el económico (el “Estado gendarme”).

“Estado de derecho” y “Estado gendarme” son dos concepciones del Estado que, quien las confunda, nunca llegará a ver claramente qué sucede en nuestra ciencia, ni el porqué de nuestros esfuerzos, y, quizá, tampoco el sentido de nuestra existencia y particularmente el de la suya propia. *El “Estado de derecho” sólo puede ser un “Estado social de derecho”, que debe realizar el derecho íntegramente, como garantía, pero no como garantía de un ámbito abstracto de libertad política, sino como garantía de que el hombre dispondrá de lo que le sea necesario —material y espiritualmente, lo que presupone la libertad política— para su realización en coexistencia, en sociedad (que bien entendida no es otra cosa que el fenómeno mismo de la coexistencia).* En este sentido, el “Estado gendarme” llega a ser sólo una de las tantas formas de negar el Estado de derecho, convirtiéndose a la larga en una frustración patológica del Estado de derecho.

El vocablo “liberalismo” y sus derivados, privado de aclaración, es indeseable, porque encierra una dualidad contradictoria: abarca al Estado de derecho y a una de sus negaciones (por supuesto que no a la única). De allí que no sirva para la comunicación auténtica cuando no se lo precisa, porque usado a secas es inhábil para “mostrar” —que es a lo que la ciencia aspira— sino para “encubrir”, para “ocultar”, siendo precisamente el encubrimiento y el ocultamiento lo que la ciencia debe vencer. De allí que la expresión liberalismo y sus derivados deba emplearse con las debidas aclaraciones en la ciencia política y la expresión “derecho penal liberal” también en la ciencia jurídico-penal, porque de lo contrario es preferible dejar de usarlas.

<sup>1</sup> Cfr. GARIN, EUGENIO, en el prefacio a DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, Milano, 1971, p. XXIII.

El “ocultamiento” a que da lugar la dualidad excluyente que la expresión encierra se pone de manifiesto cuando no se logra desentrañar la misma —cosa que sucede frecuentemente— pero, además, cuando se la explota para impedir el “desocultamiento”: esto sucede cuando, a) para atacar al Estado de derecho, se lo confunde con el “Estado gendarme”, del mismo modo que cuando b) para defender al “Estado gendarme” se acude al concepto de Estado de derecho. Ambas son formas maliciosas de atacar al Estado de derecho, la una (a) empleada por los que lo niegan desde cualquier ángulo que no sea el del “Estado gendarme”; la otra (b) usada por los que lo niegan desde el ángulo del “Estado gendarme”<sup>2</sup>.

Este fenómeno, que en el derecho penal lo recibimos como herencia de la confusión que se genera en la ciencia política, se manifiesta entre nosotros de la misma manera: los partidarios del derecho penal fascista, nacional-socialista o stalinista atacan al derecho penal del Estado de derecho en razón de que lo consideran propio del “Estado gendarme”, y los partidarios del “Estado gendarme” defienden un derecho penal que aspecta la forma de “padri-nazgo de suelo” afirmando que es el derecho penal propio del Estado de derecho. El uso encubridor de la expresión “derecho penal liberal” termina cuando a los defensores del derecho penal del Estado de derecho, unos nos califican de “liberales” y otros de “totalitarios”, lo que acontece cuando los totalitarios quieren atacar nuestro derecho penal del Estado de derecho identificándonos como penalistas del Estado “gendarme” o cuando los partidarios del Estado “gendarme” entran en insalvable contradicción con los principios del Estado de derecho.

185. El derecho penal liberal como sinónimo de “derecho penal del Estado de derecho”. En un sentido, el “derecho penal liberal” es sinónimo del derecho penal del Estado de derecho, con todas las implicancias que ello tiene: respeto a la autonomía ética, limitación lo más precisa posible del poder público, selección racional de los bienes jurídicos, seguridad jurídica. El antónimo del liberalismo así entendido lo constituyen: la ingerencia en la conciencia individual, la falta de limitación del poder público y la inseguridad jurídica.

<sup>2</sup> No en vano observa Pablo VI en la *Octogesima adviniens* que “la ideología liberal requiere, también, por parte de los cristianos, un atento discernimiento” (35).

En ese sentido, plantear el dilema “derecho penal liberal-derecho penal totalitario”<sup>3</sup>, es absolutamente encubridor, porque cuando llegamos al fondo de la cuestión vemos que *lo que aquí se enfrenta al derecho penal del Estado de derecho es la arbitrariedad penal*. El dilema de fondo es derecho penal-arbitrariedad penal.

Por derecho penal del Estado de derecho deberá entenderse aquél que trata de lograr la mayor seguridad en la aplicación del derecho, excluyendo, por ende, en la medida de lo posible, la arbitrariedad en su aplicación. Su opuesto es el *Anti-derecho*, o sea, toda fuerza tendiente a sembrar la inseguridad, la incertidumbre, el arbitrio personal del poder, la arbitrariedad en el ejercicio del magisterio punitivo.

Las características del derecho penal del Estado de derecho no son muchas, pero sí fundamentales. La amenaza a cualquiera de ellas —por vía legal, jurisprudencial o doctrinaria— constituye una amenaza al Estado de derecho. Sin perjuicio de que a lo largo de la exposición precisemos más los conceptos, haremos aquí una sintética enumeración de las mismas.

Este derecho penal se caracteriza por varios principios, de los cuales son fundamentales el *nullum crimen sine conducta*, el *nullum crimen sine lege*, el *nullum crimen sine culpa* y el *nulla poena sine proevia lege penale*.

El *nullum crimen sine conducta* excluye la posibilidad de punir la mera intención pero, además, como la conducta humana sólo puede darse en sociedad, requiere que la conducta sea social, es decir, de alguien frente a alguien, respecto de otro.

El *nullum crimen sine lege* requiere la individualización legal previa de las acciones que configuran delito. Además, como la ley debe ser racional, debe tener un fin, que siempre ha de ser garantizar los bienes jurídicos de alguien. Por ende, de este principio se deduce la necesidad de que la conducta delictiva afecte bienes jurídicos.

El *nullum crimen sine culpa* requiere: a) que la acción delictiva se haya cometido al menos culposamente; y b) que la misma le sea jurídicamente reprochable al autor. Este último requerimiento revela la consideración del delincuente como persona: un reproche jurídico sólo puede formularse a quien es capaz de

<sup>3</sup> Este falso dilema fue sostenido desde ambos campos políticos: JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, Caracas, 1945, pp. 77 y ss.; DAHM-SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, 1933.

autodeterminación, a quien se le pueden dirigir requerimientos. El reproche jurídico sólo puede formularse a una persona, a un ente capaz de autonomía, de autodeterminación; a una "cosa" no puede reprochársele nada.

El *nulla poena sine proevia lege penale* tiene dos sentidos: a) satisface la necesidad de que se sepa con precisión de qué bienes puede ser privada una persona en razón de haber cometido un delito, pues lo contrario lleva un sentimiento de inseguridad a todos los que participan de la coexistencia que el derecho penal quiere regular y posibilitar; b) satisface el requerimiento de que la persona tenga la posibilidad de adecuar su conducta a la norma, dado que conoce la punibilidad de la misma.

Otro principio fundamental del derecho penal del Estado de derecho es el de *racionalidad de la pena*, que se deduce del objetivo del derecho penal: su finalidad es el aseguramiento de bienes jurídicos contra ataques graves. Consecuentemente, la pena no puede tener otro fin que el de servir al cumplimiento del objetivo del derecho penal: proveer a la seguridad jurídica procurando evitar futuros ataques a los bienes jurídicos.

*Lo que se opone a este derecho penal del Estado de derecho es el derecho penal de la arbitrariedad, en el que se incluye, en definitiva, también el derecho penal del Estado "gendarme", pues las características generales del derecho penal arbitrario no pueden definirse, toda vez que la arbitrariedad no tiene un contenido determinado: puede imponerse por caminos harto diferentes e incompatibles, porque está más allá de cualquier límite y, por ende, de cualquier lógica.*

Esta es otra de las razones por las que resulta falsa la antinomia "derecho penal liberal-derecho penal autoritario": con ella se pretende dar unidad a lo que por definición no la tiene. No hay "un" derecho penal autoritario, sino que hay una arbitrariedad penal, pudiéndose dar la antinomia sólo entre el derecho penal del Estado social de derecho (o directamente del Estado de derecho, porque sabemos que en el siglo XX no hay Estado de derecho que no sea "social") y arbitrariedad penal, que puede tener cualquier contenido, valerse de cualquier medio y racionalizarse de cualquier manera.

La arbitrariedad penal puede negar la autonomía ética del ser humano (afirmarse en un determinismo mecanicista) o bien, identificar lo ético con lo jurídico. Ambas posiciones, aparentemente incompatibles, conducen al mismo resultado: la consideración del hombre como medio y la consiguiente negación del principio que impone la consideración y el tratamiento del hombre como fin en sí mismo. La negación de la autonomía moral lleva a la consideración del hombre

como "cosa" regida por las leyes causales. La identificación de lo moral con lo jurídico se corresponde con la consideración del hombre como parte integrante de un todo orgánico<sup>4</sup>, es decir, que da lugar a un derecho penal que forma parte de un orden jurídico que no es para el hombre, sino para algo que es superior o está más allá de él, es decir, un derecho trascendente, transpersonalista. El camino es aparentemente distinto, pero el origen de este pensamiento es el mismo: el hombre no se hace a sí mismo ni se elige, sino que es hombre en tanto sea lo que "deba ser", y lo que "debe ser", es decir, el "valor" se pretende reconocible objetivamente y con valor absoluto. La raíz última de la arbitrariedad penal es la dependencia del ser del hombre de su deber ser idealísticamente reconocible, es decir, el derecho penal "natural" de cuño idealista, sea que se llegue a él por vía platónica o por la del positivismo (idealismo con apariencia de realismo).

La arbitrariedad —que siempre se funda en que el "ser" es lo que "vale" para el que valora— puede facilitarse con la negación de la dogmática penal (Escuela de Kiel) o mediante la aceptación de la dogmática con caracteres totalitarios (Mezger)<sup>5</sup>. Ambos conducen también al mismo resultado: la inseguridad en la aplicación del derecho. El primero lo provoca porque, negada la aplicación de la dogmática, se obtiene la negación de la función garantizadora de ésta; el segundo, porque *ex-profeso* se desdibujan los límites de lo prohibido y reprochable. Es particularmente interesante destacar que la segunda vertiente —o sea, el sostenimiento de un esquema analítico con caracteres autoritarios— se vale de dos medios para conseguir sus objetivos: eliminación de los límites de la materia de prohibición en sí misma —negación del principio de legalidad— y establecimiento de la culpabilidad de autor— reproche de conducta atípica mediante la identificación y confusión de ética y derecho.

Por otra parte, también se opera una dualidad respecto de lo teleológico: se lo niega negando el bien jurídico<sup>6</sup>, pero se lo exalta a efectos de lograr la realización del "fin del Estado" libre de "trabas liberales". Paralelo destino corre la importancia asignada al individuo: se tratará de someterlo a la arbitrariedad, pero no se negará su importancia, sino que siempre será so pretexto de protegerle. No cabe duda que esa protección será "hipocresía y tiranía disfrazada de protección social"<sup>7</sup>. Para esto se acude a un argumento engañoso con base cierta. Como hasta hoy ninguna sociedad humana ha logrado que todos

<sup>4</sup> Así, DIETZE, *Naturrecht in der Gegenwart*, Bonn, 1936.

<sup>5</sup> Así, MEZGER, EDMUND, *Die Straftat als Ganzes*, en ZStW, 57 (1938), pp. 675-701.

<sup>6</sup> Caracterizan al delito como simple violación del deber (GALLAS, por ej.).

<sup>7</sup> BIELSA, RAFAEL, *Derecho Constitucional*, Bs. As., 1959, 450; sobre el carácter tutelar del derecho penal inquisitorial, nuestro trabajo, *Sociología procesal penal*, México, 1968; KAMEN, HENRY, *La Inquisición española*, Madrid, 1973; TURBERVILLE, ARTHUR STANLEY, *L'Inquisizione spagnola*, Milano, 1965.

sus miembros gocen igualmente de los bienes jurídicos, a partir de este *factum* se razona del siguiente modo: si todos los hombres no gozan de los bienes jurídicos en igual medida, lo más justo es que los tenga el Estado en beneficio de todos. Con ello se produce una estaticización de los bienes jurídicos, que se resume en el "fin del Estado", que se rellena con el mito en turno.

Algo análogo sucede en cuanto a la pena. Bien puede considerarse la pena como castigo o retribución (vía idealista a una ética material) o bien considerarse que la pena tiene como *único fin y límite* la reeducación (cuando es posible, porque cuando no es posible se elimina al delincuente) y, como se la considera medida "tutelar", para esto se debe echar mano a un concepto nebuloso de "medida de seguridad" o de "mejoramiento", no necesita tener un límite claro, porque siempre es un "bien".

En cuanto al camino que elige la negación de la dogmática, facilita la arbitrariedad penal, porque llega a una concepción unitaria del delito, surgiendo la inseguridad de que la misma, por considerar al delito como un todo en el que no se pueden distinguir aspectos o caracteres, sólo posibilita su conocimiento por vía que no es racional, o sea "que su conocimiento se puede alcanzar sólo por un procedimiento intuitivo"<sup>8</sup>.

La necesaria conclusión de esto es que no existe un concepto o noción autoritaria del derecho penal, sino que se trata de órdenes que emplean cualquier medio teórico, el que más a mano hallan, para eliminar o disminuir la seguridad en la aplicación del derecho y dejar allanado el terreno a la arbitrariedad.

186. El "derecho penal liberal" como sinónimo de derecho penal del "Estado Gendarme". El concepto de Estado "gendarme", es decir, la concepción política que pretende que el Estado debe abstenerse al máximo de intervenir en las relaciones sociales, cuidando sólo que no se excedan los límites de una general pugna social en que el "libre" juego de fuerzas hará que se acomoden de modo "natural", es un concepto que surge de la contra-revolución francesa. En tanto que el Congreso de Viena quería restaurar un régimen, es decir, cambiar lo que se había creado para volver a lo anterior, la burguesía francesa en el poder económico quería consolidar su poder político a efectos de sofrenar los ímpetus igualitarios socializantes y anarquizantes de las masas populares y, para ello, necesitaba de un Estado que permitiese una abstracta libertad a todos, que económicamente se traducía en la afirmación de su poder económico, ya que, en esa libertad, sólo ella podía triunfar<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. PAGLIARO, p. 234.

<sup>9</sup> Cfr. DE RUGGIERO, op. cit., pp. 154 y ss.



Este concepto de Estado es una degradación del mismo y, por ende, del derecho penal y de la profunda incumbencia social del mismo. El estado "gendarme" hace del hombre un valor de cambio en una economía "libre", con lo cual lo "cosifica". El hombre es una "cosa" en el mercado. El mito del hombre contratante, del contrato social, y el idealismo filosófico, se combinan para dar lugar a una ideología que, partiendo de que el hombre es un fin en sí mismo, encubre un estado de cosas cuya única verdad es la negación del principio de que parte. La verdad última del Estado "gendarme" es la opresión. En otras palabras: el hombre no puede realizarse, elegirse y llegar a ser, como fin en sí mismo, en una sociedad que no le trata como tal, que no le proporciona los medios necesarios para ello. El hombre, al luchar por una distribución más equitativa del ingreso nacional no persigue más que su reconocimiento como fin en sí mismo.

El derecho penal del Estado "gendarme" se defiende contra la pretensión humana y pena las huelgas, niega el derecho de asociación, so pretexto de que las corporaciones atentan contra la libertad, y termina limitando el derecho de expresión y penando las ideas. Este derecho penal es hermano del derecho civil quirritario. Este derecho penal no tutela como bienes jurídicos los elementos de la autorealización humana, sino que para él son bienes jurídicos los que sirven para sostener el estado de cosas por el cual el grupo económicamente poderoso puede someter al resto.

La permanente lucha de los sectores oprimidos obliga a que el derecho penal del Estado "gendarme" se niegue a sí mismo. El lugar de Dios lo pasa a ocupar el Estado, el Estado "gendarme" de sus intereses: el código Napoleón encabeza su "parte especial" con los delitos contra el Estado. La burguesía en el poder echa mano de conceptos organicistas (no en vano se observa —como aparente contradicción— que Spencer era "liberal")<sup>10</sup>. Los detentadores de las posiciones de privilegio pasan a defender sus intereses a toda costa. En la defensa de éstos lo inconfesable se torna patente y sus sostenedores se sacuden la molesta estructura del Estado "gendarme" y pasan a adoptar cualquier posición ideológica con que rellenar el derecho penal autoritario y opresivo que crean<sup>11</sup>.

La sola descripción de este proceso nos muestra que el derecho

<sup>10</sup> V. SPENCER, HERBERT, *Exceso de legislación*, trad. de Miguel de Unamuno, Madrid, s.t.

<sup>11</sup> Sobre este desarrollo, ZAFFARONI, *Hacia una nueva defensa individual (Reflexiones sobre la reforma penal)*, en DJ, La Plata, 1973.

penal del Estado "gendarme"<sup>12</sup> resulta opuesto al verdadero derecho penal del Estado de derecho, porque, como el Estado "gendarme" desemboca en el autoritarismo, constituye la negación del Estado de derecho.

Como la concepción del Estado de derecho, que tiene difusión mediante su materialización por el calvinismo en las colonias inglesas de América del norte, se difundió con la revolución francesa, y la del Estado "gendarme" con la contra-revolución, fenómenos que no suelen distinguirse adecuadamente, debido a su gran proximidad temporal, esto facilita la confusión —frecuentemente explotada de mala fe— entre ambas políticas penales. Algunos principios del Estado de derecho se aceptan hoy casi universalmente, lo que demuestra su total independencia del Estado "gendarme". El derecho penal soviético recepta hoy el principio de reserva, por ejemplo<sup>13</sup>, y un texto relativamente cuidadoso es el código penal de Alemania Oriental<sup>14</sup>, pudiendo verse también el código penal de Polonia<sup>15</sup>.

Independientemente de lo expuesto, aunque como consecuencia casi necesaria, es conveniente acotar que el derecho penal del Estado "gendarme" constituye una forma de frustración. En efecto, desde el punto de vista de la analítica existencial, se mencionan amenazas inmanentes a la existencia humana que, como frustraciones, son materia de la antropología general, pero de las que, sin embargo, también se ocupa la psiquiatría cuando se manifiestan como formas esquizofrénicas de frustración. Tales son las excentricidad, la exaltación y el manierismo<sup>16</sup>.

Los sujetos del grupo de poder que impone una política penal frustrante, se frustran a sí mismos. En su actuar denotan una actitud frustrada, que ampliada convenientemente —y a veces no mucho— se identifica con alguna de estas tres formas de frustración en sus manifestaciones patológicas. La característica más general del derecho penal del Estado "gendarme" es su excentricidad. Por cierto que la excentricidad no es una característica exclusiva del pensamiento penal

<sup>12</sup> Aunque en otras ocasiones hemos designado al derecho penal del Estado "gendarme" como "derecho penal del Estado liberal-burgués", preferimos ahora la primera denominación porque de la segunda también se ha hecho un abuso desgastante.

<sup>13</sup> Cfr. *Legislación penal de la Unión Soviética*, en "Derecho Penal y Criminología", Bs. As., 1961, I, pp. 109 y ss.; Centre Français de Droit Comparé, *La réforme Pénale Soviétique*, París, 1962.

<sup>14</sup> V. el texto de la parte general en el "Boletín del Instituto de derecho penal comparado" de la Univ. Cat. de La Plata, 1972, I, trad. de Ernst-Jürgen Riegger y E. R. Zaffaroni.

<sup>15</sup> Hay trad. alemana de GELKE, GEORG, *Der polnische Strafkodex - Kodex karny-Gesetz vom 19. April 1969*, Berlín, 1970.

<sup>16</sup> Cfr. BINSWANGER, LUDWIG, *Tres formas de la existencia frustrada*, Bs. As., trad. de Edgardo Albizu, 1972, p. 18.

del Estado "gendarme", porque también por esa vía se frustran otras políticas penales, particularmente idealistas.

Las cosas que no son hombres tienen un significado, un "para qué", que siempre termina en el hombre. Es decir, el "para quién" de las cosas siempre es el hombre, pero no ninguna idea abstracta del hombre, sino los hombres concretos, reales, existentes. El excéntrico se caracteriza porque el "para qué" de la cosa no se relaciona adecuadamente con el "para quién"<sup>17</sup>. El penalismo de esta corriente se crea —por vía idealista— una imagen del hombre y el "para qué" de su derecho penal lo refiere a ella y no al hombre, al ser existente. De este modo, la excentricidad destruye lo que quiere crear: quiere dar libertad al hombre, quiere abrir su existencia en ese sentido, pero como yerra en la relación con el destinatario, éste reacciona con rechazo y la existencia excéntrica se cierra nuevamente consigo misma<sup>18</sup>. Este encerrarse del legislador excéntrico cuando el hombre le rechaza su "libertad", le hace perder de vista la "cosa misma", el ser del derecho penal, su "para qué". Es entonces cuando el idealismo acude en su ayuda: la cosa es como él "sabe que es"; cae en un "optimismo gnoseológico", maníaco, en una megalomanía —el "romanticismo liberal"— que configura la "irresponsabilidad equizofrénica del pensamiento excéntrico", que hace que el pensamiento excéntrico, a diferencia del científico (que crea comunidad) destruya la comunidad<sup>19</sup>. Cuando ello sucede ya no es posible la comunicación con el excéntrico. De allí que el pensamiento penal que comentamos sea "centrista", porque ha destruido toda posibilidad de participación común en lo común" al perder de vista la "cosa", el "para qué" del derecho penal y, lo único que "obliga y compromete dentro de la convención en común es la cosa". "Un pensamiento en el cual ya no es posible siquiera sea en la forma de la contradicción y de la discusión por parte de los demás, un común participar en lo común, ya no es más pensamiento"<sup>20</sup>.

La ruptura del excéntrico con el mundo, que en psiquiatría se llama "autismo esquizofrénico", le va haciendo perder su ser, que sólo puede ser en-el-mundo. La excentricidad hace que el "ser-hombre" se sienta amenazado en su totalidad. De allí que se reafirme, por vía idealista, en la mera trascendencia subjetiva, que insiste en que el hombre es ese "ser libre contratante" que se ha inventado, que los demás no son hombres, que sólo es hombre ese ente imaginario que él ha creado desde el vacío. Ya deja de ser responsable desde su existencia en general y responde sólo desde su "tematización". Ha perdido su libertad y se halla atado, "de una vez y para siempre", a reglas, fórmulas y principios rígidos que determinan por igual a todas las situaciones.<sup>21</sup> Es entonces cuando el grupo de poder se ata a tipos ;

<sup>17</sup> Idem, p. 76.

<sup>18</sup> Idem, p. 71.

<sup>19</sup> Idem, p. 82.

<sup>20</sup> Idem, p. 84.

<sup>21</sup> Idem, pp. 90-109.

tiende a la monumentalidad (se estereotipan las soluciones jurídicas, se prohíbe la interpretación, se crean grandes códigos). La estereotipación y la monumentalidad son características anti-individualistas, como la feudal<sup>22</sup>. Pero la debilidad de todo este armazón es tremenda y su existencia peligra. Debe defenderla para no disgregarse, y cuando más se defiende, más se frustra, *menos es*. De allí que el excéntrico sienta "cualquier leve insinuación de los demás como sojuzgamiento o ataque"<sup>23</sup>. A medida que este sentimiento se acrecienta aumentan las carencias del ser auténtico, las defensas y la susceptibilidad del ser auténtico. En tales condiciones, el grupo de poder que sostuvo la teoría del Estado "gendarme", ya está presto a caer en el autoritarismo, en la arbitrariedad penal. Aunque la escuela de Frankfurt parece decirlo en sentido que niega también la posibilidad del Estado social de derecho mismo, lo cierto es que respecto del Estado "gendarme" es exacta la frase que muestra al "fascismo como verdad del liberalismo"<sup>24</sup>.

### III. — LAS POLÍTICAS PENALES DE LOS AUTORITARISMOS DE PRE-GUERRA

187. **La política penal fascista.** No es nuestro propósito agotar aquí el análisis de las legislaciones autoritarias de la pre-guerra, sino indicar sumariamente las características generales de estos pensamientos. Los sistemas penales a que nos referimos han pasado, pero su estudio siempre es aleccionador, porque continuamente se filtran elementos de estos sistemas y de sus pensamientos políticos en contextos diferentes, sin que se percaten sus sostenedores de su genealogía ni del sello que llevan.

Las características generales del pensamiento penal fascista no se diferencian mucho de otros autoritarismos: protección del Estado como fin del derecho penal; gravísimas penas para los delitos políticos; protección del partido oficial; amplio predominio de la prevención general mediante la intimidación y relegamiento de la especial.

No obstante, el fascismo no llegó por estos caminos a los excesos irracionales místicos del nacional-socialismo ni del régimen soviético de pre-guerra. El autoritarismo penal fascista se nutrió incoherentemente en el pensamiento hegeliano, lo que, de toda forma, lo hizo menos irracional que el de los otros autoritarismos. El código penal italiano de 1930 fue la obra penal confesa del fascismo, como lo puso de manifiesto el mismo ministro Alfredo Rocco al defender

<sup>22</sup> Cfr. HAUSER, op. cit., I, 245.

<sup>23</sup> BINSWANGER, p. 90.

<sup>24</sup> THERBORN, op. cit., p. 37.

el proyecto respectivo. La orientación del mismo hacia el hegelianismo obedecía a que el fascismo consideraba que el Estado creaba a la nación, planteo que invierte el nacional-socialismo.

No cabe duda que en el código Rocco es el Estado lo que pasa a primer término y tal fue la clarísima interpretación proporcionada por sus primeros comentadores: "El principio de autoridad, el principio de socialidad y el principio de la autonomía individual armónicamente coordinado con los dos primeros principios, y los tres subordinados a las supremas exigencias del Estado Nacional, tal como surge de la profunda transformación sufrida en consecuencia de la Revolución Fascista, constituyen los pilares sobre los que se apoya la acción del Gobierno Nacional. Al respecto, el Jefe del Gobierno decía, en un discurso memorable, que el Fascismo, en el fondo, no es sino una democracia centralizada, con lo que esculpía plásticamente la verdadera esencia del Régimen"<sup>24 bis</sup>.

A ello obedecía que Georg Dahm —teórico destacado del penalismo nacional-socialista— al analizar las diferencias entre el derecho penal fascista y nacional-socialista, observase que "todos los ejemplos conducen siempre nuevamente a la oposición entre el pensamiento de la comunidad popular y el del Estado autoritario"<sup>25</sup>.

El ministro Rocco, refiriéndose al Estado fascista, decía: "Como organismo económico-social, el Estado no se presenta más como la suma aritmética de los individuos que lo componen, sino como la resultante, la síntesis o composición de los individuos, de las categorías y de las clases que lo constituyen, teniendo vida propia, fines propios, necesidades propias e intereses que trascienden por extensión y por duración, la vida misma de los individuos, de las categorías y de las clases y se extienden a todas las generaciones, pasadas, presentes y futuras. A tales preeminencias e intereses, que son los fines e intereses estatales, deben subordinarse, por tanto, en el caso de eventuales conflictos, todos los otros intereses individuales o colectivos, propios de los individuos, de las categorías y de las clases que tienen, a diferencia de aquéllos, carácter transeúnte y no ya inmanente, como los intereses que atañen a la vida del Estado". "Como organismo político y jurídico, el Estado se concibe como la población de un determinado territorio organizado política y jurídicamente bajo un poder supremo en modo tal de adquirir la capacidad de querer y de actuar como un todo unitario, para la obtención de sus fines colectivos y adquirir así una distinta y autónoma personalidad, al mismo tiempo social, política y jurídica". "Por fin,

<sup>24 bis</sup> ROMANO-DI FALCO, E., *Gli elementi politici e sociologici del Progetto Definitivo di Codice Penale*, en "Rivista Italiana di Diritto Penale", Padova, 1930, vol. II, parte II, pp. 435 y ss. (438).

<sup>25</sup> DAHM, GEORG, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, Berlín, 1935, p. 32.

como organismo ético-religioso, el Estado nos parece como la nación misma en él organizada, es decir, como una unidad, no sólo social, sino también étnica, unida por vínculos de raza, de lengua, de costumbre, de tradiciones históricas, de moralidad, de religión, y viviente, por ende, no de puras necesidades materiales y económicas, sino también —y sobre todo— de necesidades psicológicas o espirituales, sean intelectuales, morales o religiosas”<sup>26</sup>.

Como puede observarse en esta consideración que el ministro fascista hacía al Rey al fundamentar el código penal de 1930, el concepto fascista de Estado no es un concepto puramente organicista —que, dentro de todo, sería más democrático— sino que tiene una aspectación antropomórfica y una clara raigambre comtiana. En efecto: cuando se afirma que el Estado es un organismo, se admite que la mayoría de las células puedan decidir acerca de su destino, pese a que poco les importa lo que les pase a las que quedan en minoría. En el concepto fascista ni siquiera es así, porque se inspira en una de las más retorcidas interpretaciones comtianas, que tuvo lugar cuando Comte divinizó la historia en su *Sistema de política positiva* y afirmó que los seres pasados y futuros son la “población subjetiva” y los presentes la “población objetiva”, tendiendo todos al “Gran Ser”. Esta concepción, mediante la cual Comte pretendía que la Humanidad ocupase el lugar de Dios, fue retomada por el fascismo, quien le asignó al Estado el cumplimiento de este cometido.

De todas maneras, a esta anteposición del Estado como creador de la Nación, seguramente se debe que el fascismo no haya arrasado con el principio de legalidad penal. Saltelli, refiriéndose a este principio, en pleno apogeo del fascismo, decía: “Sobre la oportunidad de este principio hoy se disputa vivamente, pero, prescindiendo de la valoración que pueda hacerse bajo el perfil teórico y político, de ciertas corrientes recientísimas del pensamiento teórico y político sobre este punto, lo cierto es que nuestro legislador ha sostenido en el art. 1º del código penal la fijación de un principio que, desde su punto de vista, constituye una prenda de máxima libertad para los ciudadanos”<sup>27</sup>.

Algunos elogios al proyecto Rocco conviene recordarlos, porque precisamente resaltan lo que luego se pretendió ocultar bajo el manto siempre a disposición de los cínicos que es el “tecnicismo”. Así, Bise decía que “en el momento actual la criminalidad ha cobrado una extensión tan considerable que por todos lados se cometen atentados de audacia y ferocidad inauditas, que exigen una represión ejemplar”<sup>28</sup> y Stally-

<sup>26</sup> ROCCO, ALFREDO, *Relazione al Re*, en “Gazzetta Ufficiale” del 26 de octubre de 1930.

<sup>27</sup> SALTELLI, CARLO, *La giurisprudenza della Corte Suprema sul codice penale*, en Ministero di Grazia e Giustizia, “Conferenze in tema di legislazione fascista”, Roma, 1940, pp. 99-115 (99-100).

<sup>28</sup> BISE, E., en “Il progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo”, Roma, 1930, p. 126.

brass afirmaba que “el derecho penal debe fundarse sobre el principio de que es justo odiar al delincuente”<sup>29</sup>.

Se tutelaba fuertemente al Estado, reimplantando la pena de muerte, eliminando la prohibición de extraditar a los delincuentes políticos y considerando agravante la calidad de funcionario público de la víctima. El concepto de delito político no se definía objetivamente, sino subjetivamente, atendiendo siempre a los motivos, como criterio general de agravación. Al mismo tiempo, el concepto de delincuente “por conciencia” se buscaba en la culpabilidad, para proceder de esta manera con mayor rigor. La personalidad del Estado se defiende tanto externa como internamente, es decir, sin distinguir mayormente entre los delitos que pueden afectar la existencia del Estado de los que pueden afectar al gobierno del mismo: el gobierno es la nación misma. Por eso se penaban con mayor gravedad, y en el primer capítulo de la parte especial, los atentados al Rey, al Jefe del Gobierno y a los miembros del “Gran Consejo Fascista”. En el capítulo sobre los delitos contra la “personalidad interna del Estado” se penaba al que “injurie el honor o el prestigio del Jefe del Gobierno” (art. 282). Cabe consignar que el juzgamiento de todos estos delitos era sometido al Tribunal Especial para la Defensa del Estado —jurisdicción especial creada por ley del 25 de noviembre de 1926— compuesto por oficiales superiores de la “Milicia Fascista” y altos magistrados, cuyo presidente debía ser miembro del “Gran Consejo Fascista”<sup>30</sup>. El sometimiento de los delitos políticos a tribunales especiales es característica que habrá de repetirse en todos los autoritarismos.

El legislador fascista tutela en el título IX la “moralidad pública y las buenas costumbres”, en el X la “integridad y la sanidad de la estirpe” y en el XI la familia. Muchos de los delitos que se reúnen en estos tres títulos se hallan en cualquier código penal, pero debe observarse que en el código fascista no son “delitos contra las personas” —que los trata en el título XII— sino que se consideran delitos que afectan bienes jurídicos cuyo titular es el Estado mismo, creador de la Nación. Así, la violación (art. 519) es un delito contra la moralidad pública y las buenas costumbres, antes que un delito contra las personas. La moralidad sexual no es tutelada como un sentimiento de recato de las personas, que nadie tiene

<sup>29</sup> STALLYBRASS, W. T. S., *idem*, p. 103.

<sup>30</sup> V. DONNEDIEU DE VABRES, H., *La crise moderne du Droit Pénal, La politique criminelle des États autoritaires*, París, 1938, p. 32.

derecho a lesionar, sino como un elemento de la nacionalidad italiana, como un valor objetivo del organismo social. Por no haber reparado suficientemente en esto el código Rocco —que pasó disfrazado ante el mundo como un código “científico”, lo que muchos, ingenua o maliciosamente aceptan— ha cumplido una función deletérea respecto de quienes lo tomaron como modelo, particularmente en sudamérica. El fascismo no consideraba al aborto como un delito contra la persona, sino como un delito contra la “sanidad y la integridad de la estirpe”, considerado bien jurídico de la Nación Italiana. No tutela con ello la dignidad humana, sino el interés demográfico del Estado, lo que se pone de manifiesto al tipificar conjuntamente al aborto (art. 545 a 551) con la conducta del que se procura la impotencia *generandi* (art. 552), la propaganda neomalthusiana (art. 553) y el contagio venéreo (art. 554).

Lo mismo pasa con los delitos contra la religión, en que se llega a penar la blasfemia. La incriminación no se funda en el respeto a la libertad de cultos sino en la agresión al Estado mediante la agresión a “su” religión, al punto que la pena se disminuye (art. 406) cuando el delito se comete contra un “culto admitido” que no sea “la religión del Estado”. No se protege al hombre en su sentimiento religioso, sino al Estado en “su” religión, considerada como vínculo político.

El derecho penal fascista, como cualquier derecho penal autoritario, pretende llegar a dominar la interioridad del sujeto, por lo que se convirtió en un derecho penal de “intención”, de *animus*. Si bien es un error pretender que el derecho penal pueda afirmarse sólo en criterios objetivos —con lo que también terminaría en el autoritarismo por vía del *versari in re illicita*— los derechos penales autoritarios, so pretexto de la inmoralidad de la voluntad, llegan a hacer depender la misma del “ánimo” o sentido con que se la desarrolla, extendiendo el ámbito de lo punible a conductas que la cultura jurídica mundial considera no punibles. Por esta vía se llega a penar los actos preparatorios como actos de tentativa (art. 56) y a equiparar los actos de todos los concurrentes al delito (art. 110), a penar la tentativa de instigación (art. 115), a aplicar facultativamente una medida de seguridad en caso de acuerdo para cometer un delito, aunque éste no se haya intentado (art. 115). Con el pretexto de las medidas de seguridad se puede extender indefinidamente la privación de libertad del llamado “delincuente habitual”, “profesional” o “por tendencia a delinquir” (art. 109). El autoritarismo del código italiano de 1930 se hace evidente en la



indeterminación de casi todas las “medidas de seguridad”, que tienen carácter segregatorio. No bastándole con esta posibilidad el código fascista establecía la pena de muerte para delitos contra el Estado y contra las personas.

Con toda razón dice Bettiol que el código Rocco se nutre “de una ideología positivista, aunque no confesada”<sup>31</sup>. De la misma exposición del ministro fascista surge que se pretendía fundar en una posición defensiva heredada de Romagnosi y Carmignani, contra las posiciones de Carrara y de Pessina. “Según la concepción filosófica fascista —decía— el derecho de punir del Estado no deriva de un derecho natural del individuo como afirman los jusnaturalistas, cuyas concepciones más o menos notoriamente dominan las obras de algunos de nuestros máximos criminalistas, como Carrara o Pessina. El derecho de punir es, en vez, según la concepción fascista (que en esto se remite a la tradición propia de Romagnosi o de Carmignani, retomada, aunque a veces con evidentes exageraciones, por la escuela criminal antropológica), nada más que un derecho de conservación y de defensa del propio Estado, que nace con el Estado mismo, análogo pero sustancialmente distinto del derecho de defensa del individuo y que tiene el fin de garantizar y asegurar las condiciones fundamentales indispensables de la vida en común”. “Pero no es simplemente un derecho de defensa social como lo entienden los seguidores de la escuela criminal positiva y por ende una defensa sólo contra el peligro de la reincidencia del reo, sino un derecho de defensa de la sociedad contra el peligro de delitos o de nuevos delitos de parte de todos y contra todos, o sea, contra el peligro de la criminalidad como fenómeno social general: defensa que se actúa mediante la amenaza, la aplicación y la ejecución de la pena; que se explica por vía de la prevención general o social de los delitos, por parte de todos los ciudadanos, no excluyéndose a las víctimas de los mismos delitos, por vía de la prevención especial o individual de nuevos delitos por parte de los culpables, y tanto por medio de la intimidación y de la satisfacción del público en general, como por parte de la intimidación, de la enmienda y de la eliminación individual de los reos”<sup>32</sup>.

Nuvolone, valorando ahora el código Rocco, afirma que el autoritarismo del mismo se pone de manifiesto en varios puntos, como la gravedad de las penas, la multiplicidad de agravantes, la rigidez legalista —con la consiguiente disminución de las facultades judiciales— y el rechazo de la influencia de las deficiencias afectivas y emocionales sobre la imputabilidad, como la desviación de los principios generales de la misma en cuanto a embriaguez alcohólica y la ingestión de es-

<sup>31</sup> BETTIOL, en BETTIOL y otros, *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova, 1962.

<sup>32</sup> *Relazione al Re*, en “Gazzetta Ufficiale” del 26 de octubre de 1930.

tupefacientes, con el evidente fin de reprimir estos vicios. Añade a ello el lugar bastante amplio que se le otorga a la responsabilidad objetiva. Agrega a todo ello: "También la adición de la medida de seguridad detentiva a la pena, esto es, el sistema de la doble vía, es, bajo cierto aspecto, expresión de la severidad del código en la lucha contra la delincuencia".

"No queremos decir —concluye— que especialmente en ciertos momentos históricos, tampoco de un legislador democrático puedan emanar normas penales más severas, sino que, con referencia al momento histórico y a las exigencias abiertamente confesadas en los trabajos preparatorios, no se puede negar ciertamente que la severidad del código Rocco responde a un programa ideológico. Por otra parte, no es posible desconocer que uno de los padres putativos e indirectos de aquella legislación, Ferri, pese a formular sus teorías y proyectos en tiempos diversos, fue, en el ámbito de la escuela positiva, y, por ende, bajo presupuestos diversos, un acérrimo enemigo de los delincuentes, respecto de los que hubo siempre de usar una terminología moralista, poco compatible con sus premisas ideológicas"<sup>33</sup>.

La indeterminación de las medidas de seguridad y el uso de las mismas evitando el calificativo —y con él los inconvenientes— de "pena", es característico de todos los autoritarismos. Un uso absurdamente autoritario —y por cierto que anecdótico— de las medidas de seguridad se pretende en un proyecto latinoamericano, cuyo art. 107, inc. 2º, autoriza la aplicación en "caso de sentencia absolutoria, cuando la prueba actuada determine en el juez la duda sobre la responsabilidad o culpabilidad del encausado. Esta decisión se fundará además en los antecedentes del agente, en la naturaleza del delito y las circunstancias de su perpetración". Los arts. 118 y 119 someten a vigilancia de autoridad hasta diez años a quien le hubiese prescripto una pena de reclusión y hasta cinco al que hubiese sido simplemente absuelto. El art. 104 dispone: "Salvo disposición especial, las medidas de seguridad son por tiempo indeterminado"<sup>34</sup>. Hemos citado este ejemplo para dar una muestra de los estragos que puede hacer el código fascista bajo su aparente disfraz de "cientificismo", particularmente cuando se lo toma como modelo en nuestros países, sin preguntarse por su origen ni por su objetivo.

188. La política penal nacional-socialista. En tanto que el fascismo hizo una reforma penal integral, el nazismo no lo logró. Si bien hubo trabajos de renovación total, ésta no llegó a cristalizarse, siendo sólo demostrativa de ciertas tendencias de ese pensamiento. En Alemania las aberraciones jurídico-penales fueron mayores, pero fueron más demostrativas de ellas las leyes que se sancionaron y la doctrina elaborada en su consecuencia, que la misma labor proyectora, que quedó trunca.

<sup>33</sup> NUVOLONE, *Il sistema del Diritto Penale*, Padova, 1975, p. 132.

<sup>34</sup> *Anteproyecto de Código Penal Ecuatoriano*, Quito, 1974.

El nacional-socialismo no se sirvió del concepto hegeliano del Estado, sino que sintió la necesidad de apelar a algo más irracional y orgánico, que fue la "comunidad del pueblo". No se valió del concepto espiritualizadamente hegeliano del "partícipe del derecho" (*Rechtsgenossen*), sino del "partícipe del pueblo" (*Volksgenossen*). Esta "comunidad del pueblo" se edificó sobre la "comunidad de sangre y suelo", que apeló al mito de la raza. La "raza aria", considerada "raza superior", debía ser defendida de la "contaminación" física y moral, particularmente de las "especies inferiores", en las que se incluían a los judíos, gitanos y negros.

En Alemania se consideró que nuestro "derecho penal liberal" se componía de una serie de abstracciones a las que en concreto debía oponerse la costumbre. "El modo de ser de un pueblo —decía Göring— determinado por la estirpe y por el suelo, se expresa consciente o inconscientemente en la tradición y costumbre. Será tarea de la ley la de elevar tal forma viva en las costumbres a forma ciudadana".

El intérprete de esta comunidad orgánica era el *Führer* o "Conductor", al que se le concedieron plenos poderes por la ley del 24 de marzo de 1933 (*Ermächtigungsgesetz*), a la que oficialmente se la llamó "Ley para el allanamiento de la necesidad del Pueblo y del Estado". El 4 de abril de 1933 se sancionó la ley por la que se imponía pena de muerte para atentados y sabotajes, que fue llamada "Ley para la defensa contra hechos políticos de fuerza". Como se ve, ambas denominaciones buscan una justificación: la necesidad, la defensa. Esta es una característica del derecho penal autoritario, particularmente nacional-socialista: siempre se defiende, siempre se halla en guerra.

La igualdad ante la ley había desaparecido del orden nazi, reemplazada por una "igualación" del pueblo, en el sentido de una homogeneización de sus componentes (la *Gleichschaltung*) en el "Estado total" (*Totalstaat*).

La expresión jurídica viva de esta famosa "comunidad del pueblo" era el Conductor, que funcionaba como su intérprete "natural". Esto se conocía como "principio del Conductor" (*Führerprinzip*), que hacía del Conductor una suerte de "abeja-reina"<sup>35</sup>.

El 14 de enero de 1936, Hans Frank, "Conductor del Derecho del Régimen" (*Reichsrechtsführer*) impartía "instrucciones" (*Leitsätze*) a los magistrados judiciales en los siguientes términos: "Base de la

<sup>35</sup> NUVOLONE, PIETRO, *La riforma del p. 2 del codice penale germanico*, en "Trent'anni di diritto e procedura penale", I, Padova, 1969, pp. 1-25; STAFF, ILSE, *Justiz im dritten Reich*, 1964; autores varios, *Justiz im der Nationalsozialismus*, Stuttgart, 1968.

interpretación de todo principio del derecho es la cosmovisión nacional-socialista, tal como está expresada en particular en el programa del partido y en las declaraciones de nuestro Conductor. Frente a las decisiones del Conductor, revestidas con la forma de ley o de decreto, el juez no tiene ningún derecho de examen. El juez está vinculado también a las decisiones de diversa naturaleza del Conductor, dueño de los límites en que ellas expresen inequívocamente la voluntad de sancionar el derecho”.

Al conductor, en su carácter de suprema fuente del derecho, lo proclamaba el mismo Hans Frank el 18 de junio de 1938 en el discurso pronunciado en la Academia de Derecho Alemán: “El elemento característico de la ciencia del derecho público del Tercer Reich es que no representa un sistema de competencia, sino las relaciones de todo el pueblo alemán ante una personalidad plasmadora de la historia. Estamos en una era jurídica cubierta por el nombre del Conductor, por él plasmada. El Conductor no está dirigido por los artículos de la Constitución, sino por acciones superiores, que se basan en la unión de su vocación y devoción al pueblo. El Conductor hace real una Constitución no sobre la base de prescripciones legales superiores a él, sino por acciones históricas al servicio del futuro de su pueblo. De ese modo, en la ciencia del derecho público alemán interviene el punto de vista orgánico más alto que pueda encontrarse en la historia del derecho. El derecho público del Tercer Reich es la formulación jurídica de la voluntad histórica del Conductor, pero la voluntad histórica del Conductor no es el cumplimiento de las condiciones impuestas por el derecho público a su actuación. Que el conductor gobierne de conformidad con una constitución formal, escrita o no, tampoco es una cuestión jurídica especialmente importante. Sólo es cuestión jurídica si con su actuación el Conductor garantiza la vida de su pueblo”<sup>36</sup>. Estos descabellados argumentos repetía Hans Frank en cuanta ocasión tenía: “El derecho es para nosotros el orden autoritario de la comunidad emergente del pueblo, en cuya realización toma parte el Estado con el empleo de su poder constitucional. El fundamento originario de la ciencia jurídica es para nosotros la idea del derecho como fundamento histórico universal de la configuración comunicaria estatal de todo pueblo que merezca ese nombre, y como fundamento ético de la vida comunitaria de los participantes del pueblo dentro de un ámbito estatal”<sup>37</sup>. En síntesis: “El derecho público del Tercer Reich es la formulación jurídica de la voluntad histórica del Conductor”<sup>38</sup>.

Conforme a este criterio, corcaba Carl Schmitt: “La idea de que un juez está normativamente ligado a una ley se ha hecho hoy teórica y prácticamente insostenible en muchos campos de la jurisprudencia práctica. Ninguna ley puede proporcionar ya la calculabilidad

<sup>36</sup> FRANK, HANS, *Im Angesicht des Galgens*, München, 1933, pp. 466-7.

<sup>37</sup> FRANK, HANS, *Rechtsgrundlegung des nationalsozialistischen Führerstaates*, München, 1938, p. 11.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 39.

y seguridad que, según el pensamiento constitucional, corresponde a la definición de ley. Seguridad y calculabilidad no radican en la normatividad, sino en una situación que se postula como *normal*"<sup>39</sup>. Este peculiar concepto nazi de la "seguridad jurídica" se extendía incluso a las relaciones internacionales, en forma tal que se sostenía, por ejemplo, que el Concordato con la Iglesia Católica de 1933 "no puede ser considerado válido sino en cuanto no sea contrario a la evolución del orden nacional ni a las disposiciones del Estado nacional-socialista"<sup>40</sup>.

Conforme a esta peculiar idea del "derecho", la pena no tenía ningún contenido vindicativo ni preventivo, sino que era la simple segregación de los que atacaban la integridad del pueblo alemán, y todos los delitos eran en definitiva ataques de esta naturaleza, tal como lo proclamaba el teórico del nacional-socialismo Alfred Rosenberg<sup>41</sup>. Cuando los nazis hablaban de "prevención" lo hacían siempre en el sentido de "lucha", de "guerra". Así, el inefable Hans Frank sostenía que la pena cumplía la doble función preventiva general y especial, debiendo hacerse la prevención general en forma que "lo que los otros sólo temen, lo sienta él en su persona", y la prevención especial debía distinguirla en "mejoramiento, intimidación y neutralización", todo respondiendo al principio de que "la posición ante el delito no debe ser sólo educativa, sino de lucha"<sup>42</sup>.

El nazismo inició una reforma penal que pretendió barrer con el código de 1871, pero que no llegó a concretarse<sup>43</sup>. En lugar de esta reforma integral, se practicaron enmiendas al texto de 1871, altamente significativas y más significativamente aún explicitadas.

La ley del 13 de octubre de 1933, paradójicamente denominada "ley para la garantía de la paz del derecho", penaba el mero proyecto respecto de varios delitos, con lo que extendía la punibilidad hasta más allá de los actos preparatorios. La ley del 24 de noviembre de 1934 reformó varios artículos del código, estableciendo el estado peligroso y la habitualidad. Al multireincidente (habitual)

<sup>39</sup> SCHMITT, CARL, *Staat, Bewegung, Volk: die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg, 1933, pp. 42-3 (reproducido en MOSSE, GEORGE L., *La cultura nazi*, Barcelona, 1973, p. 340).

<sup>40</sup> *El Cristianismo en el Tercer Reich*, Bs. As., 1941, p. 767.

<sup>41</sup> ROSENBERG, ALFRED, *Der Mythos des 20. Jahrhunderts. Eine Wertung der seelisch-geistigen Gestaltenkämpfe unserer Zeit*, München, 1935.

<sup>42</sup> FRANK, HANS, *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, München, 1934.

<sup>43</sup> *Nationalsozialistisches Strafrecht*, memoria del Ministerio de Justicia bajo la dirección de Hans Karl, Berlín, 1933; GÜRTNER, FRANZ y otros, *Das kommende Deutsche Strafrecht*, Berlín, 1934.

se le interna en un establecimiento por un período mínimo de tres años, que podían renovarse indefinidamente. La ley del 28 de junio de 1935 otorgaba a los jefes del partido la misma protección que a los del gobierno (la antes mencionada del 13 de octubre de 1933 penaba con muerte el mero proyecto homicida). La ley del 1º de diciembre de 1936 penaba con confiscación de todo el patrimonio al alemán que sacase bienes de Alemania o los mantuviese fuera. La superioridad racial de que estaba imbuido el nazismo le llevaba a penar severamente las relaciones sexuales de arios con judíos, el matrimonio de arios con judíos y las minuciosas reglamentaciones a que estaba sometido el matrimonio con "medio-judíos". Los nazis habían tabulado los nombres que debían usar los judíos y con los que no se permitía bautizar a los arios. Al restablecerse la pena de muerte, se reconocieron varios "grados" de la misma: el fusilamiento para los militares, la decapitación con hacha —retomada de los germanos, porque "respondía mejor al sentimiento alemán"— para los delincuentes comunes, y la horca —particularmente infamante— para los atentados contra la seguridad pública.

La ley del 14 de julio de 1933 introdujo la esterilización de delincuentes como "medida de seguridad". La ley del 24 de noviembre de 1933, también a título de "medida de seguridad" introdujo la castración, que privaba tanto de la *potencia generandi* como de la *coendi*, para el autor de un asesinato cometido para satisfacer el instinto sexual, y para los autores de otros delitos sexuales que se haya constatado que son criminales peligrosos de orden sexual (téngase en cuenta que se penaban como delitos sexuales las relaciones *contra natura* y el bestialismo) <sup>44</sup>.

Cabe consignar que la pena de muerte se prodigó para los delitos políticos y que, al igual que en todos los sistemas penales autoritarios, aparte de las enormes funciones concedidas a la policía especialmente a la "policía secreta del Estado" —*Geheimne Staatspolizei*— *Gestapo*), la jurisdicción política se centralizó en un tribunal especial, llamado "Tribunal del Pueblo" (*Volksgeschichtshof*), establecido por ley del 24 de abril de 1934).

En el orden penal, la característica más notable del régimen

<sup>44</sup> Generalmente no se recuerda que al amparo de estas leyes se dio muerte a miles de personas (220.000 sólo entre los homosexuales, según cálculos de la Iglesia Luterana de Austria). V. McNEIL, JOHN J., *La Iglesia ante la homosexualidad*, Barcelona, 1979, p. 175; BERNADAC, CHRISTIAN, *Los médicos malditos*, Barcelona, 1979.

nazi fue la supresión del principio de reserva o de legalidad, que consagraba la retroactividad y la analogía penales. En principio, como la irretroactividad de la ley penal no tenía carácter constitucional, podía ser derogada por una ley, y así aconteció en el caso del holandés van Lubbe, condenado por el incendio del Parlamento. Por otra parte, la irretroactividad no regía cuando se trataba de medidas de seguridad <sup>45</sup>, lo que abría un amplio campo a la misma. La analogía se introdujo por ley del 28 de junio de 1935, que reemplazó al parág. 2º del StGB por el siguiente: “Es punible el que comete un acto que la ley declara punible o que, conforme a la idea fundamental de una ley penal y al sano sentimiento del pueblo, merece ser penado. Si ninguna ley penal es directamente aplicable al acto, el acto se pena conforme a la ley en que se aplique más ajustadamente la idea fundamental”.

El pensamiento del “sano sentimiento del pueblo” (*gesundes Volksempfinden des deutschen Volkes*) garantizaba el carácter “popular”, es decir, irracional, de esta legislación, como también la dictadura de la costumbre. Abrió ilimitadamente el derecho penal a la ética social y a este criterio respondía también la anterior reforma del 23 de mayo de 1933, que daba valor al consentimiento en las lesiones, siempre que no fuera contrario a las buenas costumbres (parág. 264). Por supuesto que esta remisión ética palideció frente a la enormidad de la de 1935.

El “sano sentimiento del pueblo alemán” pasó a ser límite decisivo para la legítima defensa, el estado de necesidad, la relevancia del error juris, etc., es decir, un fácil comodín para justificar cualquier criterio subjetivo. Si bien parece ser que la justicia nazi no hizo una aplicación desmesurada del mismo en cuanto a la tipicidad, no puede decirse lo mismo en lo que a los otros estratos del delito respecta, en que la remisión a las pautas de ética social se convirtió en un cómodo expediente, y, lo que fue más grave, dejó como secuela doctrinaria la tendencia a apelar al mismo —aunque con otros nombres— en la doctrina, la que frecuentemente se exportó con la fortuna propia de los conceptos que ocultan la renuncia a un esfuerzo intelectual.

No pretendemos haber agotado con esto la exposición de la legislación nazi, que aún está a la espera de un estudio serio y profundo, sino sólo haber dado una idea aproximada de lo que fue

<sup>45</sup> Sobre esto, ver el comentario de DONNEDIEU DE VABRES, op. cit., p. 128.

esta arbitrariedad penal en la que se partió de principios irracionales para justificar como derecho la voluntad de un hombre, con desarrollo coherente feroz asentado sobre verdades obtenidas misticamente.

Cabe recordar, especialmente porque es poco conocido, que en España elaboró un proyecto de código el movimiento "Falangista" en el año 1938, cuyo artículo 1º establecía la analogía y uno de cuyos tipos penaba el "matrimonio con persona de raza inferior" como "delito contra la dignidad y el interés de la patria"<sup>46</sup>. Este proyecto no tuvo ninguna trascendencia práctica, pues el autoritarismo del derecho penal español corrió por senderos diferentes<sup>46 bis</sup>.

189. **La política penal soviética de pre-guerra.** Conforme al criterio marxista, según el cual se requiere una dictadura del proletariado para llegar a una sociedad sin clases, se estableció la dictadura soviética a partir de 1917, que fue viviendo conforme se lo indicaron las necesidades político-económicas y que se caracterizó, hasta pasada la Segunda Guerra Mundial por el sello personal que le impusieron Lenin y Stalin después. El objetivo declarado de toda esta política es la obtención de la sociedad sin clases, para lo que requerían la eliminación de los que consideraban valores que no correspondían a la clase proletaria.

Si bien esta dictadura empleó la terminología de Karl Marx, no puede pasarse por alto que se desarrolló bajo el signo de la interpretación que de Marx proporcionó Engels, es decir, de un marxismo positivista que cayó pronto en un burdo materialismo evolucionista matizado con citas de diversos líderes. Los *Manuscritos* de Marx no se tuvieron en cuenta en estas teorías —incluso se ocultaron— afirmándose que hay "dos" Marx: el de los "Manuscritos", el Marx "joven", y el de *Das Kapital*, el Marx "maduro". Lo cierto es que el mismo Marx con su "dictadura del proletariado" proporcionó el argumento ideológico superestructural —para usar su terminología— a la dictadura soviética. La combinación de este pensamiento con el positivismo dio por resultado un sistema penal cuya ferocidad es muy superior a la del fascista y que tiene poco que envidiarle a la nacional-socialista.

Dicho sistema, brevemente indicado, se basaba en los siguien-

<sup>46</sup> Sobre esto: BARBERO SANTOS, MARINO, *Postulados político-criminales del sistema punitivo español vigente*, en NPP, enero-marzo de 1975, p. 7.

<sup>46 bis</sup> V. GARCÍA VALDES, CARLOS, *Un derecho penal autoritario: sobre el caso español*, en "Cuadernos de Política Criminal", N° 3, 1977, pp. 43 y ss.



tes documentos principales: a) Decreto del 24 de noviembre de 1917, que establecía que la legislación zarista quedaba vigente en la medida en que no resultaba contraria a la “conciencia socialista del derecho”; b) Decreto del 30 de noviembre de 1918, que derogaba toda la legislación zarista, dejando a los jueces librados a la “conciencia socialista del derecho”; c) Los “Principios rectores del derecho penal de la República de los Soviets de Rusia”, publicados el 12 de diciembre de 1919; d) El código penal de 1922; e) Los “Principios fundamentales de derecho y procedimiento penales” de 1924; f) El código penal de 1926 y varias leyes especiales. A ello debe agregarse el proyecto de ley penal de Krylenko de 1930, que no fue sancionado <sup>47</sup>.

Los primeros decretos introdujeron el concepto de “conciencia socialista del derecho”, es decir, que otorgaron al juzgador la más amplia libertad de apreciación, haciéndolo intérprete de esta “conciencia”, a la que él debía consultar en caso de duda. En rigor de verdad, no puede considerarse que esta legislación penal fuese propiamente tal por esos años, porque se trata de una medida en una situación de guerra interna, en que no hay fenómeno jurídico propiamente tal. La primera manifestación jurídico-penal fueron los “principios” de 1919. De toda forma, estos “principios” no dejaban de ser un abierto derecho de guerra, en que el juzgador debía apreciar la “peligrosidad social” del delito conforme a su “conciencia socialista”, en vista a la eliminación de los enemigos de la “clase proletaria”. No había en ellos penas fijadas y se mantenía la libre elaboración del “derecho”, es decir, la más absoluta arbitrariedad del juzgador <sup>48</sup>.

Con anterioridad a la sanción de estos principios entró en funcionamiento la *Tcheka*, mezcla de comisión policial y tribunal especial, que podía detener, juzgar y condenar a muerte a los “enemigos del pueblo” <sup>49</sup>. La Revolución de 1917 había derogado la pena de muerte el 10 de noviembre de ese año, reimplantándola el 16 de enero de 1918, suprimiendo también todas las restricciones a los tribunales militares revolucionarios <sup>50</sup>.

Una vez asentado el poder soviético, se sancionó el código penal de 1922, que permanecía estrechamente vinculado a los “prin-

<sup>47</sup> V. DAVID, RENÉ - HAZARD, JOHN N., *El derecho soviético*, Bs. As., 1964, II, 119 y ss.

<sup>48</sup> V. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, p. 157.

<sup>49</sup> V. ANCEL, MARC, *La réforme pénale soviétique*, París, 1962, p. X.

<sup>50</sup> Cfr. HAZARD, *op. cit.*, II, 102, n° 3.

cipios” de 1919. La función del derecho penal siguió siendo la defensa del “Estado de campesinos y obreros” durante el periodo de “transición al comunismo”. Por consiguiente, las agravaciones más notorias eran para los actos “socialmente peligrosos” que tenían por objeto el restablecimiento del poder de la burguesía. Igualmente, resultaba mucho más grave el atentado a la propiedad del Estado que a la de los particulares. El juzgador permanecía extraordinariamente “libre” para apreciar el “peligro social” y construir analógicamente los tipos conforme a la “conciencia socialista”. Este texto representa el más nefasto maridaje entre el objetivismo valorativo y las ideas positivistas de Ferri. El clima soviético era positivista<sup>50 bis</sup> y los valores del régimen lo absolutizaron, lo que dio como resultado que, conocido el objetivo —puesto dogmáticamente— y estimada como “socialmente peligrosa” cualquier acción que le pudiese afectar, la “peligrosidad social” haya eliminado directamente cualquier límite legal (considerado formal) y se haya pasado a considerar a todas las penas como “medidas de defensa social”. El código de 1922 eliminó directamente la palabra “pena”<sup>51</sup>.

En 1924 se publicaron los “principios” que se ceñían más estrictamente todavía a la terminología ferriana, dividiendo los delitos en dos categorías: los que atentaban contra el régimen soviético, considerados más graves y que tenían establecido un mínimo de “defensa social”, y los que atentaban contra particulares, que eran los más leves, a los que sólo se les fijaba un máximo de “medida de defensa social”. La pena de muerte era llamada “suprema medida de defensa social”, que si bien se sostenía que se mantenía en forma excepcional, lo cierto es que era aplicable a múltiples conductas que afectaban al Estado, incluso sólo bajo su aspecto económico, en tanto que el homicidio simple sólo tenía una pena máxima de diez años<sup>52</sup>.

Sobre la base de estos principios se elaboró el código penal ruso de 1926. El art. 6º de este código disponía: “Se considera socialmente peligrosa toda acción u omisión dirigida contra el régimen soviético o que importe atentado al orden jurídico establecido por el poder obrero y campesino para el período de transición al orden comunista”. Por el art. 7º se sancionaba a las personas que no hayan cometido delitos, pero que ofrezcan peligro por su vincu-

<sup>50 bis</sup> Cfr. BOCHENSKI, I. M., *El materialismo dialéctico*, Madrid, 1976, p. 69.

<sup>51</sup> V. ZELITCH, *Soviet Administration of Criminal Law*, Fil., 1931.

<sup>52</sup> Sobre la pena de muerte en este período, RUIZ FUNES, MARIANO, *Actualidad de la venganza*, Bs. As., 1944, pp. 158-164.

lación a un medio peligroso o por su pasado. El art. 8º autorizaba a prescindir de pena si la acción o la persona hubiesen perdido, al tiempo del juzgamiento, su carácter socialmente peligroso. El art. 16 establecía que si un acto es socialmente peligroso y no está específicamente previsto, se penaría conforme a los actos previstos de naturaleza más semejante. Al igual que el código fascista y el proyecto nacional-socialista, equiparaba a todos los participantes en el delito. En materia de tentativa, iba más allá que los otros (asimilando tentativa con preparación y consumación). La parte especial —como en todos los códigos autoritarios que necesariamente siguen la línea imperial— comenzaba con los delitos contra el Estado, prodigando la “suprema medida de defensa social”, especialmente para los delitos económicos contra el Estado. Dejaba impune la homosexualidad, el incesto y el adulterio, pero no por consideraciones de respeto a la dignidad humana o a la intimidad, sino porque consideraba que no comprometían la “legalidad socialista”, es decir, que no los consideraba peligrosos para el Estado soviético. Algo análogo pasaba con el aborto, aunque luego se cambiaría el criterio, cuando la “patria socialista” necesitó población para proceder a su proceso de industrialización y armamento.

Respecto de esta etapa de la legislación soviética, lleva razón Donnedieu de Vabres cuando —citando a un autor soviético— afirma que la legislación soviética es sólo una “directiva”<sup>53</sup>. La “legalidad socialista” no es más que una “directiva” impartida al juzgador para la defensa del Estado. Ello era tan cierto que, en el más completo maridaje con el positivismo, surgió el proyecto Krylenko, que carecía directamente de parte especial<sup>54</sup>.

Cabe consignar que frente a la analogía del código de 1926, hubo dos reacciones doctrinarias diferentes: unos la consideraron un elemento pasajero dentro de la legislación soviética (la mayoría), en tanto que otros la consideraron la “piedra angular del código de la colectividad proletaria”. Anossov defendía la analogía argumentando que Binding admitía la aplicación analógica fundado en su *Normentheorie* y citaba opiniones tan poco “proletarias” como la de un holandés (Verkonteren), quien parece haber dicho que debía reemplazarse el “in dubio pro reo” por el “in dubio pro societate”<sup>55</sup>. Afortunadamente.

<sup>53</sup> DONNEDIEU DE VABRES, op. cit., p. 160.

<sup>54</sup> Decimos “ley Krylenko” porque, en rigor, no era un proyecto de código, ya que por tal no pueden entenderse unas pocas directivas generales. V. KRYLENKO, *La politique des Soviets en matière criminelle*, Paris, 1943; *Die Kriminalpolitik der Sowjetmacht*, Wien, 1927.

<sup>55</sup> ANOSSOV, J. J., *L'analogia nel diritto penale*, en “Giustizia Penale”, 1934, 171-189.

Binding ya había muerto, lo que le salvaba de verse interpretado como un teórico de la analogía, pero Bendix entró en la polémica con Anossov respecto de la analogía<sup>56</sup> y este último le respondió de modo harto curioso, asumiendo la defensa de los Estados absolutistas del *ancien régime*: “El principio *nullum crimen sine lege*, dice el Dr. Bendix, es un principio sobre el que se funda la confianza hacia el Estado. Y bien, ¿Qué sucedía, pues, en los tiempos en que este principio era ignorado? ¿Era entonces quizá el Estado indigno de confianza? Lo que ha acaecido una vez puede quizá acaecer la segunda”<sup>57</sup>. No nos cabe duda de que Anossov tenía razón: no sólo dos, sino muchas veces más se puede desconocer la dignidad de persona del hombre.

El proyecto Krylenko “se va más allá de la analogía, puesto que no prevé una parte especial, sino sólo los elementos orientadores de acciones socialmente peligrosas, y el juez puede, según los principios generales, condenar por cualquier acción socialmente peligrosa”, con la única condición de fundarlo<sup>58</sup>. Este proyecto no era más que una mera “guía práctica” para el “período transitorio de la dictadura”, como lo confiesa su mismo autor: “El nuevo código penal así redactado debe servir de guía práctica en la lucha del proletariado por la edificación de la sociedad socialista durante el período transitorio de la dictadura hasta que no sea eliminada del todo la oposición de las clases desposeídas”<sup>59</sup>.

El curso de los acontecimientos políticos hizo que la dictadura personal de Stalin embarcase a la Unión Soviética en una política de industrialización y que todo se encaminase hacia ese resultado, lo que no podía lograrse con el criterio de Krylenko, quien fue descartado, al igual que los “viejos bolcheviques leninistas”. A Krylenko y a su grupo se los calificó de “trotzkystas” y de haber saboteado la enseñanza del derecho penal<sup>60</sup>. La legislación soviética abjuró de todo lo que fuese positivismo y sucesivas leyes de reforma encaminaron la represión penal para hacer caer en ella todo lo que podía estorbar el camino de la dictadura hacia la in-

<sup>56</sup> BENDIX, en “Monatschrift für Kriminalpsychologie”, 35, pp. 187-191.

<sup>57</sup> ANOSSOV, J. J., *Ancora sull'analogia*, en “Giustizia Penale”, 1935, 201 y ss.

<sup>58</sup> ESCOBEDO, GENNARO, *Ancora sull'analogia nel diritto penale sostanziale*, en “Giustizia Penale”, 1934, 189-202. Por la época, también NAPOLITANO, *Evoluzione del Diritto Penale Sovietico dal 1919 ai nostri giorni*, en “Giustizia Penale”, 1932, 1065 y sig.; PERRIS, *Le nuove teorie penali della Russia Sovietica*, en “Scuola Positiva”, 1931.

<sup>59</sup> V. la traducción italiana de Corrado Perris, en “Giustizia Penale”, 1932, 1767 y sig. (1769).

<sup>60</sup> V. MAURACH, R., en “Zeit. f. osteuropäisches Recht”, 1937, fasc. 12, p. 737. No obstante, recientemente parece reivindicada su memoria, mencionándose entre los “destacados juriconsultos soviéticos” (V. TEREBILOV, V., *El sistema judicial en la URSS*, Moscú, 1977, p. 33).

dustrialización. No obstante, el principio analógico se siguió explicando con argumentos positivistas y el juzgamiento de los delitos "contra-revolucionarios" quedó reservado a comisiones especiales, igual que en todos los sistemas penales autoritarios.

El principio de la analogía en materia penal era justificado por los juristas de la época con las siguientes argumentaciones: "la obligación de la estricta observancia de los artículos de la ley —o sea, el principio de estricta legalidad— es inderogable sólo para los códigos fundados sobre el principio de la culpa-retribución. La misma obligación sería ilógica para los códigos socialistas, que penan la *peligrosidad*. No tiene objeto defenderse donde no hay peligro; pero es también innatural no defenderse también donde se presenta el peligro. El delito es un síntoma, que puede también no ser manifiesto, de la *peligrosidad*; la natural identificación del concepto de *peligrosidad* impide una precisa previsión abstracta de ésta y una particularizada determinación jurídica"<sup>61</sup>.

La aplicación analógica fue motivo de sentencias aberrantes. El propio presidente del Tribunal Supremo, I. Goliakov, las criticaba en 1937, citando, entre otros, "el caso de un campesino, imputado de haber practicado algunas circuncisiones. El hecho no estaba previsto en el código, pero la ceremonia religiosa impresionaba vivamente a los jueces populares, que, no sabiendo a qué título penar al imputado, convinieron en que el hecho había sido cometido en condiciones anti-sanitarias, condenándolo por aborto analógico"<sup>62</sup> (el aborto es punible cuando se practica en condiciones anti-higiénicas).

En cuanto a los delitos políticos, eran competentes "comisiones especiales, o sea, órganos no previstos en el ordenamiento judicial, que se constituían sin formas ni procedimientos establecidos, para el examen de las causas en que estaba comprometida la defensa del Estado"<sup>63</sup>. Estas comisiones fueron suprimidas recién después del famoso "XX Congreso" en 1956.

**190. La actitud existencial general del derecho penal autoritario.** Hemos dicho que estos autoritarismos han pasado, por lo que sólo tienen valor histórico, pero, precisamente, creemos que tienen este valor, es decir, que es mucho lo que pueden enseñarnos. Bajo sus sangrientas garras murieron millones de personas y sus muertes no son del todo absurdas si sabemos interpretarlas. La circunstancia de que hoy los autoritarismos penales se presenten con otra

<sup>61</sup> NAPOLITANO, TOMASO, *Il nuovo codice penale sovietico, I principi e le innovazioni*, Milano, 1963, p. 78.

<sup>62</sup> GOLIAKOV, en "Izvestia" del 28-XII-1938, sentencia del Tribunal del distrito de Gavrilovsk del 21 de mayo de 1937, cit. por NAPOLITANO, op. cit.

<sup>63</sup> Idem, pp. 75-6.

cara, no puede hacernos caer en confusión. Lo único que nos puede evitar el equívoco es precisamente el análisis de los anteriores autoritarismos, donde los caracteres se veían con mayor claridad, donde se presentaban menos encubiertos. Hemos señalado suficientemente que el autoritarismo puede echar mano de cualquier pensamiento o ideología, pues lo que exhibe en conjunto al derecho penal autoritario es su común actitud existencial frustrante y no su contenido ideológico, que es contingente y que no permite una construcción coherente a su respecto, porque es imposible una construcción coherente de la arbitrariedad.

Todos los autoritarismos parten de críticas radicales al liberalismo<sup>64</sup>, pero en la crítica confunden —de mala fe— al Estado de derecho con el Estado “gendarme”: critican al Estado “gendarme” para destruir al Estado de derecho, pero, además, lo saben.

El autoritarismo penal es siempre la manifestación de una frustración en los sujetos del grupo de poder que detenta el gobierno. Siempre se fundan en una “ideología”, *lo que no es más que la exaltación de una idea, manejada como un “deber ser”*. La actitud del ideólogo penal autoritario es siempre la de un exaltado, finca en una exaltación. La exaltación (*Verstiegenheit*) se da cuando “se construye más alto de lo que se puede subir”. Exaltación significa “absolutización de una única decisión” en que “el valor está fijado de una vez y para siempre”<sup>65</sup>.

Lo que en principio no pasa de ser una opinión, en ciertas existencias desgraciadas se convierte en una “cosa” —de “uno” mismo— que cuando es atacada se vivencia como ataque al narcisismo del opinante, el que se defiende con artimañas intelectuales —racionalizaciones— de las que surgen las grandes construcciones delirantes, lo que se complica —y cada día más— cuando no se hace sencillo distinguir entre opinión y conocimiento<sup>66</sup>.

El penalismo autoritario, por otra parte, se vincula con otra forma existencial de la frustración, que es el *manierismo*. El pensamiento penal autoritario es “manierista”. Surge entre un clacisismo y un barroco<sup>67</sup>, entre una visión estática incapaz de captar la realidad y un movimiento, una visión dinámica que no se logra alcanzar. La causa del manierismo no es otra que la incapacidad para comprender al mundo y, por ende, de comprenderse a sí mismo. La incapacidad para “hacer pie en el mundo” lleva al empleo de una “máscara de seguridad”, que se

<sup>64</sup> Cfr. SANTARELLI, ENZO, *Storia del Fascismo*, Roma, 1973, I, 32.

<sup>65</sup> Cfr. BINSWANGER, op. cit., pp. 23-4, 28.

<sup>66</sup> Cfr. ADORNO, *Filosofía y superstición*, cit., pp. 85-6.

<sup>67</sup> Cfr. HAUSER, op. cit., II, p. 13.

traduce en un hacer "forzado, falto de gracia, artificial"<sup>68</sup>. Piénsese en los desfiles, paradas, uniformes, lemas, monumentos ciclópeos, edificios macizos aparentando clacisismo, y todos los demás puntales que usan las máscaras de seguridad de los autoritarismos. La inseguridad de estos sistemas penales se hace patente como nunca en la "defensa". Siempre se fundan en la defensa, siempre se justifican en la defensa, siempre se están defendiendo. La "defensa" siempre es para ellos una justificación, no solo hacia afuera, sino también hacia adentro. Las mayores crueldades siempre han sido cometidas "en defensa".

Todo sistema penal autoritario responde a una política penal guiada por el miedo, que siente y que quiere imponer. "El miedo es la sombra del autor", persigue todo el accionar penal, tanto el del autor como el del represor<sup>69</sup>. "El verdadero sentido del miedo es una conciencia que pretende negar, a través de una conducta mágica, un objetivo del mundo exterior"<sup>70</sup>. El legislador autoritario quiere negar nada menos que el ser del hombre, que es lo que le amenaza, lo que le hace tambalear su fuerza que quiere sentir omnípoda. A ello obedece que aumente penas sin tener en cuenta qué sucede en la realidad que no puede dominar<sup>71</sup>. Lanza a los esbirros que deben aplicar sus leyes la consigna de que deben llegar a la realidad, pero sabe que no la alcanza y duda fundamentalmente también de ellos; para sentirse seguro debe juzgar él mismo o sus más inmediatos esbirros las acciones que siente como más amenazadoras. Surgen las "comisiones especiales". Todo ello es resultado de que no "comprende", de que se cierra a la presencia del otro como estructura "humana"<sup>72</sup>. A ello obedece que el derecho penal autoritario no sólo quiera imponerse por el temor, sino que él mismo sea producto del temor: oye sin escuchar, no le puede dar sentido a lo que oye. Recuérdese la jocosa anécdota de Don Quijote y Sancho con los mazos de batán: cuando no se puede dar sentido a lo que se oye, el hombre se atemoriza. El temor a encontrarse con "el otro" es el temor de ambos.

Todos los medios que quiere emplear para no encontrarse con "el otro" le serán siempre insuficientes, porque la realidad, el dinamismo de la coexistencia humana, se niega a penetrar en sus tipos petrificados. No le importa ya la realidad, la niega, se encasilla en sus tipos. De allí que estos sistemas se caractericen más por sus temas geométrico-ornamentales<sup>73</sup>. No le importa qué es el hombre, no le interesa que se lo digan (el nazismo y el fascismo suspendieron las clases de psicología y de sociología)<sup>74</sup>. El autoritarismo penal considera patológica toda separación de sus tipos valorativos pétreos, de sus ideas

<sup>68</sup> Cfr. BINSWANGER, op. cit., p. 209.

<sup>69</sup> HALL, KARL ALFRED, op. cit. en "Fest. f. Erick Wolf", 1972, p. 82.

<sup>70</sup> SARTRE, J. P., *Bosquejo*, p. 92.

<sup>71</sup> Sobre el pensamiento mágico primitivo, HAUSER, op. cit., I, 20.

<sup>72</sup> Sobre este cerrarse, HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 1953, pp. 163-4.

<sup>73</sup> Ídem, pp. 15-16.

<sup>74</sup> V. PIAGET, y otros, op. cit., p. 96.

exaltadas<sup>75</sup>, cada día se hace más ortodoxo —a medida que la confrontación con la realidad le hace más evidente su delirio— y cada día concibe menos que los otros no se percaten del ataque del que tiene que defenderse<sup>76</sup>. Se complace en una “frontalidad” penal: se aumenta el rigor de las penas, sintiéndose más seguro frente a ese rigor, que también se dirige a él<sup>77</sup> y los tecnócratas que le sirven conocen su miedo y lo explotan. Invariablemente, este círculo de miedo hace que todo el orden penal pierda eficacia, porque cae en un autismo equizofrénico, que no es un ser-para-sí, sino un “no-ser”, un perderse desesperadamente en la nada<sup>78</sup>, producto del mismo trastorno que lo llevó al pensamiento mágico<sup>79</sup>. Por eso estos autoritarismos resplandecen y encasillan, pero a poco son nada, o mejor, muestran ser nada. Menester es profundizar en su conocimiento, para evitar lanzar nuevas bengalas que vayan a dar en la nada.

191. **Excursus: La política penal de la seguridad nacional.** Son varios los gobiernos militares latinoamericanos que participan de una concepción más o menos estatista o autoritaria del derecho, orientándose por lo que se ha dado en llamar “doctrina de la seguridad nacional”. Los obispos católicos latinoamericanos se han pronunciado contra esa teoría, rechazando la pretensión de la misma de ampararse en la Iglesia Católica, al tiempo que la caracterizaron del siguiente modo: “Pone al individuo al servicio ilimitado de la supuesta guerra total contra los conflictos culturales, sociales, políticos y económicos y, mediante ellos, contra la amenaza del comunismo. Frente a este peligro permanente, real o posible, se limitan, como en toda situación de emergencia, las libertades individuales y la voluntad del Estado se confunde con la voluntad de la nación. El desarrollo económico y el potencial bélico se superponen a las necesidades de las masas abandonadas. Aunque necesaria a toda organización política, la Seguridad Nacional vista bajo este ángulo se presenta como un absoluto sobre las personas; en nombre de ella se institucionaliza la inseguridad de los individuos” (nº 314). El mismo Documento critica duramente la violencia y

<sup>75</sup> La misma tendencia se continúa en un buen sector de la psicología y de la psiquiatría (Cfr. MARCUSE, *Eros y civilización*, p. 234).

<sup>76</sup> Sobre la tendencia que conserva la sociedad contemporánea a armarse a la defensiva, *idem*, p. 82.

<sup>77</sup> Sobre este fenómeno plástico, HAUSER, *op. cit.*, I, 182.

<sup>78</sup> Cfr. BINSWANGER, *op. cit.*, p. 240.

<sup>79</sup> Cfr. SARTRE, *op. cit.*, p. 105.



las ideologías marxistas y tecnocrática, pero no deja de advertir que “las ideologías de la seguridad nacional han contribuido a fortalecer, en muchas ocasiones, el carácter totalitario o autoritario de los regímenes de fuerza de donde se han derivado el abuso de poder y la violación de los derechos humanos” (nº 49).

El diagnóstico político del Documento de Puebla es exacto, al punto de hallar sus equivalentes en las líneas de la política criminal continental: la tecnocrática se ve claramente en el llamado “código penal tipo latinoamericano”; el organicismo de corte marxista en el reciente código cubano; el organicismo de la seguridad nacional en múltiples leyes especiales.

Es discutible que la ideología de la seguridad nacional sea una verdadera “teoría”, sin embargo su influencia en el derecho penal continental es innegable. Con gran sagacidad, el Secretariado del CELAM indica que la teoría de la seguridad nacional puede hallarse a un triple nivel: un nivel académico, en que es expuesta en escuelas y academias militares, particularmente por influencia de tesis exportadas por los mandos norteamericanos; un segundo nivel, menos coherente, que surge de la acción política concreta, en que la teoría se materializa en medidas de gobierno; un tercer nivel, que está dado por “una mentalidad de cierto antagonismo maniqueo; de sospecha generalizada; de rechazo de la participación del pueblo en la vida política, económica y cultural; de verticalismo estatal; de rechazo del diálogo y la crítica. Las personas impregnadas de tal mentalidad no pueden ser conscientes de toda la doctrina de la seguridad nacional. A menudo la ignoran aunque estén bajo su influjo inconscientemente”<sup>79 bis</sup>.

Como claros ejemplos de leyes penales fundadas en la teoría de la seguridad nacional, hallamos el decreto-ley número 898 del 29 de setiembre de 1969, en Brasil, que somete a los crímenes contra la seguridad nacional a los tribunales militares, conteniendo una serie de tipos tan desdibujados que es sumamente difícil que puedan calificarse de tales, como, por ejemplo, “incitar a la subversión del orden político-social”, “o a la animosidad entre las Fuerzas Ar-

<sup>79 bis</sup> V. Equipo Seladoc, *Iglesia y seguridad nacional*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1980, p. 301; sobre los antecedentes, JOSEPH COMBLIN, *Le pouvoir militaire en Amérique Latine*, París, 1977 (traducción en *Dos ensayos sobre seguridad nacional*, Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad, Sgo. de Chile, 1979).

madras o entre éstas y las clases sociales o las instituciones civiles” (art. 39). Este decreto repuso la llamada pena de muerte, que al igual que la reclusión perpetua, estaban proscriptas por la Constitución. Otro ejemplo de estas tipificaciones difusas sometidas a los tribunales militares es el apartado a) del artículo 1º de la ley chilena de seguridad del Estado, conforme al texto publicado el 26 de agosto de 1975: “Los que de hecho ofendieren gravemente el sentimiento patrio o el de independencia política de la nación”. Expresión de análogo pensamiento es el art. 1º de nuestra ley 20.840 que, en nuestro caso, no surgió de un gobierno militar, del que sólo surgió la atribución de su conocimiento a la Justicia Militar (ley 21.461).

Una característica común a estos derechos penales es la restricción del derecho de huelga, particularmente de empleados públicos, la punición de la pretensión de ejercer dicho derecho y eventualmente, la punición de la pretensión de ejercer derechos políticos. Frecuentemente, la facultad del poder ejecutivo de privar de libertad a personas por tiempo indeterminado culmina un verdadero proceso de aniquilamiento de todo el derecho penal, consagrando el derecho del poder ejecutivo a imponer penas, lo que genera una arbitrariedad penal que no puede ser considerada “derecho”.

Estas legislaciones no tienen un fondo filosófico coherente, pero son proclives a los organicismos, particularmente porque se adaptan perfectamente a sus requerimientos, aunque no desechan elementos del objetivismo valorativo y del idealismo penal. Tienden a considerar al delito —y no sólo al delito contra el Estado— como un ataque a la seguridad nacional, en el sentido de que debilita el frente interno, sea material o moralmente, por lo que lleva a una irracional elevación de penas y a un trastocamiento general del orden y jerarquía de los bienes jurídicos, dando lugar a un derecho penal que se acerca peligrosamente al que impera en los países comunistas.

Lamentablemente, es muy frecuente que haya aplicaciones encubiertas de tesis organicistas bajo rótulos insospechados, como el “bien común”, por ejemplo, que deviene de este modo un concepto positivista, con el consiguiente escándalo filosófico. No menos penosas son sus pretensiones de teoría “cristiana”.

En general, se trata de otra tesis de guerra permanente, como lo es la variante trotskista del marxismo, por lo que no le falta razón a Montealegre cuando afirma que con ello se ha dado “una

sorpresiva aplicación a un derecho tradicional del que la única experiencia anterior eran los casos históricos de guerra efectiva en que alguno de los Estados se haya visto envuelto”<sup>80</sup>. La situación que con esto se plantea en el derecho penal latinoamericano no es nada feliz, puesto que, por un lado tenemos la amenaza de una teoría de guerra permanente, que es en definitiva el marxismo, y, por otra, una defensa contra el marxismo que ensaya la misma tesis de guerra permanente. Lo más curioso es que para ambas tesis la guerra permanente es pasajera, puesto que según la tesis marxista, la dictadura del proletariado terminará el día que quede el proletariado como clase única, en tanto que para los teóricos de la seguridad nacional la guerra permanente terminará con la destrucción del marxismo. Lo lamentable es que entre los justicieros de la igualdad y los cruzados de los “valores inmutables” quedamos los que creemos que somos personas y no células de ningún organismo.

Esta teoría de la seguridad nacional, en su aspecto penal, no es nada ingeniosa, puesto que los elementos están todos tomados de los autoritarismos de pre-guerra. Los tribunales especiales, las facultades judiciales de los poderes ejecutivos, la destrucción del principio de legalidad, etc., provienen de esos autoritarismos, como también la proclividad a plantear la cuestión penal como un problema de “ataque” y ver en el delincuente a un enemigo del Estado o de la nación. La diferencia que presenta con estos autoritarismos es su menor coherencia teórica, que por momentos da la impresión de un infantilismo político de tal esquematismo simplista que llega al absurdo.

#### IV – LA POLÍTICA PENAL SOVIÉTICA

192. **La política penal soviética.** En 1958 y especialmente en 1960, parece iniciarse una nueva etapa en la política penal soviética. En 1957, el Soviet Supremo, resolvió que cada República debía darse su propio código penal, reconociendo a la URSS únicamente la facultad de sancionar los principios generales a que debían ajustarse los textos de las quince repúblicas federadas (ley del 11 de febrero de 1957). El 15 de diciembre de 1958, el Soviet Supremo sancionó los

<sup>80</sup> MONTEALEGRE HERNÁN, *La seguridad del estado y los derechos humanos*, Academia de Humanismo Cristiano, Sgo. de Chile, 1979, p. 3.

“Principios de Legislación Penal de la URSS y de las Repúblicas Federadas”, que son el tercer documento programático penal soviético (1919, 1924 y 1958). Entre otras cosas, desaparecieron los tribunales especiales y se restableció el principio de legalidad. No obstante, aclara que la primordial finalidad de la legislación socialista es la defensa del orden socialista instaurado. En 1960 la República Rusa sancionó el código penal adaptado a los principios de 1958. Pese a que luego se agravaron penas y se incriminaron más delitos, de toda forma, es de celebrar la culminación del terror penal staliniano<sup>80 bis</sup>, por mucho que no sea de exagerar la importancia científica de la reforma, porque, básicamente, la legislación penal soviética sigue siendo más cruel que la de muchos otros países y, particularmente, su línea política general sigue acusando un subido tono platónico.

Resulta casi un secreto a voces que el marxismo institucionalizado de la URSS, al tiempo que proclama la liberación de las superestructuras ideológicas, se ha convertido él mismo en una superestructura ideológica, de la cual es el partido la máxima autoridad científica y filosófica y, por consiguiente, también jurídica. “El marxismo pasó a ser una noción con contenido institucional, no intelectual, lo que, por cierto, pasa con cualquier doctrina eclesiástica”<sup>81</sup>. El partido deviene, de este modo, “la máxima academia de todas las ciencias”<sup>82</sup>.

Como los soviéticos parten a Engels —que construyó una dialéctica de la naturaleza, mediante la extensión de la dialéctica a todo— la lectura de los textos científicos soviéticos causa la misma sensación molesta que la lectura de Hegel: de pronto se descuelgan con una abstrucción que cierra el discurso, porque, cuando se la desentraña no queda más que una afirmación dogmática. Esta general teoría de la realidad, que parte de un dogma dialéctico es el llamado “método”. Lenin dijo que “la dialéctica materialista proporciona a todas las ciencias el método correcto de pensamiento teórico. Ninguna ciencia puede desarrollarse fecundamente sin ella”. Es, “como dijo Engels, una necesidad absoluta de las ciencias naturales”.

Esta teorización “pandialéctica” llega a conclusiones acerca de la realidad que “verifica” con citas de los “clásicos” (Marx, Engels, Lenin y, en su tiempo, Stalin). No es gratuita la comparación de este método con el escolástico, teniendo en cuenta que la autoridad de los “clásicos” no se limita a lo político y económico, sino que “son las estrellas que

<sup>80 bis</sup> Cfr. FROMM, ERICH, *Marx y su concepto del hombre*, p. 19.

<sup>81</sup> KOLAKOWSKY, L., *Der Mensch ohne Alternative*, p. 8.

<sup>82</sup> Cfr. BLAKELEY, THOMAS J., *La escolástica soviética*, Madrid, 1969, pp. 91 y ss

guían en la consideración de todos los problemas teóricos de la ciencia" (Kursanov), y "servirán siempre de fuente de inspiración para todos los estudiosos en todas las ramas de las ciencias" (Iovchuk)<sup>83</sup>. Parece que en los tiempos de Platón también había unos pretendidos sabios que, sabiendo a Homero de memoria, siempre tenían alguna frase del poeta para cualquier ocasión, y a los que el filósofo ridiculizó en el diálogo Ion<sup>84</sup>.

Siguiendo el método platónico de deducir lo que es partiendo de una idea, es decir, es un "deber ser", los soviéticos parten de la idea de la sociedad sin clases, en la que desaparece el delito. Como en los ya largos años de gobierno que llevan el delito no ha desaparecido, no pueden admitir que ello se deba a que han dado lugar a una estructura social original, que genera sus propias formas de delincuencia, sino que afirman dogmáticamente que el delito, en la URSS, es una "supervivencia capitalista", porque en el régimen soviético no hay causas objetivas delictógenas. Afirmar lo contrario es para ellos una "calumniosa invención"<sup>85</sup>.

La incorporación soviética de principios penales propios del Estado de derecho, que tuvo lugar en la reforma penal de 1958-1960, ideológicamente se explicó considerando que la URSS se hallaba madura para iniciar la etapa del comunismo, esto es, la etapa en la que se inicia la paulatina desaparición del Estado en razón de haber cesado la lucha de clases, tal como lo declara el XXI Congreso en 1959.

En la práctica de la llamada "legalidad socialista", pese a los códigos y a la Constitución, la falta de garantías resulta del rechazo del principio de separación de los poderes, que se considera "superfluo en una sociedad sin antagonismos de clase", como también de la dependencia de todos los organismos del Estado de un órgano extra-consti-

<sup>83</sup> Cit. por BLAKELEY, op. cit., p. 37.

<sup>84</sup> Cfr. ABBAGNANO, I, 83.

<sup>85</sup> La tesis contraria fue sostenida por MAURACH, R., *Die gegenwärtige Situation der Sowjetischen Kriminalpolitik*, en "Österreichische Osthefte", nº 5, 1960. A este artículo respondió GHERCENSON, con el poco científico título de *La calumniosa invención del Sr. Maurach* (V. NAPOLITANO, p. 55, nota 59). Sobre la certeza en la desaparición del delito, ZDRAVOMÍŠLOV y otros, 55 y ss. Sobre el derecho penal soviético post-staliniano, entre muchos, PIONTKOVSKI, A. A., *Le but de la peine dans l'histoire du droit pénal soviétique*, en "Homage a M. Ancel", II, París, 1975, pp. 413 y ss.; BELLON, JACQUES, *Droit Pénal Sovietique e Droit Pénal occidental*, París, 1961; HAZARD, JOHN N. - SHAPIRO, ISAAC, *The Soviet Legal System, Post-Stalin documentation and Historical Commentary*, N. York, 1962, pp. 131 y ss.

tucional (el partido), a cuyos dictados queda subordinada la jurisprudencia, como lo demuestran los casos de Rakotov y Faibisenko. El citado fue un caso de especulación dolosa con divisas, agravada por la cuantía, siendo condenados los acusados en primera instancia a la pena de quince años de prisión, conforme al máximo legalmente autorizado (arts. 88 y 24 del CP de 1960). No obstante, el Tribunal Supremo de la RSFSR ordenó el fusilamiento de los acusados, en sentencia del 19 de julio de 1961, haciendo aplicación retroactiva de la ley penal. Ninguna opinión soviética comentó esa sentencia, y el Presidente del Tribunal Supremo, Gorkin, interrogado en Roma el 22 de abril de 1962 en reunión de prensa, lo explicó fundándose en "la extrema peligrosidad del delito cometido"<sup>86</sup>. Smirnov, respecto de esta sentencia, explica la misma afirmando que la aplicación retroactiva tuvo lugar con "la sanción especial del Presidium del Soviet Supremo de la URSS, que es competente para hacer tal excepción"<sup>87</sup>. Es decir que la misma se dictó en función de una derogación del principio de irretroactividad, emanada del mismo poder que lo había sancionado.

El sentido general de la reforma consistió en una atenuación de las penas. El máximo de la pena de detención se bajó de veinticinco a quince años, el límite de la responsabilidad se elevó de catorce a diez y seis años, el confinamiento se limitó a quince años, la pena de muerte se previó alternativamente con las detentivas. Estas alteraciones las posibilitó "el alto grado de madurez de la conciencia social, que permite el paso a la etapa pre-comunista"<sup>88</sup>. No obstante, entre el 5 de mayo de 1961 y el 25 de julio de 1962, la pena de muerte se extendió a la especulación dolosa, al homicidio del militante comunista, a la violencia carnal, a la corrupción, a la apropiación considerable de bienes estatales. Se excluyeron de la libertad condicional numerosos delitos y se crearon nuevos tipos penales.

Según Napolitano, esta reagravación de la represión —que implica una marcha atrás en la reforma— no sólo fue legal, sino que la justicia, fiel a la aplicación de los dictados políticos, extremó el rigor en la aplicación de las penas, hasta el punto que Cvetkov testimonia que "en octubre de 1961 la milicia de Leningrado envió a confinamiento a un "parásito" de sesenta años con treinta y cuatro de servicios y una invalidez de segundo grado. También se confinó a mujeres en estado de gravidez, con embarazo de siete meses". "Según el Presidente del Tribunal Supremo de la URSS, esta disfunción de la justicia debe atri-

<sup>86</sup> NAPOLITANO, *op. cit.*, 237 nota 14.

<sup>87</sup> SMIRNOV, L., *Acerca de las bases de la legislación penal de la URSS y de las Repúblicas Federadas*, Edit. Progreso, Moscú, pp. 24-46 (31).

<sup>88</sup> NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 32.

buirse a que no se presta la debida atención a la elección y a la preparación de los trabajadores judiciales. En realidad, dice Gorkin, no todos los trabajadores de la justicia saben aplicar correctamente el principio de la combinación de los métodos de la coacción y de la persuasión... Muchos tribunales sobrevaloran la parte de las organizaciones sociales en la lucha contra la criminalidad; la actividad judicial se desarrolla completamente alejada de las colectividades y de las organizaciones sociales; los métodos burocráticos no son eliminados y falta el acoplamiento entre las jurisdicciones inferiores y superiores”<sup>89</sup>.

Donde el sistema soviético muestra claramente su inclinación platónica es en su sistema de penas. Se vuelve a reconocer el carácter retributivo de la pena, pues el art. 20 de los principios de 1958 dice que “la pena no es sólo castigo”, agregando que la pena de muerte “es una medida excepcional de castigo que existe sólo provisionalmente hasta su completa abolición”<sup>90</sup>. Partiendo de esto, la política penal soviética se maneja con el “principio leninista de la combinación de los métodos de la coacción y de la persuasión”. Este “principio leninista” —que sostenía Platón— consiste en tratar al reo mediante la persuasión, pudiendo prescindir de pena y aplicar “medidas de influencia social”. Si con ello se logra que no vuelva a delinquir, no hay problema alguno, pero cuando se trata de un sujeto particularmente rebelde o autor de delitos graves y muy peligrosos, lo que se hace es eliminarlo, aplicándosele “medidas penales de eliminación”, porque el derecho penal soviético considera que no puede prolongarse la pena privativa de libertad, cuando ella no tiene efecto reeducador<sup>91</sup>. De allí que aplique la pena de muerte a los “ladrones contumaces” que, como sabemos por experiencia, en todas partes son el grueso de los autores multirreincidentes.

Smirnov dice que “al recalcar nuevamente que la pena de muerte según la legislación penal soviética es una medida excepcional y provisional de castigo, conviene señalar la limitación de su aplicación tan sólo al estrecho círculo de los siguientes delitos, especialmente peligrosos: traición a la patria, espionaje, estragos, terror, es decir, los actos previstos por la ley general de la URSS de responsabilidad penal como delitos contra el Estado; el homicidio voluntario cometido concurriendo circunstancias agravantes; el cohecho cometido en circunstancias especialmente agravantes; la falsifica-

<sup>89</sup> *Idem*, p. 46, notas 39 y 40.

<sup>90</sup> SMIRNOV, *op. cit.*, p. 26.

<sup>91</sup> *Cfr.* SMIRNOV, *op. cit.*, pp. 41-2.

ción de moneda y la infracción a las reglas relativas a las operaciones de cambio de divisas, cometidas en forma de industria o en grandes cantidades; los atentados a la vida de los funcionarios de las milicias y de los miembros de los destacamentos voluntarios de milicia popular; la actividad desorganizadora en los lugares de privación de libertad de los reincidentes especialmente peligrosos y de las personas condenadas por delitos graves, vinculados con agresiones contra la administración de los lugares de privación de libertad y contra los reclusos que han entrado por el camino de la corrección, con el fin de aterrorizarlos”<sup>92</sup>.

Para completar el panorama idealista cabe consignar que el código de 1960 pena conductas que no afectan bienes jurídicos, sino que hacen sólo a la moral individual, como sucede en el art. 227 (constitución de un grupo que practique el libertinaje sexual) o el 121 (pederastia). El art. 227 fue corregido posteriormente por ley de julio de 1962, pero la pena del art. 121 se elevó hasta cinco años.

Cabe agregar que, pese a que hace años se ha superado el positivismo, el concepto material de delito se sigue fundando en la “peligrosidad social”. En las causas de justificación se excluye el delito por la ausencia de peligrosidad. “La justificación sociológica de la inimputabilidad reside, para la doctrina soviética, en la consideración de que el inimputable vive fuera de las relaciones, no participa en la lucha de clases”<sup>93</sup>, lo que es casi exactamente el concepto de “comunidad jurídica” de cuño hegeliano.

En la URSS, aparte del código penal, existen leyes que, al igual que en las tesis de Rocco y sus secuaces, se califican de “administrativas” y, por consiguiente, su aplicación elude los procedimientos cuyos principios fundamentales se asentaron en 1958. Se trata, fundamentalmente, de la llamada “ley antiparasitaria”, muy similar, por no decir idéntica, a cualquier ley de “estado peligroso sin delito”. Según esta ley pueden sufrir hasta cinco años de relegación los que “eluden el trabajo socialmente útil y se conducen de modo antisocial y parasitario”, como también confiscársele el dinero obtenido por tales medios<sup>94</sup>. Son, al igual que todas las leyes de

<sup>92</sup> *Idem* 38-9. En igual sentido, ZDRAMÍŠLOV y otros, pp. 4-5. La vocación de las nuevas corrientes de la filosofía soviética hacia el hegelianismo y el aristotelismo las destaca BOCHIENSKI, op. cit., p. 276.

<sup>93</sup> NAPOLITANO, op. cit., pp. 94 y 106.

<sup>94</sup> BERMAN, HAROLD J., *La Justicia en la URSS*, Barcelona, 1967, p. 103 y 322-3.



peligrosidad sin delito, leyes paternalistas que pretenden utilizar el derecho penal para la formación de una "conciencia moral"<sup>95</sup>.

Cabe consignar que en la Unión Soviética se ha puesto de moda en los últimos años confinar en hospitales psiquiátricos a los disidentes por razones políticas, religiosas y hasta gremiales, práctica que no parece haber desaparecido hasta el presente, aunque resulta difícil la obtención de datos concretos<sup>95 bis</sup>, pero que fue objeto de una condena unánime por parte de la Asociación Psiquiátrica Mundial en el Congreso de Holanda de 1977.

193. **Excursus: La política penal de otros países socialistas.** Hay algunos caracteres que son comunes a todas las legislaciones socialistas, particularmente en lo que a países europeos se refiere. Los códigos penales de estos países precisan en sus textos los fines que persiguen, consistentes, como objetivo central, en la protección del régimen y del orden jurídico socialista. Suele agregarse a ello la protección de la persona y de los derechos del ciudadano. En ello no hacen más que reflejar los principios constitucionales de estos Estados, en los que predomina siempre el interés de la colectividad, al que se sacrifica el individuo, para lo que suele echarse mano al concepto tomista del "bien común"<sup>96</sup>. En estos textos, suelen expresarse también los fines de las penas, señalándole funciones preventivas especial y general, como también de enmienda del delincuente. En la actualidad, se consagra el principio de legalidad, habiendo sido reemplazada la analogía en Bulgaria y Rumania, la que había sido adoptada por esos países en los años 1946 y 1948, respectivamente<sup>97</sup>.

En todos estos países se considera que las penas y las medidas son insuficientes para la educación del ciudadano, complementándose por ello con los "tribunales de camaradas", que en otros países son llamados de diversa manera. "La tarea principal de los tribunales consiste en prevenir las infracciones y los actos que importan perjuicio a la sociedad, en educar a los hombres por medio de la persuasión y la presión social, en crear una atmósfera de intransigencia contra todos los actos antisociales"<sup>98</sup>.

La ley búlgara de "tribunales de camaradas" de 1961 establece que es su función la educación de los ciudadanos según el espíritu comunista en lo que concierne especialmente al trabajo, la disciplina, el

<sup>95</sup> Idem, p. 328.

<sup>95 bis</sup> No obstante, puede verse información detallada de varios casos en "Amnistía Internacional, Informe Anual, 1979", pp. 163-4.

<sup>96</sup> Así, expresamente, MAMPEL, SIEGFRIED, *Die Funktion des Rechts bei der Bewältigung von Interessengegensätzen*, en "Deutschland Archiv", 8. Jahrgang, 1975, pp. 68 y ss. (70).

<sup>97</sup> KOURILSKI, *Les récentes modifications des tribunaux de camarades*, en "Rev. Int. de Droit Comparé", 1964, p. 12.

<sup>98</sup> Idem, p. 87.

respeto al orden, la protección de la propiedad socialista y la prevención de crímenes y delitos por medio de medidas simples y eficaces contra los autores de ciertas infracciones<sup>99</sup>.

Todos los códigos penales socialistas se refieren a un concepto material de antijuridicidad, pero en el que la peligrosidad del mismo no está limitada a la peligrosidad del acto, sino referida y confundida con la peligrosidad del autor, lo que subjetiviza la antijuridicidad. El peligro social condiciona la persecución social en forma tal que prácticamente opera como un principio de oportunidad procesal<sup>100</sup>.

Los delitos se clasifican en la parte especial, siguiendo el criterio del "bien común" sentado en la exposición de los objetivos en la parte general, conforme a un enlistado que comienza con los delitos contra el Estado. Contienen por lo general un capítulo de delitos contra el sistema económico y otro de delitos militares. Hay un grupo especial de delitos contra la propiedad socialista y un capítulo de delitos contra la humanidad<sup>101</sup>.

Fuera de Europa, presenta particular interés la legislación penal de China. En China Popular, como en otros Estados comunistas, su sistema jurídico rechaza la separación de poderes, habiendo algunos órganos especiales de jurisprudencia, como el Tribunal del Pueblo y la Procuración del Estado. En el fondo, se trata de una división de tareas administrativas. "El derecho no es otra cosa que la configuración de la voluntad del Estado, que debe ser públicamente ejecutada mediante coacción por la clase actualmente dirigente". "No obstante, en el artículo 7 de la Constitución del 20 de setiembre de 1954 se encuentra una disposición sobre la independencia de los tribunales, que dice: 'Los tribunales del pueblo son en su jurisprudencia independientes y están absolutamente sometidos a la ley'. En atención al fuerte control del partido y a su decisiva función jurídica, esta independencia no pasa de ser una división de la tarea administrativa"<sup>102</sup>.

"Conforme a la teoría socialista, el derecho penal se dirige contra los enemigos del Estado, es decir, contra las personas que actúan contra la política de las estructuras socialistas. El derecho penal debe proteger, pues, el desarrollo nacional y social. La pena debe separar al delincuente de la sociedad o mediante una coerción educadora socialista reinsertarlo en la sociedad. El derecho penal abarca, por tanto, todas las leyes y disposiciones que sirven a este fin"<sup>103</sup>. Estos pro-

<sup>99</sup> VLAHOFF, I. S., *Les tribunaux de camerades en Bulgarie*, en la misma, 1962, p. 78.

<sup>100</sup> SCREVEENS, RAYMOND, *Les infractions dans les Codes Pénaux des E.ats Socialistes*, Bruxelles, 1965, p. 15.

<sup>101</sup> *Idem*, pp. 16-7.

<sup>102</sup> JYUN-HSYONG SU, *Zum gegenwärtigen Stand des Strafrechts im Kommunistischen China*, en ZStW, 80 (1968), pp. 510 a 528 (512). Puede verse también: *Lectures on the General Principles of Criminal Law in the People's Republic of China*, Joint Publications Research Service, U. S. Government Publications, 1962.

<sup>103</sup> JYUN-HSYONG SU, p. 513.

pósitos surgen de los principios generales de la Constitución china (arts. 10, 19 y 100).

El principio de legalidad es desconocido y se lo considera un "embuste capitalista". "El derecho penal chino, como el primitivo derecho penal soviético, se funda en la peligrosidad social del autor para justificar la ingerencia estatal. Una acción socialmente peligrosa sólo es punible cuando el carácter del autor se ha manifestado como peligroso (enemigo del Estado) en el hecho"<sup>104</sup>.

Las acciones contra la revolución o contra la ideología comunista fueron penadas con la más completa libertad. El artículo 16 de la ley penal de 1951 decía: "El autor que con fin contra-revolucionario realice otra acción no mencionada en esta ley, será por analogía penado conforme a este precepto". La vigencia retroactiva de la ley se ordenaba expresamente en el art. 11 de la ley de 1951: "Estos preceptos se aplican también a los autores contra-revolucionarios que hayan actuado antes de su puesta en vigencia". En realidad, esta concepción "revolucionaria" es de claro origen confuciano, donde el "Li" era el derecho natural y ético y el "Fa" el derecho escrito, estando siempre el "Fa" sometido al "Li"<sup>105</sup>.

La analogía fue definida como "la aplicación de una pena por preceptos similares a las leyes vigentes, contra acciones penales socialmente peligrosas que no están indicadas en la ley penal como delitos"<sup>106</sup>.

Durante muchos años no hubo en China un código penal. En 1956 el Presidente de la República manifestó la necesidad de complementar sistemáticamente las leyes, y conforme a ello, en 1957 se elaboró un proyecto de código penal con 261 párrafos, pero pasado el llamado periodo de las "cien flores", de cierta liberalización, este proyecto fue definitivamente enterrado<sup>107</sup>, considerándose producto de una desviación "reaccionaria" y "revisionista". No obstante, había algunas leyes penales aisladas, de las que se pueden extraer algunas líneas generales. La más importante es la ley sobre control del orden público y la seguridad de 1957, que contiene preceptos sobre imputabilidad, embriaguez, exclusión de culpabilidad, dolo, culpa, causas de justificación y concurrencia.

En cuanto a las penas divisibles, solían fijarse límites mínimos, pero no máximos, los que en la mayoría de los casos quedaban librados al control político. Las penas principales eran: muerte, prisión perpetua, prisión temporal, detención, multa, apercibimiento, prueba. Como penas accesorias se mencionaban: la privación de derechos políticos, la confiscación, la expulsión de extranjeros y la privación de la licencia del permiso de conducción<sup>108</sup>. La autoridad policial puede ordenar me-

<sup>104</sup> JYUN-HSYONG SU, op. cit., p. 514.

<sup>105</sup> Idem, 515.

<sup>106</sup> Ibidem.

<sup>107</sup> ZONG UK TJONG, *Acerca de la historia de la codificación penal en el Extremo Oriente*, trad. de E. R. Zaffaroni, en "Revista de Ciencias Jurídicas", Valparaíso, diciembre de 1975.

<sup>108</sup> JYUN-HSYONG SU, op. cit., 522-3.

didadas correctivas, cuyo cumplimiento puede estar a cargo de órganos sociales o partidarios.

“La cuantificación de la peligrosidad social de un delito no es segura, dependiendo la valoración de los factores reales de poder, lo que se corresponde con la falta de distinción entre jurisdicción y administración, por lo que no hay diferencia alguna entre delito y contravención”<sup>109</sup>. La consecuencia práctica de esta identificación fue que todos los que participaron contra la Revolución cultural fueron considerados “delinquentes contra-revolucionarios”, cuando en realidad se trataba de una cuestión de disciplina partidaria.

Aparte de la mencionada ley, son importantes la “Ley penal de la República Popular China contra la contra-revolución” del 20 de febrero de 1951; la “Ley penal de la República Popular China contra la corrupción” del 18 de abril de 1952, la “Ley sobre la prevención del fuego” del 27 de agosto de 1960 y la “Ley de control de tránsito de extranjeros” del 13 de abril de 1964.

La prolongación de semejante creación del “derecho” en China parecía desmentir la afirmación de Hellmuth von Weber, en el sentido de que la analogía es una característica de tiempos revolucionarios, pero que pronto debe superarse. No obstante, creemos que esta demora obedeció en China a la tradición confuciana que vincula estrechamente el derecho a la ética social, pero tampoco allí pudo evitarse la consecuencia señalada por Weber: “si pronto los contenidos del nuevo derecho no toman forma legal, ello conduce a hacerlos prolongadamente tiempos de inseguridad y de arbitrariedad”<sup>109 bis</sup>.

Finalmente, el 1º de julio de 1979, el Quinto Congreso Nacional del Pueblo sancionó la “Ley Criminal”, que es un código penal compuesto de 192 artículos, de los que 89 corresponden a la parte general<sup>110</sup>, que entró en vigencia el 1º de enero de 1980, junto con una ley de procedimientos criminales. El artículo 9º del novísimo código dispone la retroactividad de la ley penal más benigna, pero su art. 79 continúa consagrando expresamente la analogía: “Los que cometan delitos no explícitamente definidos en las especificaciones de la ley criminal pueden ser juzgados y sentenciados conforme al artículo más aproximado de la ley criminal”. No obstante, exige para estos casos la aprobación de la Corte Suprema del Pueblo. El texto reconoce que sus disposiciones pueden no ser adecuadas para ciertas áreas nacionales autónomas, facultando a los órganos políticos regionales o provinciales para introducir las modificaciones y complementaciones que fuesen necesarias (art. 80).

Como penas principales establece la vigilancia, la detención, la prisión —temporal y perpetua— y la pena de muerte. Las penas accesorias son la multa, la privación de derechos políticos, la confiscación de la propiedad (art. 28 y 29) y en ciertos casos autoriza la deportación de

<sup>109</sup> JYUN-HSYONG SU, op. cit., p. 517.

<sup>109 bis</sup> GRUNDRUSS, p. 48.

<sup>110</sup> *The Criminal Law of the People's Republic of China*, en National Technical Information Service, Daily Report, 27 July 1979, pp. 33 y ss.

extranjeros y la reparación de los perjuicios (art. 30 y 31). La detención tiene un mínimo de 15 días y un máximo de 6 meses; la prisión temporal se extiende de 6 meses a quince años (aunque puede llegarse a 20 años en caso de concurso). Todas las condenas a pena de muerte deben ser aprobadas por la Corte Suprema del Pueblo, la cual también puede disponer una postergación de dos años, durante los cuales se sometería a prueba al condenado y, en caso de considerar que ha dado muestras de arrepentimiento y de rehabilitación, se le conmutará la pena por prisión perpetua o por prisión temporal, todo ello, también con aprobación de la Corte Suprema del Pueblo (arts. 43 a 47).

En la imposición de cada pena no se puede bajar del mínimo legal, salvo que, basados en las concretas circunstancias del caso, el mínimo legal resulte muy gravoso, en que podrá aplicarse una pena menor con autorización del comité judicial de la Corte del Pueblo (art. 59). Reconoce la "probation" y la "parole".

El art. 103 faculta a que prácticamente todos los delitos "contra-revolucionarios" puedan ser penados con muerte. Además pueden pensarse de igual forma el sabotaje, el homicidio doloso, la violación, la seducción de menores, el robo con lesiones o muerte y la malversación de caudales públicos. En general, puede decirse que el código impone cierto orden al centralizar la jurisprudencia más grave en un único órgano, pero no se distingue sustancialmente de los principios que rigieron hasta el presente.

Recientemente, Cuba ha sancionado un nuevo código penal que pretende enmarcado dentro de los principios del "derecho socialista", pero que en verdad es un trasnochado ejemplo del mejor positivismo peligrosista, notoriamente empeorado con componentes provenientes del código de Rocco. Sus penas son gravísimas, previendo la muerte para una veintena de delitos, consagrando el principio de legalidad, pero previendo luego una privación de libertad en función de peligrosidad sin delito mediante una fórmula consagratoria de la analogía que puede llegar hasta cinco años. Se trata del código más autoritario de Latinoamérica <sup>110ter</sup>.

#### V. — LA POLÍTICA PENAL UTÓPICA

194. **El anarquismo penal.** Parece un verdadero contrasentido hablar de un pensamiento penal anarquista, porque suele afirmarse que el anarquismo es la negación del derecho y, particularmente, del derecho penal. Superficialmente consideradas las cosas, ello es exacto, pero considerando la cuestión con un poco más de profundidad, se observa que el anarquismo es siempre la manifestación extremadamente optimista de algunos jusnaturalismos idea-

<sup>110bis</sup> V. "Gaceta Oficial de la República de Cuba", edición ordinaria, La Habana, jueves 1 de marzo de 1979, año LXXVII, número 3, pp. 47 y ss.

<sup>110ter</sup> V. el comentario de Manuel de Rivacoba y Rivacoba en Rivacoba-Zaffaroni, *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica*, Valparaiso, 1980.

listas. No puede llegarse a otra conclusión dado que el anarquismo pretende que hay un derecho superior al positivo y reconocible, sea por observación, por introspección o por revelación. Esto determina que el anarquismo no sea una línea coherente y única de pensamiento, habiendo un anarquismo racionalista (Godwin), positivista (Kropotkin), romántico (Stirner), cristiano (Tolstoy) y otros menores. Si a partir de cada jusnaturalismo no se ha desarrollado un anarquismo, ha sido porque ha habido inconsecuencia o porque ha faltado el suficiente grado de radicalización de la posición respectiva.

Proudhon sostenía que la justicia existe entre nosotros como el amor, "como las ideas de belleza, utilidad, verdad, como todas nuestras capacidades y facultades"<sup>111</sup>, Kropotkin confiaba en una "evolución continua de las relaciones humanas, comparable a la que se observa en la naturaleza"<sup>112</sup>.

Dado que proceden de jusnaturalismos incompatibles y que el anarquismo no se limitó a ser un teoría, sino que, en cierto momento, fue un movimiento internacional poderoso, resulta muy difícil caracterizar su pensamiento en forma unitaria. De toda forma, no nos ocupará aquí la acción política del anarquismo, sino que nos limitaremos a sus teóricos. La característica común a todos éstos es su rechazo de cualquier pensamiento que pretenda la regulación del cambio social mediante una acción gubernativa o estatal<sup>113</sup>. Todos ellos creían en una perfectibilidad indefinida del hombre, lo que les llevaba a rechazar las utopías de Marx o de Fourier y también el contractualismo social.

*Godwin* puede ser considerado el primer anárquico moderno. Al igual que en otros pensadores de las mismas corrientes, la idea de libertad resulta en él contradictoria con la de necesidad. Negaba la responsabilidad partiendo de una afirmación determinista, en lo que receptaba un claro acento protestante. Para Godwin la sociedad no podía crear la ley, sino que debía limitarse a interpretar la única ley, que es la razón. De allí que pueda afirmarse que representó la corriente racionalista dentro del pensamiento anárqui-

<sup>111</sup> Cit. por WOODCOCK, *L'Anarchia*, Milano, 1973, p. 17.

<sup>112</sup> KROPOTKIN, *Modern Science and Anarchism*, London, 1912.

<sup>113</sup> Cfr. WOODCOCK, p. 26.

co. El delito, dentro de su pensamiento, no era más que el resultado de las condiciones políticas <sup>114</sup>.

*Stirner* representó la vertiente voluntarista del anarquismo, que negaba la existencia de derechos, reconociendo como único derecho la fuerza. De allí que se le haya vinculado a Calicles <sup>115</sup>, a Nietzsche, a Hobbes <sup>116</sup>, e incluso a Adam Smith. Partiendo de su afirmación de la fuerza, concibe una sociedad de egoístas, viviendo en un equilibrio de fuerzas que sobreviene después de la lucha, para lo cual exalta al delito, concibiéndolo a la gran revolución anarquista como un enorme delito colectivo. Sostenía que era la imitación de los delinquentes lo que produciría el gran cambio social y, luego, el delito quedaría eliminado, porque desaparecería el derecho, reemplazado por un natural equilibrio de fuerzas entre egoístas que nada tienen en común <sup>117</sup>.

*Proudhom* siguió la tradición del jusnaturalismo revolucionario francés. A la justicia trascendente oponía la justicia immanente, que vive en la conciencia del hombre y que es para él la verdadera fuerza animadora de la sociedad <sup>118</sup>.

*Bakunin*, tan mencionado dentro del anarquismo, fue más un activista que un teórico, por lo que su pensamiento es más bien asistemático. Tenía una fe ciega en el orden natural, que creía que habría de surgir automáticamente de la destrucción del Estado. "El impulso destructor —decía— es también un impulso creativo". Propugnaba el reemplazo de los tribunales ordinarios por los "tribunales del pueblo" <sup>119</sup>.

La versión positivista del anarquismo fue *Kropotkin*, quien puede considerarse la expresión anárquica optimista por excelencia y, por ende, diametralmente opuesta a *Stirner*. Llega a conclusiones parecidas a las de *Godwin* por una vía completamente distinta. Creía que en el hombre existía una solidaridad natural; que deducía

<sup>114</sup> GODWIN, WILLIAM, *An Inquiry concerning the Principles of Political Justice, and its Influence on General Virtue and Happiness*, London, 1793 (reed., Toronto, 1946); sobre GODWIN: COLE, G. D. H., *Historia del pensamiento socialista*, México, 1957, I, 32-38.

<sup>115</sup> MENZEL, op. cit., p. 83.

<sup>116</sup> VERDROSS, op. cit., p. 180.

<sup>117</sup> V. STIRNER, MAX, *Der Einzige und sein Eigentum*, Berlín, 1845.

<sup>118</sup> PROUDHOM, *De la Justice dans la Révolution et dans l'église*, París, 1858; DOLLÉANS, ÉDOUARD, *Proudhom*, París, 1948.

<sup>119</sup> V. WOODCOCK, op. cit., p. 155; COLE, G. D. H., op. cit., II, 6-9.

de observaciones hechas en la naturaleza y que llamaba "mutuo apoyo", base de toda su teorización<sup>120</sup>.

*Tolstoy* representó al pensamiento cristiano dentro del anarquismo. Tenía, como todos los anárquicos, una fe profunda en la convivencia natural y su conversión al anarquismo proviene justamente, del día en que presencié la ejecución de una pena capital en París en 1857<sup>121</sup>.

Atisbos anárquicos pueden verse en muchos autores. Como el anarquismo proviene de los jusnaturalismos idealistas, en cualquier jusnaturalista pueden encontrarse consideraciones con acento anárquico. Así, *Voltaire*, por ejemplo, escribía: "De hecho, ¿qué es ser libre? Es conocer los derechos del hombre y, una vez conocidos, se defienden sin más"<sup>122</sup>. En el campo jurídico, un jusnaturalista cristiano como *Carnelutti* afirmaba que el derecho no es necesario para los buenos y no es temido por los malos, con lo que presagiaba su muerte<sup>123</sup>. Para *Carnelutti*, el derecho resultaba de la falta de amor. Hacía una distinción entre Estado y derecho llegando a concebir al Estado sin derecho, cuando las relaciones entre los hombres llegasen a regularse sólo mediante el amor, como sucede en la familia, en que recién interviene el derecho cuando se pierde el amor. Su pensamiento no se hallaba lejano del de *Tolstoy*, aunque *Carnelutti* anunciaba al Estado "perfecto", concebido como "el Estado que no tenga necesidad del derecho", en "una perspectiva sin duda lejana, inmensamente lejana, pero cierta, porque la simiente está destinada a transformarse en el árbol cargado de flores y frutos"<sup>124</sup>.

Si algo hay injusto es precisamente llamar "nihilista" al pensamiento anárquico, porque su característica es la inversa. Todos los anarquistas pecan de un defecto en su razonamiento, que es una fe tan inmensa en la condición moral del hombre, que suprimen la diferencia entre moral y derecho. Su fe es tan grande que ni siquiera conciben que el control mutuo en la sociedad que sueñan pueda ser tan o más autoritario que el más autoritario de los Estados<sup>125</sup>. Esto les era tan inconcebible que ni siquiera lo imagi-

<sup>120</sup> KROPOTKIN, *The conquest of bread*, London, 1906; COLE, G. D. A., II, p. 12.

<sup>121</sup> Cfr. WOODCOCK, op. cit., p. 197; ZWEIG, STEPHAN, *El pensamiento vivo de Tolstoy*, Bs. As., 1942.

<sup>122</sup> *Lettres sur les Anglais*, carta IX.

<sup>123</sup> CARNELUTTI, FRANCESCO, *La morte del diritto*, en "La crisi del Diritto", Padova, 1953, pp. 177 y ss.

<sup>124</sup> CARNELUTTI, FRANCESCO, *Arte del Diritto*, Padova, 1949, p. 17.

<sup>125</sup> De la "caída en la dictadura moral" habla SOLER (*Las palabras de la ley*, p. 45).



nan, dada su inmensa fe en un cambio moral del hombre, más o menos espontánea, que se produciría como consecuencia de la supresión de las actuales condiciones sociales. Esta fe les impedía pensar en la nueva sociedad, imaginarla. Afirmaban que ellos mismos estaban incapacitados para imaginar la nueva sociedad, precisamente porque estaban inmersos en esta sociedad. Eso hizo que los anarquistas se negasen sistemáticamente a cualquier teoría utópica pre-elaborada.

195. **El pensamiento penal del socialismo utópico.** En los últimos años se ha revalorado en Europa el pensamiento de Fourier, imputándole a Marx el haber retrocedido ante la idea de concebir a una sociedad humana en que el trabajo fuese un juego<sup>126</sup>. Creemos que hay razón suficiente para esta revaloración, porque Fourier fue el primer crítico de la civilización represiva moderna.

Fourier afirmaba que no hay pasiones negativas, sino que todas son positivas, pero que las pasiones reprimidas tienen desarrollos negativos, engendran “monstruos libidinosos”, por lo que se necesita una coordinación de la economía con la moral. No pasaba por alto que las pasiones engendran crímenes en el mundo civilizado, pero afirmaba que en un orden que no restringiese las pasiones, se operaría una “natural concordia pasional”, o sea que, en un universo que permitiese la satisfacción total de la libido, no habría lugar para los “monstruos sadianos”<sup>127</sup>. Para él, no se trataba, pues, de reprimir aquellas pasiones que adquieren un carácter antisocial y criminal en la sociedad actual, sino de liberarlas, pues ellas resultarían positivas en la “armonía pasional del nuevo mundo”<sup>128</sup>. En síntesis: para Fourier, el crimen es producto de la represión de las pasiones; cuando las pasiones se liberan no llevan al crimen, sino a su “armonía pasional”.

El jusnaturalismo de Fourier es evidente. Su ilimitada confianza en la armonía pasional, que surgiría automáticamente de la desaparición de la sociedad represiva y de la satisfacción total de la libido, eliminando los desarrollos negativos de las pasiones con el desarrollo libre de las mismas, es toda una concepción jusnaturalista que, justo es advertirlo, parte de una serie de observacio-

<sup>126</sup> Así, MARCUSE, *El final de la utopía*, p. 17.

<sup>127</sup> SUBIRATS, EDUARDO-GRAS, MENENE, *La voluptuosidad subversiva*, prólogo a FOURIER, *La armonía pasional del nuevo mundo*, Madrid, 1973, p. 25.

<sup>128</sup> Idem, p. 27.

nes ciertas, pero no puede decirse lo mismo respecto de su irrestricta generalización.

Su jusnaturalismo es similar al que anima a varios anarquistas, pero Fourier no eliminaba al Estado, sino que concebía una organización no represiva del mismo, basada en economía que eliminaba el trabajo desagradable.

Fourier negaba que el problema criminal pueda solucionarse sin llegar a la sociedad no represiva, porque fuera de ella "las pasiones no son más que tigres encarnizados, enigmas incomprensibles"<sup>129</sup>.

"El orden societario que sucederá a la incoherencia civilizada no admite moderación ni igualdad ni ninguna de las consideraciones de los filósofos: quiere pasiones ardientes y refinadas, y a partir del momento en que se forma la asociación, las pasiones concuerdan más fácilmente entre sí, cuanto más vivas y numerosas sean"<sup>130</sup>. No por eso concebía a su "nuevo mundo" como un universo sin discordia, porque en "la armonía societaria, las discordancias son tan necesarias como los acuerdos"<sup>131</sup>. Enunciaba un claro principio jusnaturalista al afirmar que aquello "que produce placer a varias personas sin perjudicar a ninguna constituye siempre un bien sobre el que debe especularse en la Armonía, donde es necesario variar los placeres al infinito"<sup>132</sup>.

La posición antropológica de Fourier le llevaba a criticar profundamente una sociedad en que las "ciencias inciertas" llevan a la "depravación de la razón", al escindir al hombre, que es una "unidad consigo mismo", desarrollándole plenamente en lo físico y atrofiándolo en lo espiritual (pasional)<sup>133</sup>. Esta idea, unida a la de que toda pasión obstruida produce su contra-pasión, que es tan nociva como beneficiosa la pasión natural<sup>134</sup>, muestran la vinculación que con este pensamiento tendrán los posteriores desarrollos filosóficos de Nietzsche y de Freud en el campo científico.

Suele afirmarse que en el socialismo utópico hay dos corrientes, denominando "sansimonismo" a la otra. No obstante, éste no presenta los mismos caracteres que los otros socialismos, pues, pese a que sus conceptos son eminentemente escurridizos, puede identificársele con una posición positivista y, en general, poco democrática y orgánicista, cuyo pensamiento penal se corresponde con estas corrientes.

<sup>129</sup> FOURIER, op. cit., p. 58.

<sup>130</sup> Idem, p. 59.

<sup>131</sup> Idem, p. 210.

<sup>132</sup> Idem, p. 270.

<sup>133</sup> Idem, p. 285.

<sup>134</sup> Idem, p. 272.

Las ideas de Claude-Henri de Ruvroy, conde de Saint Simon (1760-1825) poco o nada tienen que ver con las de algunos de sus continuadores, que llegaron a dar forma religiosa a su organización. Estos últimos sostuvieron en general una filosofía positivista, no siendo Comte ajeno del todo a la organización. El pensamiento de esta corriente se manifestó como anti-liberal y eventualmente, como abiertamente totalitario, particularmente con Prosper Enfantin (1796-1864), que sostenía que el individuo no podía ser depositario del destino de la sociedad —por lo que se oponía al sufragio— y que ésta, científicamente organizada, era la que debía regir al individualismo<sup>135</sup> - 136.

#### VI. — LA POLÍTICA PENAL CATÓLICA

196. **La política penal católica.** Muchos pensamientos penales se autotitulan católicos, y frecuentemente lo son. No obstante, no pasaremos revista aquí a tales opiniones, sino que lo que nos interesa destacar son los principales puntos o líneas que para la política penal pueden derivarse de lo que postula oficialmente la Iglesia Católica.

Los documentos emanados de los últimos Pontífices son altamente significativos desde el punto de vista político-criminal, sin que nos sea posible, en el estrecho marco de esta exposición, extraer de ellos las suficientes consecuencias. No obstante, y eligiendo los más importantes, cabe destacar que en ellos se reitera siempre la consideración del hombre como persona. La crítica del positivismo —incluso del positivismo lógico como vía de conocimiento de la materia— se repite en ellos, insistiendo en que el hombre es un ser compuesto del cuerpo y alma, significando el alma “libertad”<sup>137</sup>, no pudiendo ser las leyes que rigen el universo las mismas que rigen las relaciones del hombre con la sociedad ni tener la misma naturaleza<sup>138</sup>. Esto no significa que la doctrina católica contemporánea rechace la ciencia moderna, sino que la emprende contra la pretensión infundada de quienes quieren trascender la ciencia haciéndole afirmar a ésta lo que no puede afirmar. En cuanto a la ciencia misma, la actitud católica es profundamente respetuosa y

<sup>135</sup> V. CHARLÉTY, SÉBASTIEN, *Historia del Sansimonismo*, Madrid, 1969.

<sup>136</sup> Prescindimos de otras utopías socialistas y anti-socialistas, cuyo número se intensificó notablemente a fines del siglo XIX y comienzos del XX (sobre ellas, MORTON, A. L., *Las utopías socialistas*, Barcelona, 1970, pp. 151 y ss.

<sup>137</sup> *Mater et Magistra*, 208, 209 y 210.

<sup>138</sup> *Pacem in Terris*, 4, 5, 6.

recomienda incluso a los teólogos colaborar estrechamente en los centros de investigación con los científicos<sup>139</sup>.

La doctrina católica insiste en el concepto del hombre como persona frente a todas las corrientes que pretenden la negación del concepto mismo. "En toda convivencia humana bien ordenada y provechosa hay que establecer como fundamento el principio de que todo hombre es persona, esto es, naturaleza dotada de inteligencia y de libre albedrío, y que, por tanto, el hombre tiene por sí mismo derechos y deberes, que dimanen inmediatamente y al mismo tiempo de su propia naturaleza. Estos derechos y deberes son, por ello, universales e inviolables y no pueden renunciarse por ningún concepto"<sup>140</sup>.

Se destaca en los mismos documentos que el derecho de mandar fundado exclusivamente en el temor de las penas o en la promesa de premios, sin apelar a la conciencia del individuo, no tiene eficacia alguna para mover al hombre hacia el bien común<sup>141</sup>.

En un plano más concreto, se afirma la necesidad de garantizar la seguridad jurídica admitiendo la defensa de la misma a través de la legítima defensa, aclarando que el derecho natural impone el correlativo deber de respeto al igual derecho ajeno. Se insiste en que la comunidad humana sólo puede fundarse en la autenticidad, es decir, en hablar la verdad con el prójimo, despojándose de la mentira<sup>142</sup>. Se formula una crítica a las ideologías, que muestran su debilidad en los sistemas concretos en los que pretenden realizarse: "Socialismo burocrático, capitalismo tecnocrático, democracia autoritaria, manifiestan la dificultad de resolver el gran problema humano de vivir todos juntos en la justicia y en la igualdad"<sup>143</sup>.

La doctrina católica reconoce claramente el fenómeno de la alienación humana, preguntándose si el hombre no se está convirtiendo en el esclavo de los objetos que fabrica en las sociedades occidentales altamente desarrolladas: "Una competencia desmedida utilizando los medios modernos de la publicidad, lanza continuamente nuevos productos y trata de atraer al consumidor, mientras las viejas instalaciones industriales todavía en funcionamiento van haciéndose inútiles. Mientras amplísimos estratos de la población no pueden satisfacer sus necesidades primarias, se intenta crear ne-

<sup>139</sup> *Gaudium et Spes*, 62.

<sup>140</sup> *Pacem in Terris*, 9.

<sup>141</sup> *Idem*, 48, 49.

<sup>142</sup> *Idem*, 27-30.

<sup>143</sup> *Octogesima Adveniens*, 37.

cesidades de lo superfluo. Se puede uno preguntar, por tanto, con todo derecho, si, a pesar de todas sus conquistas, el hombre no está volviendo contra sí mismo los frutos de su actividad. Después de haberse asegurado un dominio necesario sobre la naturaleza, ¿no se está convirtiendo ahora en esclavo de los objetos que fabrica?"<sup>144</sup>.

La Iglesia ha condenado como crímenes contra la vida al aborto y al infanticidio y ha repudiado el genocidio<sup>145</sup>, precisando que los actos de guerra opuestos al derecho de gentes son criminales y que la obediencia ciega a los mismos no puede servir de justificación ni excusar a quienes acatan tales órdenes<sup>146</sup>. Es más: incluso preconiza el reconocimiento de la llamada "objección de conciencia" ("También parece razonable que las leyes tengan en cuenta, con sentido humano, el caso de los que se niegan a tomar las armas por motivo de conciencia y aceptan al mismo tiempo servir a la comunidad humana de otra forma")<sup>147</sup>.

En relación concreta con nuestra disciplina, hay dos documentos importante, que son mensajes dirigidos por Pío XII al VIº Congreso Internacional de Derecho Penal y por Pablo VI al Xº Congreso. En el mensaje de Pío XII<sup>148</sup> sostenía el Pontífice: "Una vida social pacífica y ordenada, en la comunidad nacional o en aquella de los pueblos, no es posible si no se observan las normas jurídicas que regulan la existencia y el trabajo en común de los miembros de la sociedad". Refiriéndose a los totalitarismos de pre-guerra, dijo que habían revelado "un cinismo impensable en circunstancias normales para alcanzar el fin propuesto y la neutralización del adversario". Afirma que la fuga de estos individuos de la mano de la justicia crea una sensación de inseguridad que debe ser evitada, por lo cual es necesario llamarles a rendir cuentas de sus actos.

Pío XII rechazó expresamente en este mensaje el derecho penal de peligrosidad, reafirmando la necesidad del principio de culpabilidad como fundamento del derecho penal. "Deberá ser siempre un principio inatacable en derecho penal que la pena, en sentido

<sup>144</sup> *Idem*, 9.

<sup>145</sup> *Gaudium et Spes*, 51, 79.

<sup>146</sup> *Gaudium et Spes*, 79.

<sup>147</sup> *Ibidem*.

<sup>148</sup> Mensaje de SS. Pío XII al VIº Congreso Internacional de Derecho Penal, en la "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal comparé", T. VIII, 1953, pp. 579-594.

jurídico, supone siempre una culpa. El principio de causalidad puro y simple no amerita ser reconocido como un principio jurídico suficiente por sí solo. No hay allí ninguna amenaza para el derecho". Afirma luego que la causalidad y el resultado material del delito pueden ser exigidos por el derecho, pero "en derecho penal, la causalidad y el resultado obtenido no son imputables sino cuando van parejos con la culpabilidad". Refiriéndose a la culpabilidad, el pensamiento papal es claro y significativo: "Aquí —decía— el juez se enfrenta con problemas difíciles, muy difíciles; para resolverlos es menester, ante todo, un examen a conciencia del hecho subjetivo. ¿Conocía el autor del delito suficientemente la ilegalidad de su acto? ¿Era sustancialmente libre su decisión de ejecutarlo? Se servirá para responder a estas preguntas de las presunciones previstas por el derecho. Si es imposible establecer con certeza moral la culpabilidad, se atenderá al principio *in dubio standum es pro reo*".

Entre otros principios básicos del derecho penal, señalaba Pío XII en el referido mensaje los siguientes puntos: "1º) El establecimiento de un derecho positivo presupone una serie de exigencias fundamentales tomadas del orden ontológico. 2º) Es necesario edificar el derecho penal sobre el hombre, como ser personal y libre. 3º) Sólo puede ser punido el que es culpable y responsable ante una autoridad superior. 4º) La pena y su aplicación son, en último análisis, funciones necesarias del orden jurídico".

La diferencia entre la justicia en sentido propio y las medidas administrativas de seguridad, la situaba Pío XII precisamente en la culpabilidad y criticaba las doctrinas de la pena que pasan por alto la expiación del delito como fin capital de la pena. No obstante, no debe entenderse que postulaba un derecho penal retribucionista, porque, bien entendida, la expiación es un fenómeno interior del hombre, no es el simple castigo, que es algo objetivo, sino el proceso de enmienda que sufre el hombre en su interior, con su conciencia. Para que este fenómeno se produzca se necesitan varias condiciones, la última y principal de las cuales siempre pertenecerá al hombre mismo, pero el derecho debe crear las condiciones para la expiación, es decir, debe preparar al hombre para ese fenómeno mediante la pena. La resocialización no es un mero proceso externo, sino que, de alguna manera debe producirse precisamente en lo interno del sujeto. En otra ocasión Pío XII precisó esto claramente<sup>149</sup>.

<sup>149</sup> Radiomensaje de Navidad de 1951.

La alocución de Pío XII es por demás significativa, porque tiene el profundo sentido de rechazar de plano todas las ideas positivistas a las que cierto sector doctrinario católico pretendía ver con simpatía, particularmente mediante las interpretaciones etnocentristas de Garofalo. Comentando el sentido del mensaje, Pereda repetía la crítica que ya le había formulado Binding al positivismo: pretender reducir las penas a simples medidas es tanto como negar al hombre su carácter de tal<sup>150</sup>. Cabe recordar que en la misma alocución, Pío XII exigía expresamente la garantía del debido proceso legal desde la detención misma. “Ya el primer paso de la acción punitiva —decía—, el arresto, no puede obedecer a capricho, sino que debe respetar las normas jurídicas. No es admisible que incluso el hombre más reprochable pueda ser arrestado arbitrariamente y desaparezca sin más en una prisión. Enviar a alguien a un campo de concentración y mantenerlo sin ningún proceso regular, es una mofa del derecho”.

Pablo VI, en su mensaje de 1969<sup>151</sup> decía: “Hay en vuestra obra otro punto capital. Es la salvaguarda de los derechos sagrados de la persona humana, de los derechos del hombre según la expresión consagrada, que vosotros aseguraréis para la protección del orden público. Y vuestra responsabilidad es doble, como también es delicada y grave en uno y otro de sus componentes: asegurar tanto los derechos del culpable como los del inocente”. Más adelante afirmaba: “El delincuente, y con más razón el que sólo se presume delincuente, conserva siempre una dignidad y derechos que es necesario garantizar absolutamente contra toda arbitrariedad. Más aún, el juicio y la pena deben tender también a la reeducación del delincuente y a la reintegración del culpable a la sociedad, con su entera dignidad humana”. Frente a la justicia divina, dice Pablo VI: “Más modesto, por cierto, vuestro rol no es menos indispensable. Se trata, para la justicia humana, de prevenir el mal, de proteger a la sociedad contra todos los atentados al bien común y de enderezar también al culpable en todo lo que se pueda. Este poder de coerción mismo, ejercido contra un hermano en nombre de la comunidad, como el poder legislativo que le corresponde, expresan las exigencias de un derecho fundamental”.

Respecto de los estudios de antropología criminal, Juan XXIII manifestó en ocasión de una visita a un instituto de menores: “los

<sup>150</sup> PEREDA, JULIÁN, *La culpa y la pena según SS. Pío XII*, en “Estudios Deusto”, enero-junio de 1955, pp. 159-172.

<sup>151</sup> *Message de S.S. Paul VI au Xe. Congrès International de Droit Pénal*, en “Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal comparé”, T. XXIV, año 1969, pp. 783-787.

estudios de antropología criminal presentan un vivo interés y son estimulados por el alto valor humano y moral que encierran. Se orientan a considerar una categoría de personas que debe ser objeto de atenta investigación para ser comprendida. Sólo con esta condición se la puede juzgar y reeducar, para una serena inserción en la vida social”<sup>152</sup>. Comentando Santoro este juicio pontificio dice que “el jefe del Catolicismo, con su alta investidura, afirma que el juicio de los hombres no puede ser trascendente y abstracto, sino que debe ser un juicio social y concreto, a los fines de la convivencia humana ordenada”<sup>153</sup>. Comentando esta actitud general del Pontífice Juan, el editorial de “La Scuola positiva” señalaba que “no es sin significado que el gran Pontífice Juan XXIII se complajó en visitar a los jóvenes delincuentes manifestándoles su fe en el reencuentro humano y social después de un proceso de reeducación salvadora”<sup>154</sup>.

Entre los últimos documentos pontificios no hay una especial referencia a nuestra materia, pero la insistencia en el respeto debido a los derechos humanos y la permanente denuncia de sus violaciones en distintas formas y por diferentes medios en todo el planeta, abren las puertas a un realismo jurídico y criminológico por parte de la Iglesia, con fundamento en el respeto a esos derechos. Particularmente importante en este sentido es la Encíclica de Juan Pablo II *Redemptor Hominis* y el “Documento de Puebla” de los obispos latinoamericanos.

El Papa califica la actual hora del mundo como “insólita y estupefahante”<sup>155</sup>, caracterizada por un tremendo progreso técnico que se halla en total desproporción con el desarrollo ético; lo que da por resultado que “el mundo de las conquistas científicas y técnicas” sea el mismo que “gime y sufre”<sup>156</sup>. La Iglesia de Latinoamérica, convencida de que los poderes del mundo perjudican su libertad, quiere desvincularse de toda atadura al poder temporal<sup>157</sup> —que es fuente de errores— y reivindica el nombre glorioso de los religiosos que se batieron en defensa del indio (reconociendo que no sucedió lo mismo respecto de los esclavos africanos) y exige como recaudo vital la efectividad de su misión, ante todo, su propia interpelación<sup>158</sup>. Respecto de los jóvenes, reconoce como

<sup>152</sup> En “La Scuola positiva”, 1961, pp. 429-432.

<sup>153</sup> SANTORO, ARTURO, *Un insegnamento definitivo: La parola del Sommo Pontefice sull'antropologia criminale e sulla rieducazione*, en Scuola Positiva, loc. cit.

<sup>154</sup> “Scuola Positiva”, 1963, editorial, p. 583.

<sup>155</sup> JUAN PABLO II *Homilia* en la Basílica de Guadalupe, 22-I-79.

<sup>156</sup> *Redemptor hominis*, 8.

<sup>157</sup> Así como rechaza la radicalización marxista, se pronuncia contra el integrista medievalista tradicional (Documento de Puebla, 192).

<sup>158</sup> Documento de Puebla, 44, 57-60-86-171.



principalísimo factor desconcertante, “la amenaza a su exigencia de autenticidad en el ambiente adulto, en gran parte incoherente y manipulador”<sup>159</sup>. “Desde el seno de los diversos países del continente está subiendo hasta el cielo un clamor cada vez más tumultuoso e impresionante. Es el grito de un pueblo que sufre y que demanda justicia, libertad, respeto a los derechos fundamentales del hombre y de los pueblos”<sup>160</sup>, reconociendo que muchos miembros de la Iglesia “han mostrado una fe poco vigorosa para vencer sus egoísmos, su individualismo y su apego a las riquezas, obrando injustamente y lesionando la unidad de la sociedad y de la misma Iglesia”<sup>161</sup> y que no todos han sido respetuosos del hombre y de su cultura<sup>162</sup>. Con realismo —y hasta con crudeza— describe la realidad continental, pero no lo hace con pesimismo<sup>163</sup>, sino que convoca a una nueva etapa<sup>164</sup>, para convertirse en la “voz de quien no puede hablar o es silenciado”<sup>165</sup>. Exhorta al mundo intelectual y universitario para que actúe con libertad espiritual y “se disponga para la educación política”, que distingue de la mera “politización”. En forma especial exhorta a los juristas y jueces: “A los juristas según su saber especial, para que reivindiquen el valor de la ley en la relación entre gobernantes y gobernados y para la disciplina justa de la sociedad. A los jueces, para que no comprometan su independencia, juzguen con equidad e inteligencia y sirvan a través de sus sentencias a la educación de gobernantes y gobernados en el cumplimiento de las obligaciones y el conocimiento de sus derechos”<sup>166</sup>. Los últimos documentos son, pues, una exhortación a la autenticidad cristiana<sup>167</sup>, señalando como pautas para la conversión interior las amonestadoras palabras de Cristo en el Juicio Final, según San Mateo: “tuve hambre y no me disteis de comer; ... estuve desnudo y no me vestisteis; .. en la cárcel y no me visitasteis... ”<sup>168</sup>. Se insiste en el carácter ecuménico o universal del llamado, en la característica pluralista de nuestra sociedad<sup>169</sup>, en las ventajas de la secularización —que no se confunde con el secularismo<sup>170</sup> y menos con el indiferentismo<sup>171</sup>— reafirmando rotundamente que “está en total acuerdo con la índole de la fe el excluir cualquier género de coacción por parte de los hombres en materia religiosa”<sup>172</sup>. El Documento de Puebla es particularmente en-

<sup>159</sup> Idem, 319.

<sup>160</sup> Idem, 75.

<sup>161</sup> Idem, 275.

<sup>162</sup> *Ibidem*.

<sup>163</sup> Doc. de Puebla, 46, 47.

<sup>164</sup> Idem, 40.

<sup>165</sup> JUAN PABLO II, cit. en Puebla, 62.

<sup>166</sup> Puebla, 332-3; también *Redemptor Hominis*, 19.

<sup>167</sup> V. Puebla, 160, 170, 179, 191-2, 241, 243-4, 316, 328.

<sup>168</sup> *Redemptor hominis*, 18.

<sup>169</sup> V. Puebla, 15, 100, 132, 303, 304, 327.

<sup>170</sup> Puebla, 159.

<sup>171</sup> Puebla, 63.

<sup>172</sup> V. “L’Osservatore Romano”, 29-IV-79.

fático en la condena contra la violencia institucionalizada —terrorista o de reacción gubernamental—, contra el materialismo, la tecnocracia, el liberalismo económico y la ideología de la “seguridad nacional”, que denuncia con toda su secuela de peligros<sup>173</sup>.

Si bien hay muchas personas que no están aún suficientemente empapadas del espíritu del Concilio Vaticano II, lo cierto es que en las últimas dos décadas la Iglesia Católica señala una serie de pautas sumamente claras en lo político y, por ende, en lo político-criminal. La clara opción por los pobres nos obliga a permanecer atentos para evitar que el derecho penal se reduzca a un mero instrumento de represión; su revisión respecto de la ciencia, que incluye una auto-crítica considerable, coloca en su lugar las cosas y evita una interminable cantidad de falsos dilemas que perturbó seriamente las relaciones de ambos órdenes; la insistencia en los derechos humanos y la libertad de conciencia, garantiza la existencia de un ámbito moral libre de coacción y repele la actitud integrista de ciertos grupos no ajenos a las tesis de la seguridad nacional. Son todos estos elementos que nos señalan que la Iglesia Católica propugna un derecho penal liberal<sup>174</sup> y una política criminal y una criminología seriamente críticas y cuestionadoras.

A la luz de estos principios, si bien no puede afirmarse que haya una única “criminología” o política criminal o criminológica cristiana o católica, al menos queda claro que no puede tampoco afirmarse que muchas lo sean. Con el debido respeto al pluralismo, que excluye cualquier monopolio de la verdad, lo cierto es que se ven claramente los límites que en nombre del pluralismo no pueden traspasarse. Nos resulta claro que la Iglesia reclama un derecho penal alejado del positivismo y una criminología crítica de la sociedad, puesto que, como es lógico, la crítica marxista no es la única “crítica” que puede hacerse a nuestra sociedad.

<sup>173</sup> Puebla, 66-7, 76, 128-131, 93, 187-190, 312, 285.

<sup>174</sup> En el sentido señalado en el § 185.

## CAPÍTULO XIII

### LAS SENDAS ABIERTAS HACIA UNA FUNDAMENTACIÓN ANTROPOLÓGICA DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

I. — LA NECESIDAD DE LA FUNDAMENTACIÓN ANTROPOLÓGICA: 197. La inevitabilidad de las preguntas fundamentales. - II. — ¿LA NECESIDAD DE UNA FUNDAMENTACIÓN ANTROPOLÓGICA NOS LLEVA AL JUS-NATURALISMO?: 198. El derecho penal “antropológicamente fundado” no es el único derecho penal. 199. ¿Cuándo hay derecho penal y cuándo mero ejercicio de poder? - III. — EL DERECHO PENAL ANTROPOLÓGICAMENTE FUNDADO: LAS CONDICIONES DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO PENAL: 200. Las condiciones de efectividad del derecho penal. - IV. LOS CARACTERES DEL DERECHO PENAL ANTROPOLÓGICAMENTE FUNDADO: 201. No puede basarse en un ser derivado del valer. 202. No podrá tener por base un racionalismo ni un voluntarismo puros. 203. Debe tener base realista. 204. No puede fundarse en el conocimiento adquirido por la fe (aunque no tiene por qué ser contrario a él). 205. No puede marginar la filosofía. 206. Debe posibilitar externamente la libertad mediante la seguridad jurídica. 207. Debe distinguirse nítidamente de la moral. 208. Debe evidenciar una actitud positiva y liberadora de la convivencia. 209. Debe distinguirse de la ética social. 210. Debe tener una especial aspiración ética. 211. Debe ser dinámico. 212. Debe rechazar por falsa la antinomia “individuo-sociedad”. V. — EFECTOS DE LA AUSENCIA DE FUNDAMENTACIÓN ANTROPOLÓGICA: 213. Efectos de la ausencia de fundamentación antropológica.

#### I. — LA NECESIDAD DE LA FUNDAMENTACIÓN ANTROPOLÓGICA

197. La inevitabilidad de las preguntas fundamentales. En este rápido recorrido creemos haber demostrado que las preguntas fundamentales (y fundamentadoras) de nuestra ciencia son inevitables, siempre que sea nuestro deseo marchar en pos de una interpretación coherente del fenómeno jurídico-penal, de la que sean

deducibles consecuencias prácticas para los interrogantes particulares que debe responder. No obstante, creemos que es necesario patentizar más esta urgencia, en la que nunca se insistirá lo suficiente y en la que nunca más que ahora se hace menester insistir, dado el auge que han cobrado en nuestro medio las diversas teorías del positivismo jurídico, amparando desarrollos autoritarios.

Hay dos preguntas que atraviesan todo el campo penal: “¿Hacia dónde?” y “¿Hasta dónde?” *Estas preguntas demandan por la fijación del límite y del sentido de la actividad represiva socialmente institucionalizada.*

Las respuestas a estos interrogantes importan la precisa señalización del ente y del significado (el “¿para qué?”) del mismo ente.

Con las respuestas a estas dos preguntas fundamentales habremos liberado al ente y al significado del ente que llamamos “derecho penal”, lo habremos dejado *disponible*, pues habremos respondido al “¿qué?” del derecho penal.

Pero parece muy claro que el derecho es una “herramienta” en la mano del hombre<sup>1</sup>, de modo que el “¿qué?” del derecho penal no puede resolverse sin el “¿qué?” del hombre. Por otra parte —y llegando a la misma conclusión— también parece claro que el derecho introduce —o al menos— pretende introducir un orden en la vida social, de modo que el “¿qué?” del derecho no puede resolverse sin el “¿qué?” de la sociedad, lo que implica simultáneamente la pregunta por el “¿qué?” del hombre. Todos los caminos para responder al “¿qué?” del derecho en forma racional, desembocan en la pregunta antropológica, que se hace ineludible.

No obstante, los tortuosos caminos del positivismo son incontables. Se puede argumentar —e implícitamente se lo ha hecho— que la pregunta antropológica ya está respondida en la ley positiva, en tanto que nosotros tenemos que enfrentarnos ahora con una obra consumada, con lo que se pretende relegar la pregunta antropológica al campo de la política penal, respondiendo a las dos preguntas fundamentales con el puro texto legal. De esta forma, se separaría radicalmente la política penal de la dogmática y del terreno de la última quedaría absolutamente excluida la pregunta antropológica, reservada a la incumbencia exclusiva de la primera.

Es verdad que la ley —como obra humana que es— no puede

<sup>1</sup> Cfr. MARCIC, RENÉ, *Geschichte der Rechtsphilosophie*, Freiburg, 1971, p. 334.

menos que presuponer una cierta comprensión antropológica que, por otra parte, se halla en todo accionar humano. Pero de ello no puede concluirse que la dogmática sea ajena a la pregunta antropológica fundamentadora.

Si por dogmática entendemos, tal como lo hemos hecho, el método de que se vale la ciencia jurídico-penal para explicar racionalmente la ley penal, en vista a extraer de esta explicación las respuestas prácticas y no contradictorias a las cuestiones que plantean los casos particulares y que la ley no explicita —ni puede explicitar, so pena de caer en un casuismo absurdo— la pretensión de que la dogmática nada tiene que hacer con la pregunta antropológica nos resulta insostenible. *No es la dogmática la que nos dará el concepto del hombre, pero el método dogmático presupone que se lo maneje partiendo de un concepto del hombre, que no es la ley la que lo da, sino la realidad misma del ente "hombre".*

El legislador ha partido de algunos aspectos de una relativa concepción del hombre, casi cotidiana, que es lo único que podemos extraer de la ley misma. Nada diferente se puede extraer de la ley, en principio, porque no es la tarea de la ley decirnos qué es el hombre, sino ser un instrumento *para* el hombre. El derecho penal nunca puede ser una ciencia de "hechos primeros", porque presupone tanto al hombre como al mundo, y será distintamente entendido, según ambos conceptos sean entendidos, habida cuenta de que son inescindibles, porque es incomprendible un hombre sin mundo. La ley penal no puede "crear" al hombre, porque siendo una herramienta para el hombre, si "inventase" al ente al que debe servir, resultaría sirviendo a algo distinto que al hombre, se alienaría en la idolatría. La ley penal no puede *aspirar* más que a reconocer al hombre tal cual es, siempre que no pretenda un derecho penal transpersonalista, esto es, un derecho penal al servicio\* de algo diferente que el hombre o, lo que es lo mismo, al "servicio" de un "hombre" que está, a su vez, puesto al servicio de algún ente transpersonal. Estas últimas variantes cabe descartarlas, porque importan la pérdida *ab initio* del derecho penal en la alienación idolátrica; todas ellas pretenden que el hombre está al servicio de una "cosa".

Si pretendemos un derecho penal no alienado, no idolátrico, lo imprescindible será fundar la interpretación del fenómeno jurídico-penal en el ser del hombre, partir de allí para comprenderlo, presuponiendo que el legislador tampoco está alienado, y que ha partido de los mismos presupuestos, pero teniendo en cuenta

que el legislador puede partir de estos presupuestos sin que le sea menester explicitarlos, pues esa no es su específica tarea ni cometido. De allí que resulte necesario fundar lo jurídico-penal en lo antropológico, pero que no tenga sentido buscar lo antropológico a partir del texto legal.

Ninguna duda cabe de que en nuestra cultura está reconocido que el derecho penal es *para* el hombre, y no el hombre para el derecho penal. Esto no lo pueden pasar por alto ni el legislador, ni quien quiera explicar la ley penal en forma coherente y deduciendo las respuestas a los interrogantes prácticos de sus particulares regulaciones de la co-existencia. Que el derecho penal sea para el hombre implica que el mismo *significa* para el hombre, es decir, que es algo *significativo*, que no es un "hecho puro". Si separamos al derecho penal de su significación, le quitamos su carácter de hecho humano, de la misma manera que a cualquier cosa que le quitamos su significación. Aquí radica esencialmente *la necesidad de una comprensión teleológica del derecho penal fundada en lo antropológico*.

La ley penal no puede más que dar una comprensión cotidiana del hombre, que es la que receipta el legislador. No podemos deducir de ella otra cosa, porque el orden jurídico se va modificando continuamente, atendiendo a una comprensión del hombre que siempre es circunstanciada y cuyas circunstancias varían permanentemente. Que no se modifique el texto del código penal no implica que su significación siga siendo la misma, porque el código penal es parte de un orden jurídico que se está modificando siempre. Quien crea que nuestro código penal tenía igual significación en 1922 que hoy, ignorará el distinto reconocimiento de las circunstancias en que siempre está inmerso lo antropológico y que han dado lugar al cambio de nuestro orden jurídico que, como cualquier otro, se modifica siempre. Aún imaginando toda una *textura normativa* que permaneciese inmodificada —lo que hoy no es imaginable— ello no podrá impedir que vaya cambiando la imagen que el hombre va teniendo de sí mismo, conforme a sus distintas "circunstancias", que no se pueden "congelar", porque no se puede detener la historia. La ley penal, en la medida en que quiere introducir un orden de co-existencia, no puede menos que hacer remisiones a ciertas pautas de co-existencia, que están culturalmente condicionadas, lo que no puede menos que alterar permanentemente el "significado" de la ley, porque la cultura es dinámica. Si bien es inadmisibles que estas remisiones se hagan "en bloque" o sin límite alguno, ello no implica desconocer la necesidad de esas remisiones, pues el derecho las necesita, tanto como el hombre necesita del agua, pero no en medida tal que deje de ser derecho para pasar a ser un sirviente de la dictadura de la costumbre, así como el hombre necesitaba el agua para vivir, pero no tanta que le mate.

Pero la mera necesidad teleológica de la fundamentación antropológica no pone suficientemente de manifiesto la necesidad de la misma. Esta necesidad no es sólo teleológica, sino también ontológica. Cuando nos preguntamos por el "ser del derecho", allí también se nos presenta la necesidad de una previa respuesta antropológica, porque el derecho penal cumple una función de garantía externa de las posibilidades de ser que tiene el hombre, función cuyo contenido resulta irreconocible, de no ser a través del ser del hombre. Lo que el hombre puede ser sólo es reconocible a través de lo que el hombre es. De allí que la pregunta antropológica y su previa respuesta, sean requeridas no sólo teleológica, sino también ontológicamente.

Al preguntar por el "ser" del derecho penal, se pone en juego una cierta comprensión previa del "ser". "El pensamiento exige al ser, no porque lo implique analíticamente, sino porque se refiere al ser"<sup>2</sup>.

No puede ser de otra manera, puesto que "las ciencias tienen, en cuanto modos de conducirse del hombre, la forma de ser de este ente (del hombre)"<sup>3</sup>. La pretensión de una delimitación del campo de la ciencia jurídico-penal con respuestas formales, no tiene el modo de ser del hombre, porque pretende ser una delimitación "a-histórica", en tanto que el hombre tiene ineludiblemente un modo de ser histórico<sup>4</sup>. El horizonte de proyección de la ciencia jurídico-penal está dado históricamente y no puede pretendérselo fijado de una vez para siempre, es decir, fuera de la historia. Quien pretende ponerlo fuera de la historia no logra más que la admisión de cualquier horizonte de proyección —porque la práctica jurídica requiere el rellenamiento inmediato de lo formal— haciendo imposible el sistema de comprensión, lo que implica sembrar un campo sin límites.

Debido a que el hombre es el único entre los entes que se pregunta por el ser de los entes, es que tiene preeminencia sobre los restantes entes, pero esta preeminencia no puede entenderse como una torpe subjetivización del universo de los entes<sup>5</sup>. Lo que sucede es que el hombre "nace" en esta pregunta, la toma tan naturalmente que no se da cuenta de su preeminencia, ni tampoco de que en el

<sup>2</sup> MARCEL, *Etre et avoir*, París, 1935, p. 52.

<sup>3</sup> HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, p. 11.

<sup>4</sup> Una tendencia poco clara de la filosofía más reciente, empapada de un voluntarismo bastante poco original, partiendo del monoteísmo, parece pretender ignorar la dimensión histórica. Así, BERNARD-HENRI LÉVY, *Il testamento di Dio*, Milano, 1979.

<sup>5</sup> Idem, p. 14.

preguntar interroga permanentemente sobre sí mismo. "Lo ónticamente más próximo y conocido es lo ontológicamente más lejano, desconocido y siempre pasado por alto en su significación ontológica"<sup>6</sup>.

## II. — ¿LA NECESIDAD DE UNA FUNDAMENTACIÓN ANTROPOLÓGICA NOS LLEVA AL JUSNATURALISMO?

198. El derecho penal "antropológicamente fundado" no es el único derecho penal. Cabe preguntarse ahora si esta necesidad de respuesta antropológica debe desembocar en un jusnaturalismo. Nuestra respuesta es decididamente negativa, al menos en tanto se entienda por jusnaturalismo lo que suele entenderse, esto es, un derecho superior al positivo y objetivamente reconocible.

A nuestro juicio, se hace necesario distinguir tres niveles diferentes: a) el ejercicio de poder que no es derecho penal; b) el derecho penal, que puede o no estar antropológicamente fundado; y c) el derecho penal antropológicamente fundado, que será el único efectivo.

En otras palabras: creemos que la falta de fundamentación antropológica del derecho penal le quitará a éste su efectividad, pero no su carácter de derecho penal. Por efectividad entendemos el carácter que le otorga al derecho penal su capacidad de cumplimentar la función que el derecho penal tiene en el actual estadio de nuestra cultura, esto es, posibilitar las condiciones *externas* de realización del hombre o sea, asegurar los bienes jurídicos históricamente necesarios para la posibilitación de la autenticidad (libertad) de cada uno de los co-existentes, de la mejor manera posible en las circunstancias dadas.

El derecho penal no es un círculo, que cuando no es perfecto no es círculo, es decir, no es una figura ideal, sino un instrumento, un útil, real y concreto, del hombre. Un martillo, aunque tenga el mango roto, sigue siendo un martillo, y un cuchillo, aunque esté desafilado, sigue siendo un cuchillo, sólo que no servirán para martillar ni para cortar respectivamente. Que un derecho penal no esté antropológicamente fundado no significa que no sea válido como tal, sino que el legislador se frustrará, porque no tendrá *eficacia* para lograr lo que se propone.

Pero, ¿significará esto que el derecho penal antropológicamen-

<sup>6</sup> Idem, p. 43.



te fundado será una mera ideología útil para guiar a la política penal cuando quiera, pudiendo ésta cuando quiera, abjurar de él y hacer que cualquier ley sea derecho penal? Conforme a lo que hemos dicho, nuestra respuesta es negativa: hay un límite en que sólo se halla un burdo ejercicio de fuerza que en modo alguno es derecho penal, pero éste es un límite extremo, habiendo, "hacia aquí" de él, un derecho penal, que puede o no ser efectivo, según esté o no antropológicamente fundamentado. No cabe duda que un trozo de madera informe no es un martillo, ni de que un pedazo de lama es un cuchillo; y no será cuestión de que no sirvan para martillar o para cortar, sino que directamente dejarán de ser la "herramienta". *El derecho penal que no esté antropológicamente fundado, por consiguiente, sólo en cierto límite dejará de ser derecho penal.*

Pero hay aún más: incluso dentro del derecho penal, la falta de fundamentación antropológica se traducirá en inevitables frustraciones, que sólo en el curso de la historia concreta podrá decirse en qué consisten, pero que, finalmente, terminarán haciendo inválido el orden jurídico en que ese derecho penal se inserta, siempre que no corrija oportunamente su rumbo.

199. ¿Cuándo hay derecho penal y cuándo mero ejercicio de poder? En nuestro actual momento histórico, el derecho penal presupone las siguientes condiciones mínimas: 1) ser un orden regulador de conductas humanas; 2) que no haya contradicción entre sus desvaloraciones de conductas humanas; 3) que no pretenda regular conductas ignorando las leyes del mundo físico; 4) que reconozca la autodeterminación del hombre.

Faltando estas condiciones mínimas, el ejercicio de poder deja de ser derecho, así como no son herramientas el antes mencionado trozo de metal o de madera, sin perjuicio de que rudimentaria y transitoriamente puedan usarse "como" tales. De toda forma, las leyes que configuran un mero ejercicio de poder no pueden ser objeto de la ciencia jurídico-penal, sin perjuicio de que puedan estudiarlas otras ciencias: se puede hacer historia o sociología de la arbitrariedad y teorizar sobre ella, pero una teoría histórica o sociológica de la arbitrariedad no es una teoría jurídica.

El reconocimiento de las mencionadas condiciones configuran hoy el horizonte de proyección de la ciencia del derecho penal, o sea, las condiciones de existencia de la ciencia jurídico-penal, basando su presencia para que haya materia jurídica.

La definición del derecho penal que se agota en lo formal no estará de acuerdo con estos requerimientos y objetará a nuestro planteo la necesaria referencia a nuestro momento histórico. Esta objeción pasará por alto que el concepto del hombre se forma en la historia, que es la gran diferencia del fenómeno humano y que la imagen del hombre del cavernícola no es la misma que traduce la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La coetaneidad de lo no coetáneo, que hace que en la actualidad también haya Estados de terror y que en alguna parte del mundo se corte la mano del ladrón, no significa que en la historia no haya pasado nada. No se trata de una fe simple e ingenua en el progreso, pero que "algo" ha pasado parece innegable.

Parecería que se puede afirmar que el derecho romano no era derecho, porque aceptaba la esclavitud, máxima forma de "cosificación" del hombre. La explicación a este fenómeno no es tan complicada, sino que finca en la historicidad del derecho, que depende necesariamente de la historicidad del hombre, pues el concepto del hombre como persona también es un concepto que surge en la historia. Así como el niño va tomando consciencia de sí mismo, también la cultura humana fue tomando consciencia de que el hombre es persona, logro que es relativamente reciente. Pero una vez lograda esta comprensión, esto no es ya ideología, sino un logro antropológico incommovible. La pérdida de la seguridad de respuesta en la especie humana, la necesidad de una vinculación obligante, la característica gregaria del hombre y el fenómeno de la cultura, no son producto de una ideología, sino una mayor comprensión del hombre por parte del hombre.

Hoy nadie podría hacer materia del derecho penal una ley que penase cosas o animales. Tampoco podrían serlo leyes que sancionasen la omisión de lo físicamente imposible o que penasen hechos físicos que están más allá de cualquier conexión con la voluntad humana, como sería una ley que penase el color de la piel o el sexo de los hijos. Tampoco podrían ser materia de la ciencia jurídico-penal leyes que contuviesen valoraciones en forma contradictoria e irreductible. Es consubstancial al derecho penal la pretensión de que cada quien lo adopte como "su" ética, como su norma mínima de conducta social. No hay grupo de poder que al imponer una decisión valorativa en el campo jurídico no aspire a que los que están sometidos a ella la respeten. De allí que todo derecho tiene necesariamente una "aspiración ética", lo que en modo alguno significa que sea ética. Pues bien, esa aspiración ética no puede existir en un derecho penal contradictorio, porque nadie puede in-

ternalizar la contradicción valorativa, nadie puede hacer parte de su equipo psicológico la valoración simultánea de una conducta como buena y mala. Decididamente, la arbitrariedad no es inter-nalizable.

Hay que distinguir entre la discusión escolástica sobre el poder divino y esta limitación que se impone a nuestro legislador penal. La limitación que Santo Tomás encuentra al poder divino partiendo de la razón, no es una limitación externa, sino una autolimitación, "no es decir que su naturaleza esté restringida por una esencia que existe aparte de Él mismo. Más bien es decir que Dios, precisamente porque es Dios, no puede actuar irracionalmente o contradecirse a sí mismo"<sup>7</sup>.

Cuando nos deferimos al legislador penal, esta imposibilidad de contradicción se encuentra fuera de él mismo, es decir, que le viene impuesta por un concepto de derecho que conlleva una aspiración ética.

Tampoco puede ser materia jurídico-penal la que le desconoce al hombre su capacidad de autodeterminarse, es decir, la que se dirige al hombre como si fuese un mecanismo. Las leyes que ordenan causar impedimentos de orden físico o mecánico no son materia de la ciencia jurídico-penal: una calle interrumpida es una regulación de conducta, pero no es una ley penal. Tampoco lo es la ley que ordena cortar la mano del ladrón, o la que ordena la misma muerte del delincuente. La muerte del delincuente sólo entra en el derecho penal como consecuencia de institutos especiales, tales como la legítima defensa o la inculpabilidad, pero no a título de sanción o pena, pues a tal título sólo es una medida impeditiva de carácter físico que desconoce su autodeterminación.

### III. — EL DERECHO PENAL ANTROPOLÓGICAMENTE FUNDADO: LAS CONDICIONES DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO PENAL

200. **Los condiciones de efectividad del derecho penal.** Nos hemos referido hasta aquí a las puras condiciones de existencia del derecho penal, pero nos quedan por ver sus condiciones de efectividad, es decir, que para nosotros, dentro del derecho penal hay un "derecho penal efectivo" (antropológicamente fundado) y un derecho penal "no efectivo", que menos efectivo será cuanto más alejado se encuentre de su fundamentación antropológica.

<sup>7</sup> COPLESTON, op. cit., pp. 242-3.

Sintetizando:

La coerción puede ser	{	ejercicio de poder	{	antropológicamente fundado, en cuyo caso será efectivo, o carecer de fundamentación antropológica, en cuyo caso no será efectivo.
		o derecho penal, que puede estar		

El derecho penal antropológicamente fundado es un derecho penal liberador, en tanto que su contrario presenta la característica de ser represivo. El derecho penal es liberador cuando asume su verdadera forma de "útil" para el hombre, de instrumento que, al procurarle seguridad jurídica, sirve para posibilitarle el encuentro de su verdad y su elección conforme a ella. Por el contrario, resulta represivo cuando hace al hombre instrumento del Estado, de su ley penal. Ese derecho penal cae en la idolatría y, en caso de extremar sus caracteres represivos, llega a dejar de ser derecho, porque suele desembocar en una violación a las condiciones mismas de existencia del mismo.

Afirmar que todo derecho penal es "represivo" porque "reprime" es caer en un absurdo positivismo infantilista, conforme al cual todo da lo mismo. Ello es resultado de confundir el medio con el fin y dar al primero el valor del segundo.

Insistimos en que para nosotros "efectividad" no es la pura vigencia del derecho penal, y mucho menos aún su acatamiento por parte de la población, que son circunstancias fácticas que dependen de la fuerza que tenga el grupo de poder dominante. Para nosotros, la "efectividad" del derecho penal se revela en el cumplimiento de su cometido de garantía de lo que el hombre necesita exteriormente para autorealizarse. "Exteriormente" significa aquí "fuera de su conciencia", pues, como veremos, para nosotros la auténtica libertad se produce en la conciencia y su posibilidad interna sólo a ella corresponde, pero ésta se puede —y debe— facilitar externamente, garantizando un ámbito real externo en que nadie pueda ser molestado en su libertad, en su búsqueda de verdad, en la autenticidad de su elección.

Para muchos positivistas esto es puro "palabrerío". No podemos enseñarles lo contrario, puesto que no quieren oírlo. *En la práctica, hay un "encontrarse" en el sentido de una disposición personal, que es inconfundible.* Es un "encontrarse", "hallarse", en el sentido que se le da cuando se pregunta: "¿cómo se encuentra usted?". Este "encontrarse" (*Befindlichkeit*) puede abrir o cerrar el mundo, porque "el puro estado de ánimo abre el ahí con más originalidad, pero paralelamente también

lo cierra con más tenacidad que cualquier no percibir" <sup>8</sup>. Este "encontrarse", esta actitud, que no puede explicarse racionalmente, abre o cierra el mundo, y de las dos formas se da en la conducta del legislador, en la del dogmático y en la del juez. Abre el mundo cuando se encuentra con el otro en un temor por el bien jurídico. Lo cierra cuando se encuentra con un ídolo: el Estado, la "comunidad del pueblo", los "valores fundamentales", "la patria socialista", "las enseñanzas del maestro", el "sano sentimiento", las "buenas costumbres", "la tradición", la "revolución", "los principios revolucionarios", la "cultura popular", el "destino luminoso", etc., y, entregado a este ídolo hace o deduce un derecho penal, que toma ingerencia en los valores estéticos, en la higiene personal, en el atuendo, en las costumbres, en los hábitos sexuales, laborales, etc. La *Befindlichkeit* no es definible, pero saber cuándo abre y cuándo cierra en materia penal es perfectamente identificable. Cualquiera que quiera oír se dará cuenta de ello. El que quiera "encontrarse" con un ídolo —o no pueda hacer nada distinto— jamás lo oír.

Pero, un derecho penal antropológicamente fundado no se encuentra sólo mediante la intuición o la emoción, por mucho que en él cumple una importante función, particularmente porque la actitud que lo define es la de "encontrarse" en el temor "con" "el otro", con el amenazado en su posibilidad de realización <sup>9</sup>. Hay una serie de datos objetivos que podemos mostrar como características ciertas del mismo, es decir, como datos reveladores de la efectividad existencial de un derecho penal.

#### IV. — LOS CARACTERES DEL DERECHO PENAL ANTROPOLÓGICAMENTE FUNDADO

201. No puede basarse en un ser derivado del valer. Siendo el valor una posibilidad de ser que aún no es, el derecho penal no puede fundarse en una deducción del ser del hombre que parta de lo que el hombre no es. Todas las pretensiones que quisieron derivar el ser del deber ser, han servido para alienar al hombre en pos de una idea entendida normativamente. El curso de la historia parece "una ruta empedrada por el demonio con valores destruidos" <sup>10</sup>.

La vocación de la conciencia, el llamado de la conciencia individual es lo que el derecho penal debe facilitar mediante la seguridad jurídica, pero no da indicaciones prácticas que puedan configurar una ética material. Semejante pretensión implica quitarle al hombre su "poder ser propio" <sup>11</sup>, de modo que nunca puede enten-

<sup>8</sup> Cfr. HEIDDEGER, *Sein und Zeit*, p. 136.

<sup>9</sup> Idem, 142.

<sup>10</sup> JASPERS, *La filosofía*, cit., p. 80 (la expresión de MAX WEBER).

<sup>11</sup> HEIDDEGER, *Sein und Zeit*, p. 300.

derse al derecho penal —cuando está fundado antropológicamente— como producto de una ética material fundada en la conciencia, sino como un producto cultural con aspiración ética facilitante de la “vocación de la conciencia”.

El relativismo valorativo no puede significar nada distinto del reconocimiento de que los valores son posibilidades de ser de cada hombre. Nadie existe en el relativismo, sino que existe cuando elige, de modo que el relativismo valorativo no pasa de ser una advertencia acerca del subjetivismo valorativo. *Nadie existe en el relativismo, pero la única manera de co-existir es en el relativismo, es decir, sabiendo que lo que elegimos ser es una posibilidad de ser que asimos, al igual que otro aspirará otra.*

La crítica del objetivismo valorativo idealista es que, de este modo, no se realiza la justicia (el valor “justicia”), sino que se confunde lo útil con lo justo, y el concepto de “utilidad” no puede identificarse con el de justicia. Esta crítica, que proviene de quienes entienden que el derecho penal debe manejarse con criterios de justicia absoluta, encuentra su fundamento cierto en que la identificación de utilidad y justicia es harto discutible en el planteo de ciertos utilitarismos, pero no se justifica en nuestro análisis, porque el utilitarismo en sí mismo no es criticable: lo criticable es que se hable de utilidad, sin precisar para qué. Que el derecho penal es un “útil” para el hombre, creemos que es poco menos que indiscutible: de no prestar utilidad al hombre, no sabríamos para qué sirve. La única utilidad que nos parece evidente, es la de facilitar la armonía de las existencias, es decir, la co-existencia. A un derecho penal que sea útil para facilitar racionalmente la co-existencia es a lo más que podemos aspirar. Por supuesto que, cuando nos desprendemos de los objetivismos valorativos, idealistas y positivistas —que da igual—, entraremos en frecuentes dudas acerca de las particularizaciones en los problemas concretos, pero ello sirve para demostrarnos que andamos por el buen camino, ya que la ciencia jurídico-penal —como cualquier otra— tiene que tener, como actuar del hombre, la forma de ser del hombre, y, existencialmente hablando, la duda no es más que el aspecto intelectual de la angustia <sup>12</sup>.

Los partidarios del objetivismo valorativo nos van a llevar ventaja, la principal de las cuales consistirá en su seguridad. No obstan-

<sup>12</sup> Cfr. PRINI, *El existencialismo*, cit., p. 6.

te, la fortaleza del derecho penal antropológicamente fundado surgirá de la duda, que será su índice de fundamentación antropológica, en tanto que la seguridad valorativa indicará el alejamiento de lo humano, la inhumanidad del objetivismo valorativo, que ha llevado a las teorías penales más aniquilantes, sangrientas y destructivas.

202. No podrá tener por base un racionalismo ni un voluntarismo puros. Un derecho penal que quiera servir al hombre tiene que fundarse en lo que el hombre es y, el hombre no es pura razón. Dar por sentada dogmáticamente la racionalidad del hombre, es encubrir su imagen y, por ende, negarle. “*El hombre no es razón; puede ser razón*”. Si el hombre fuese por naturaleza razón y el mundo también fuese razón, “las actitudes del yo y los acontecimientos del mundo estarían, en todo caso, intrínsecamente determinados por la unidad y tal unidad en ningún caso podría perderse o dispersarse. No habría problema de la existencia. No habría ni problematicidad, ni finitud, ni temporalidad. No habría hombre”<sup>13</sup>. Es falso afirmar que el conocimiento obliga al hombre: el conocimiento le abre la posibilidad de ser racional, de ir a la verdad, y de ser libre en ella.

Esto no puede significar tampoco un canto al irracionalismo. Es cierto lo de Pascal: *le coeur a seis raisons que la raison ne connaît pas*. “Lo que de veras puede hacer el hombre, sólo puede hacerlo por la pasión”, dice Abbagnano<sup>14</sup>. Pero esto no significa que la razón no cumpla ninguna función: la clave está —como lo veía Duns Escoto— en que la razón guía a la voluntad, pero no la determina. El acto de voluntad que no es guiado por la razón, se pierde, no llega a puerto. El “procurar por otro” se transforma en un “quitarle la cura”, el acto de amor destruye al objeto cuando está huérfano de la guía de la razón.

No debe pensarse la cuestión de lo racional y de lo irracional como un problema de humanidad e inhumanidad, de humano y animal. El hombre, así entendido es un hombre escindido. Lo no racional del hombre también es humano, no es animal.

“El hombre no es un centauro, sino íntegramente hombre”, dice Buber, y agrega: “ni siquiera el hambre del hombre es el hambre de

<sup>13</sup> Cfr. ABBAGNANO, *Introducción*, pp. 77-8.

<sup>14</sup> *Idem*, p. 30.

un animal". "El problema de la antropología filosófica es el problema de una totalidad específica y de su conexión específica"<sup>15</sup>.

Que el hombre no es racional, pero que puede llegar a serlo, que es capaz de replegarse sobre sí y someter a crítica racional el mundo y sus propios actos, es una afirmación de la que se derivan importantísimas consecuencias para el derecho penal en cuanto a su fundamentación antropológica. En principio, el hombre así concebido, no es sólo el que queda sometido a la coacción penal, sino también —y fundamentalmente— el que le somete. Este renunciar a la afirmación dogmática de que nuestros actos humanos son racionales nos impone una constante crítica, una permanente revisión de nuestras voluntades y de nuestros actos a la luz de la razón, nos alerta contra la "racionalización" (la explicación aparentemente racional que auto-satisface). Si, en lugar, concebimos al hombre exclusivamente como un ser racional, todo esto carecerá de sentido, porque el pretendido conocimiento absoluto del "bien" nos guiaría con falsa seguridad.

203. **Debe tener base realista.** Todo pensamiento penal que ostente u oculte una base filosófica idealista, por ser encubridor del ser del hombre, resulta alienante. A ninguna otra solución nos puede conducir un pensamiento que cree que conocer implica crear, que conocer el mundo es lo mismo que crear el mundo, que ponerlo. El idealismo pasa por alto que el conocimiento es un modo de ser del hombre que se funda en el "ser en el mundo", por lo cual, en modo alguno puede crear lo que le funda<sup>16</sup>. *Sin mundo no puede haber conocimiento, porque no puede haber hombre.* El conocimiento no puede crear el ente, sino sólo hacerlo comprensible<sup>17</sup>. La dirección que debe seguir el camino del conocimiento no puede ser arbitraria, no la puede poner el hombre de cualquier manera, el mundo no puede agotarse en una pura trascendencia subjetiva, sino que "todo preguntar es un buscar. Todo buscar tiene su dirección previa que le viene de lo buscado"<sup>18</sup>.

El idealismo es incapaz de explicar el dinamismo del fenómeno jurídico-penal, porque no llega a captar el cambio de una corriente ju-

<sup>15</sup> BUBER, op. cit., p. 80.

<sup>16</sup> HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, p. 62.

<sup>17</sup> Idem, 227.

<sup>18</sup> Idem, p. 5.



ridica a otra, salvo por una necesidad interna del derecho. Da lugar a su clacisismo, a una concepción estática, en lugar, el realismo es la vía de entrada del movimiento, de lo dinámico. Esta imposibilidad de explicar lo dinámico le lleva incluso a enroscarse sobre sí mismo, hasta el punto de llegar a negar el temor en cualquier orden jurídico: cuando Kelsen estructura la relación de normatividad y afirma lo absoluto de la relación "violación de la norma-sanción", elimina el temor, porque siempre se teme a un advenir incierto, a algo que puede "fallar", pero nunca respecto de algo cierto, inevitable. "El temor se genera especialmente en que lo temible puede fallar y pasar de largo"<sup>19</sup>. La alienación del idealismo es tal, pues, que elimina el temor que genera la sanción.

204. No puede fundarse en el conocimiento adquirido por la fe (aunque no tiene por qué ser contrario a él). El conocimiento que se adquiere por la fe nada tiene en común con el que se adquiere por la razón. "El sujeto de la fe es el "yo" individual y singular, en la irrepitibilidad de su situación en el tiempo, mientras que el sujeto de la ciencia verificadora es el yo formal genérico"<sup>20</sup>. Este conocimiento no puede ser la base de un común "encontrarse" en forma de "poder mostrar". Nada de lo que se conoce por la fe puede mostrarse. Si el "yo" y el "tú" "se" encuentran en algo descubierto por la fe, será porque ambos descubrieron lo mismo, pero no porque uno lo haya mostrado al otro. Pretender fundar el derecho penal en lo que se conoce por la fe, implica pretender imponer al "tú" lo que "yo" conozco, pero sin mostrarlo —porque no se puede mostrar— con lo que se convierte en un puro ejercicio de poder sobre el "tú". La mística puede perfeccionar al "yo", pero jamás fundar una relación sobre base estable con el "tú". Al que no tiene fe no se le puede obligar a que la tenga. Cuando por la fe conozco el destino trascendente del hombre, sé que el hombre tiene una dignidad inalienable, pero si pretendo fundar en eso al derecho penal, esa dignidad humana que defiendo se convierte en un ejercicio de poder respecto del "tú" al que no se la puedo mostrar. Creemos que el contenido intransferible o irreproducible de cada hombre, no sólo se conoce por la fe. La fe puede darnos una mayor certeza y una mayor precisión, pero que en el hombre hay un ser intransferible, irreproducible e irremplazable, es algo que se puede conocer en forma "mostrable". Negarlo implica asegurar que todo el pensamiento humano no ha servido de nada. *Sobre la base*

<sup>19</sup> Idem, p. 140.

<sup>20</sup> PRINI, PIETRO, *Gabriel Marcel y la metodología de lo inverificable*, Barcelona, 1963, p. 30.

de lo “mostrable” es sobre la que puede construirse el derecho penal antropológicamente fundado. Eso es lo que puede permitir la apertura hacia el tú que no conoce por la fe y con el que es menester convivir. La “individuación” del hombre como “ser para la muerte” (correctamente entendida) es algo “mostrable”.

Toda imagen “fideísta” del hombre termina quitando la libertad, al lesionar la conciencia, sea que la fe muestre una revelación divina o una utopía futura. Esto lo muestra Simson al someter a crítica tanto la imagen teológica fideísta de Erik Wolf<sup>21</sup>, como la marxista de Abendroths<sup>22</sup>. Ello obedece a que toda imagen humana obtenida por la fe es “perfecta” (como “idea”), en tanto que “todo derecho que quiera dar libertad, debe basarse en una renuncia frente a la imagen de la perfección”<sup>23</sup>. En realidad, la imagen de la perfección es enemiga del derecho, porque conduce finalmente a su negación. Con toda razón afirma Welzel que el valor del derecho es siempre un valor “frustrado”, porque nunca puede ser ideal<sup>23 bis</sup> y, en el campo teológico, en idéntico sentido se expresa Rahner: “Por diferentes que puedan ser las formas expuestas de la tolerancia —dice— todas derivan en definitiva de un hecho inevitable en el curso histórico de la existencia humana, a saber: que en esa historia se da siempre una última irreconciliabilidad de las libertades entre sí, hecho que es necesario aceptar y soportar con paciencia y tolerancia. Pues, incluso cuando es posible en cierta medida una solución del conflicto —que por supuesto ha de buscarse y lograrse con todas las fuerzas—, la armonización de las libertades . . . nunca se alcanza por completo; en el mejor de los casos se logra un compromiso, que hace en cierto modo ‘llevadera’ la coexistencia de esas libertades. El reino de las libertades armonizadas, con plena autonomía de todas ellas, seguirá siendo objeto de esperanza de la eternidad. Por consiguiente, sólo existen diversos grados y modos con los que se puede alcanzar una cierta coexistencia de libertades siempre provisional y precaria”<sup>23 ter</sup>.

La certeza que nos da el conocimiento por la fe es más fuerte cuanto más ciertos estamos de su naturaleza “no mostrable”. Cuando asimilamos esta certeza, que es un producto original de nuestra conciencia, a los conocimientos adquiridos por vía empírico-racional, perdemos seguridad, confundimos lo que no debemos confun-

<sup>21</sup> WOLF, ERIK, *Recht des Nächsten*, Frankfurt, 1966.

<sup>22</sup> ABENDROTHS, WOLFGANG, *Thesen zum Problem des marxistischen Menschenbildes im wissenschaftlichen Zeitalter*, en “Fest. f. Adolf Arndt”, Frankfurt, 1969.

<sup>23</sup> SIMSON, WERNER VON, *Zwei Bilder der Freiheit im Recht*, en “Fest. f. Erik Wolf”, Frankfurt, 1972, pp. 22-27.

<sup>23 bis</sup> WELZEL, *Recht und Sittlichkeit*, cit.

<sup>23 ter</sup> RAHNER, KARL, *Tolerancia, libertad, manipulación*, Barcelona, 1978, pp. 83-4.

dir, sentimos que la conciencia del “tú” es un ataque al “yo” y, tremendamente atemorizados, aturdidos, queremos que el “tú” vea lo mismo que el “yo” y, en caso que no lo vea, preferimos suprimirlo. *De allí que “la fe como tal” no sea necesariamente contraria a una fundamentación antropológica del derecho penal, pero la “fe como ciencia” sea su enemiga mortal.* Un derecho penal que niegue la “fe como fe” es tan monstruoso como uno que se funde en la fe como ciencia, porque ambos niegan la fe en lo que de tal tiene: lo mismo da la biología dogmatizada stalinista que la muerte de Servet.

205. **No puede marginar la filosofía.** Si bien la idea del hombre se va formando en la historia, no es un concepto empírico, sino pre-empírico. En cualquier ciencia social o humana “necesita usar, sin confesarlo, la esencia *a priori* del ser humano”<sup>24</sup>.

El error del positivismo científico —al igual que el de alguna corriente teológica— radica en negarse a ver en la conciencia humana algo original, con una forma de ser distinta de los restantes entes. Cuando comprendemos que la conciencia humana es algo original, caemos en la cuenta de que el positivismo procede de un error metódico, a partir de un cerrado principio dogmático que enraiza con el realismo teológico. Un derecho penal antropológicamente fundado no puede menos que aceptar la conciencia como lo que atestigua el “ser sí mismo” del hombre<sup>25</sup>. La conciencia debe ser entendida como “ontológicamente original”, es decir, como algo que no tiene la forma de un ente cualquiera. Para quienes aceptan dogmáticamente que nada hay que no tenga la forma de los entes de que el hombre se vale, no les queda otra solución que atribuir la conciencia a un ente. En esta encrucijada unos se van hacia arriba y se la atribuyen a Dios, otros bajan y se la atribuyen a la biología<sup>26</sup>. Al desconocer la originalidad de la conciencia, ambos caminos conducen al desconocimiento de lo humano.

La atribución de la conciencia a la biología no hace más que sepultar al hombre en lo impersonal, haciéndole creer —con sus tipologías y “caracterologías”— que lo comprende todo, cuando no comprende nada<sup>27</sup>. Ese es el origen reaccionario de las filosofías positivistas.

La ciencia es la organización sistemática de los conocimientos

<sup>24</sup> SARTRE, *Emociones*, p. 21.

<sup>25</sup> HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, p. 248.

<sup>26</sup> Idem, 275-6.

<sup>27</sup> Idem, 178.

de los elementos del mundo<sup>28</sup>, organización en la que está en juego el ser del científico. La pretensión de quitarlo del medio, de hacer abstracción de él, le hace perder e ignorar la esencia de sí y de los demás. De allí que la pretendida imagen positivista o científicista del hombre, entendido como una complicada máquina sin posibilidades, puede ser intelectualizada, pero nadie la "vive", ni siquiera quienes la defienden, que en el momento de hacerlo no pueden menos que comprenderse también en la posibilidad de no hacerlo.

La respuesta al ser del hombre, a su conciencia y a su libertad, no la puede dar la ciencia, porque ésta se ocupa del hombre como ser intramundano. De allí que, quedándonos en el mero plano científico no podemos explicar cómo "la idea de la responsabilidad de los autores mentalmente maduros y sanos es una realidad incuestionable de nuestra conciencia social y moral", tal como lo expresa Jescheck, con la aclaración de que no se trata de ninguna ficción necesaria del Estado, como proponía Kohlrausch<sup>29</sup>.

Desde el ángulo neurológico se ha afirmado: "La libertad no es ninguna característica científico-naturalmente comprensible. Cuáles son los seres vivientes que tienen libertad no se puede contestar científico-naturalmente, ni siquiera con la ayuda de ningún criterio utilizable. Cuanto más comprensible sean científico-naturalmente los criterios de ayuda, menos útiles serán como criterios de la libertad de voluntad". Lo importante para el problema de la libertad "es la apreciación, el interno marcarse un fin, y no tanto la pregunta de cómo alcanzarlo, pero sólo esta última es la que cae en el ámbito de trabajo de la ciencia natural y especialmente de la investigación de la conducta"<sup>30</sup>. Desde el ángulo psicológico se afirma que "donde no existe forma posible de verificación con la mayor eficacia, parece ser más sabio callar que discurrir. Esta docta ignorancia puede permitírsele al psicoanalista, es él así libre"<sup>31</sup>.

**206. Debe posibilitar externamente la libertad mediante la seguridad jurídica.** El hombre se halla lanzado a un mundo, inmerso en las significaciones de ese mundo con el que forma una unidad

<sup>28</sup> Cfr. ABBAGNANO, *Introducción*, p. 82.

<sup>29</sup> JESCHECK, 269 y nota 17; también RECASENS SICHES, LUIS, *El libre albedrío en el derecho penal*, en DPC, 2, 1965, 37 y ss.; BELEZA DOS SANTOS, *O conceito etico-juridico da responsabilidade penal*, en "Hom. a Nelson Hungria", pp. 63 y ss.

<sup>30</sup> WIKKLER, WOLFGANG, *Kausalität und Finalität des Verhaltens. Biologische Aspekte zur Willensfreiheit*, en "Freiheit und Determination", Würzburg, 1966, 37-8.

<sup>31</sup> GÖRRES, ALBERT, *Vernunft und Leidenschaft*, en el mismo, p. 56.

y sin embargo no se confunde. No obstante, ante la consciencia de su propio límite —la muerte— el hombre se encuentra en la angustia y se comprende a sí mismo como ser-para-la-muerte, pudiendo desde esa perspectiva cambiar la significación misma de los entes intra-mundanos. Esta experiencia de la angustia, a partir de la cual el hombre altera la significación de los entes (otorgándoles su significación auténtica) es lo que de irreproducible hay en el ser humano. La angustia —que es angustia ante la muerte, ante el límite existencial— es un componente necesario para la autenticidad, porque es justamente lo que le impulsa al hombre a ser “sí mismo”.

La angustia no es el miedo. La angustia tiene lugar frente a la muerte, que, por cierto, es un acontecimiento futuro, pero siempre cierto, en tanto que el miedo es algo que tiene lugar ante un acontecimiento futuro pero incierto, que puede pasar sin rozar siquiera. *El derecho penal antropológicamente fundado debe procurar alejar el miedo y dejar la angustia*<sup>32</sup>, porque en la angustia el hombre encuentra su “mismidad”, su “ser sí mismo”, en tanto que el miedo le pierde, le sume en la nada.

El derecho penal autoritario trata de huir de la angustia y de sembrar el miedo, por lo que hace que el grupo dominante y los dominados caigan en la nada. Es un derecho penal atemorizado y atemorizante. Su signo es el miedo: miedo para huir de la angustia. El derecho penal antropológicamente fundado debe ser desatemorizante, pero precisamente para posibilitar la angustia, porque cuanto más consciencia del límite tengan los a él sometidos, más auténticos y creativos serán.

Aquí es menester precisar qué es la libertad y en qué relación se encuentra con el derecho penal. La libertad se halla *en el ser sí mismo*, en el elegirse a partir de la angustia, en decidir de la propia existencia con autenticidad. La libertad está requerida de presupuestos externos, pero en sí misma es interna, es subjetiva. La libertad se manifiesta en el mundo, pero se opera en la conciencia. De allí que el derecho penal sólo pueda buscar proporcionar los presupuestos externos de la libertad, pero jamás la libertad misma: la posibilidad y el modo de existencia auténtica “no cabe imponerlo ónticamente ni inventarlos ontológicamente”<sup>33</sup>. *La libertad es el ser auténtico del hombre, que el derecho penal puede aspirar a facili-*

<sup>32</sup> Sobre la diferencia entre angustia y temor, también GAOS, José, *Introducción a “El ser y el tiempo” de Martin Heidegger*, México, 1971, pp. 57-8.

<sup>33</sup> HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 234.

tarle, pero que en cuanto pretenda imponérselo lo destruirá irremisiblemente.

La libertad así entendida es un “no dejarse arrastrar” por la corriente del “se”, de lo impersonal (por la publicidad, es decir, por el “se” dice, “se” habla, “se” llama, etc.). La “caída” en esta corriente, en la existencia inauténtica es lo contrario a la moral, en tanto que la libertad es la virtud<sup>34</sup>. *La virtud —que es la libertad— no la puede imponer ningún legislador terreno, sino que debe hallarla cada hombre a partir de su individuación frente a la muerte, para la que lo llama su conciencia y lo impulsa su angustia.*

La libertad no puede ser entendida como una externa posibilidad de hacer cualquier cosa, sino como la interna elección auténtica por el ser sí mismo de cada quien, y en ello radica la virtud: la acción auténtica es la acción virtuosa, la acción inauténtica, en que el hombre se deja arrastrar cómodamente por el mundo al que está lanzado, es la acción inmoral. La libertad es la virtud y la inautenticidad es la “caída”. La decisión corresponde a la conciencia, no al derecho penal, que sólo puede tratar de garantizar la expresión externa de la decisión de la conciencia.

Cabe aclarar que dar la posibilidad de la libertad importa también la posibilidad de la esclavización del hombre en el “se” impersonal. Posibilitar la libertad importa también posibilitar el rechazo de la libertad, no pudiendo ser ello de otra manera, porque se trata de algo que corresponde exclusivamente a la conciencia individual, sobre la que no rige código penal alguno. He aquí el profundo sentido de la afirmación de Radbruch, que es certerísima, aunque parta de fundamentos filosóficos distintos de los nuestros: “El derecho puede sólo posibilitar la moral, más no forzarla, porque el hecho moral, por necesidad conceptual, sólo puede ser un hecho de libertad; dado que él debe *posibilitar* lo moral, debe también, ineludiblemente, posibilitar lo *inmoral*”<sup>35</sup>.

Esta conceptualización de la libertad como autenticidad es común a todo el pensamiento existencial, en cualquiera de sus corrientes. *Berdiaev* escribió estas claras palabras, que tan de cerca tocan a nuestra ciencia: “La libertad era pensada como libertad de elección, como posibilidad de volverse hacia la izquierda o hacia la derecha. La elección entre el bien y el mal presupone que el hombre se halla frente a una norma que distingue el bien del mal. La libertad de voluntad fue especialmente cara

<sup>34</sup> Así KIERKEGAARD (V. CHESTOV, op. cit., p. 218); ABBAGNANO, *Introducción*, cit., 29-30.

<sup>35</sup> RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 141.

a los juristas del derecho procesal penal, pues la libertad de querer era necesaria para la responsabilidad y el castigo. Para mí, sin embargo, la libertad ha significado siempre algo totalmente distinto. La libertad es mi independencia y la determinación de mi personalidad interior, y la libertad es mi energía creadora, y no elección entre un bien y un mal previamente colocados ante mí, sino más bien mi propia creación del bien y del mal. La misma situación de elección puede dar al hombre un sentimiento de opresión, de incertidumbre, incluso de falta de libertad. La liberación viene cuando la elección ya ha sido hecha y cuando yo procedo por el camino de la actividad creadora". Y terminaba con la siguiente conclusión: "*Yo reconozco libremente aquella verdad que me libera, pero ninguna autoridad del mundo puede imponérmela. No se me puede hacer libre a la fuerza*"<sup>36</sup>.

Abbagnano dice que "ser libre significa mantenerse fiel a sí mismo, no traicionando la propia misión y salvando la seriedad y la consistencia del mundo y la solidaridad inter-humana". "La comprensión de la libertad —agrega— es, así, la inteligencia misma que tiene el hombre de sí y de su misión en el mundo. Sólo cuando se identifica con una misión que lo trasciende, sólo cuando se empeña y lucha, es el hombre verdaderamente libre. Tal es el último sentido de la consideración filosófica de la libertad"<sup>37</sup>. Marcel marchó por una senda similar. Prini<sup>38</sup> resume su concepto de libertad, en su momento verdaderamente positivo, "es una *interpretación liberadora*, una interpretación en la que nos comprometemos totalmente, abriéndonos a la irradiación infinita de la generosidad creadora, para afirmarla en nosotros y en nuestras obras, y liberándonos de la indisponibilidad y de la desesperación, donde tiende a encerrarse nuestra paradójica 'situación' de seres que pueden traicionarse a sí mismos y separarse de lo que les hace ser".

Que el derecho penal deba posibilitar la libertad significa que debe darle el mayor ámbito de seguridad al hombre para que sea lo que él se elige ser. Esto no significa que el hombre tenga una capacidad ilimitada de realización, pues esto no lo tienen ni el legislador ni el sometido a la ley. El hombre jamás tiene una ilimitada posibilidad de realización, porque siempre se halla sumido en determinadas posibilidades, siempre está "lanzado" al mundo<sup>39</sup>. A este respecto, la ley, como obra humana, que necesariamente tiene la forma de ser de su hacedor humano, se encuentra también limitada, forzada a hacer una elección, y lo único que puede tratar de hacer es abrir al hombre el mayor número de posibilidades de reali-

<sup>36</sup> BERDIAEV, NICOLAY, *Autobiografía espiritual* Barcelona, 1957, pp. 68-9.

<sup>37</sup> ABBAGNANO, op. cit., p. 111.

<sup>38</sup> V. PRINI, PIETRO, *Gabriel Marcel*, cit., p. 93.

<sup>39</sup> Cfr. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, p. 144.

zación externa de sus elecciones auténticas y también de su existir inauténtico, porque ambos son formas de existir inherentes a la existencia. *La guía práctica perfecta del legislador penal no existe ni existirá jamás, habiendo sólo un lejano faro que le puede orientar, pese a que frecuentemente la bruma tienda a cubrirlo: "Antígona"*. Antígona es el drama de la política penal, que se presenta al legislador, al juez, al doctrinario. El derecho penal antropológicamente fundado sabe que la conciencia individual es un ámbito que en esta tierra sólo incumbe a cada hombre. Sin embargo, debe impedir autoritariamente que algunos hombres realicen su elección en el mundo, porque de hacerla impedirían la realización de otros hombres. "Antígona" es la conciencia del hombre enfrentada al derecho penal. La regla es que cuantas más veces un derecho penal condene a Antígona, menos antropológicamente fundado estará, y viceversa, pero esta regla sólo puede concretarse en el análisis de cada situación histórica dada.

El derecho penal que trata de posibilitar la trascendencia al mundo de la elección auténtica, no puede confundirse con el sistema que sólo le brinda *ocasión* para ello. Esto último —es decir, sólo dar ocasión— es algo que no sólo lo hace el derecho, sino también —y hasta frecuentemente mejor— la arbitrariedad, que da mayores ocasiones a la heroicidad.

No obstante, en modo alguno un derecho penal antropológicamente fundado puede condenar a Antígona más o menos veces, simplemente porque le da en gana al grupo que lo impone, sino que debe tratar de lograr siempre un imposible, pese a que sabe que es imposible: debe tratar de armonizar todas las "Antígonas", armonizar las existencias, que es la co-existencia. Para ello, el derecho penal debe tratar de garantizar al hombre la disposición de entes intramundanos en forma tal de dotar a cada quien de una mayor disponibilidad posible de ellos. El mismo derecho y el Estado serán en este sentido también entes intramundanos cuya disponibilidad —posibilidad de utilización— debe tener el hombre. Para ello no le queda al derecho penal más que seleccionar los entes cuya disponibilidad debe garantizar e individualizar las acciones que en consecuencia deben acarrear una pena. En esto la tarea es difícil, porque el derecho penal "considera" necesarias para la trascendencia al mundo de la decisión de la conciencia la disponibilidad de entes, pero la decisión es individual y los requerimientos también. En el caso concreto, puede que la "consideración" jurídica no responda a la efectiva "menesterosidad" del hombre individual.



Sin embargo —y a pesar de ello— el derecho penal tiene que decidir, porque es la única manera de evitar el caos. A pesar de todo, tampoco está totalmente solo en esta decisión: pese a los criterios que en concreto se puedan sostener y a las diferencias que puedan surgir, los entes cuya disposición debe garantizar son, al menos en sus líneas fundamentales, histórico-culturalmente reconocibles y, de toda forma, permaneciendo en la clara y permanente consciencia de la relatividad de su decisión, que siempre es circunstanciada, permanecerá atento a la misma y sometido a una continua auto-crítica.

La relación de disponibilidad garantizada jurídico-penalmente se llama “bien jurídico penalmente tutelado” y el conjunto de ellos es la seguridad jurídico-penal, que forma parte de la seguridad jurídica que debe brindar, en general, un derecho antropológicamente fundado. El alcance y el sentido de la voz “disponibilidad” lo veremos en su oportunidad, pues un error, proveniente de una interpretación “quiritaria” del mismo, ha motivado frecuentes equívocos.

En síntesis: mediante la tutela de bienes jurídicos, el derecho penal contribuye a la seguridad jurídica, que es la garantía de un ámbito de disponibilidad que nadie puede afectar al hombre para que —si quiere— trascienda al mundo con su elección. Mediante esta garantía el derecho penal antropológicamente fundado *aspira* a que todos vayan “hacia arriba”, que cada quien pueda llegar a ser libre y trascender al mundo con su libertad, con su elección auténtica, con su mismidad, con su “ser-sí-mismo” (*Selbst-sein*), que le viene de la angustia ante la propia muerte como límite, como experiencia exclusivamente personal, reservada a la conciencia de cada quien. No quiere imponer la autenticidad —sería absurdo— sino sólo posibilitarla externamente, facilitar su proyección en el mundo, al menos al mayor número posible.

El derecho penal autoritario, en lugar, con su pretensión de establecer una uniformidad en que todos se abandonen a lo impersonal, deja de tutelar bienes jurídicos posibilitantes de la proyección de la autenticidad, en el deseo de que todos vayan “hacia abajo”, la masificación general, la caída de todos en el olvido del “ser”<sup>40</sup>. No es por casualidad que el pensamiento del bien jurídico se disuelve en los derechos penales autoritarios y en los autores de esas corrientes.

<sup>40</sup> Cfr. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 346.

207. **Debe distinguirse nítidamente de la moral.** Ya hemos visto que el acto virtuoso es el acto auténtico, en tanto que su contrario es escapar de la autenticidad, dejarse arrastrar por lo impersonal eludiendo la propia elección. Cabe insistir que no todo “estar” en lo impersonal es lo contrario de lo virtuoso, porque de ese existir impersonal es de donde emerge el hombre en su autenticidad, de modo que las dos formas de existencia son inherentes a la misma. El vicio finca, no en el “estar” en lo impersonal —que es ineludible— sino en eludir la angustia, la vocación de la conciencia, permaneciendo en lo impersonal, evitando la autenticidad, la libertad.

Pero el ámbito de lo lícito y el ámbito de lo auténtico no tienen nada que ver, porque no todo lo lícito es auténtico. Tampoco todo lo ilícito es inauténtico, porque la antijuridicidad no es una subdivisión de la inautenticidad. De allí que el ámbito de lo ilícito y el de lo inmoral no coincidan. El derecho nunca exige la autenticidad, de modo que, a este respecto lleva razón Maihofer, cuando afirma que pertenece al ámbito de la inautenticidad, lo que no tiene nada de peyorativo si tenemos en cuenta lo antes dicho, es decir, que la inautenticidad es una forma de existencia inevitable, incluso como presupuesto imprescindible de la autenticidad. El “estar” en lo inauténtico no apareja ninguna peyoración, sino que ésta sólo corresponde al acto vicioso, que es el “quedarse”, el “evitar salir”, que es muy distinto.

El derecho penal no puede menos que tutelar bienes rigiéndose por criterios que corresponden a lo impersonal —a lo histórico cultural— porque debe tratar de seleccionar qué elementos de lo inauténtico es menester tutelar para posibilitarle al hombre lo auténtico externamente. Y el derecho penal antropológicamente fundado sabe perfectamente que esta empresa de selección encierra un elevado coeficiente de relatividad, porque se está manejando con un *standard*, con un criterio de término medio. Si el derecho penal olvida que se maneja con un “standard”, cae su fundamento antropológico, porque equivale a olvidar que la elección por la autenticidad corresponde a la conciencia de cada hombre. En lugar, teniendo en cuenta esto, pese a que necesariamente debe ser un derecho penal democrático, no puede menos que ser respetuoso de los derechos de las minorías, porque la clara idea de que la autenticidad queda reservada al ámbito de la conciencia individual le llevará a admitir que hay actos auténticos que son delitos y actos inauténtico que no son delitos.

La identificación de la motivación en la norma con lo auténtico, o, al menos con lo conforme a la ética, es un grueso espejismo que no tiene fundamento alguno, pero en el que caen varios autores. Welzel sostiene que la libertad de voluntad “no es, como pretende el indeterminismo, la libertad de poder conducirse de otra manera (también actuar peor o contra sentido)”<sup>41</sup>. Para Welzel, libertad es posibilidad de sobre-determinación, de dirigir lo causal, de adecuar a sentido lo que carece de sentido. A través de esto Welzel establece la conexión entre el derecho penal y la criminología. Afirma que no hay contradicción entre ambas disciplinas, porque el delito sería una falla que radicaría en la falta de uso de la libertad. Cuando un sujeto dejase andar la causalidad, su conducta resultaría delictiva (cuando no interrumpe la causalidad con el acto de libertad). Creemos que este punto de vista —sostenido también por otros autores<sup>42</sup> no es correcto<sup>43</sup>, porque, conforme a él, serían meros procesos causales —en el sentido de que no se habría hecho uso de la libertad— los casos en que el delincuente actúa por convicción.

Esta consideración de la libertad como la capacidad para resistir los impulsos instintivos, Welzel parece tomarla de Max Scheler<sup>44</sup>, aunque algo parecido sostiene Gustav Bally<sup>45</sup>, estando este pensamiento relacionado también con las ideas de Blondel y William James<sup>46</sup>. Semejante teoría implica que en lo delictivo siempre hay un “dejarse llevar”, un “caer”, es decir, que quien se halla frente a lo que es penalmente “bueno” o “malo”, y opta por lo “malo”, es porque no ha oído a su conciencia ; no ha actuado con libertad, no interfiriendo las circunstancias (impulsos primarios) que le impulsaban a lo penalmente “malo”. De alguna manera, esta afirmación implica una recaída en el intelectualismo más crudo. No podemos afirmar que el autor “por conciencia disidente” sea un sujeto falto de libertad, porque eso implicaría afirmar que los únicos “libres” son los que se motivan en las normas que se anteponen a los tipos. Es verdad que el derecho penal siempre aspira a convertirse en una ética mínima, pero esto es sólo una aspiración y en modo alguno una realidad. “Muy frecuentemente le reprochamos al autor, no lo que ha hecho, sino lo que no ha hecho”, y ello, por cierto, que no solamente en la omisión<sup>47</sup>, pero eso no puede llevarnos a afirmar la exigencia de autenticidad, que es algo a que

<sup>41</sup> WELZEL, 148-9.

<sup>42</sup> KAUFMANN, HILDE, *Was lässt die Kriminologie vom Strafrecht übrig?* en JZ, 1962, 193-9 (197); entre nosotros sostienen algo similar, partiendo de HARTMANN, BLARDUNI, OSCAR, *Derecho Penal y disciplinas criminológicas*, en RDPyC, 1972, 1, pp. 92 y ss.; LUDER, ITALO A., *Los presupuestos ontológicos de la criminología*, en LL, 146 (1972), pp. 1140 y ss.

<sup>43</sup> V. nuestro comentario de la trad. de WELZEL, en RDPyC, 1971.

<sup>44</sup> SCHELER, MAX, *El puesto del hombre en el cosmos*, cit., p. 55.

<sup>45</sup> MARCUSE, *Eros y civilización*, p. 181.

<sup>46</sup> V. PIAGET, JEAN, en “Tendencias de la investigación en la ciencias sociales”, Madrid, 1973, pp. 153-4.

<sup>47</sup> HALL, KARL ALFRED, *Strafrecht der Angst*, cit., pp. 80-5.

el derecho penal sólo aspira. De lo contrario, caeríamos en un derecho penal "moralizante" que, por quitar la elección, siempre sería inmoral.

**208. Debe evidenciar una actitud positiva y liberadora en la convivencia.** La distinción entre derecho penal y moral, que dejamos señalada, se corresponde con una actitud existencial positiva y liberadora. La convivencia puede asumir formas negativas, que son las formas de la indiferencia, esto es, cuando se ignora al otro. También pueden darse formas positivas de convivencia, que es cuando el ser humano se ocupa del otro para asistirle en su tarea de asignar una significación al mundo. Este "ocuparse" del otro, del prójimo, puede consistir en una verdadera asistencia, pero también esta forma positiva puede asumir la forma de imponerle al otro su propia significación del mundo, con lo que le frustra, quitándole su propia autenticidad. La verdadera asistencia es la forma positiva liberadora, es decir, la que sólo se limita a tratar de "facilitarle" su asignación de un significado al mundo, pero que en modo alguno quiere sustituirse al otro en la elección. La sustitución es la actitud "tutelar", propia de los derechos penales autoritarios, en tanto que la "facilitadora" es la actitud existencial propia de los derechos penales con una sana fundamentación antropológica. La actitud negativa en la convivencia (la ignorancia del otro) suele ser la propia de los derechos penales del "Estado gendarme".

La confusión de los límites entre el derecho penal y la moral es algo propio de los derechos penales autoritarios, que pretenden sustituirse a la elección del otro. Se trata de un forma extrema del procurar por "otro", que lleva a la cosificación del otro<sup>48</sup>. El derecho penal así entendido es altamente alienante, porque se cierra a sí mismo al perder de vista al "otro", por no ver en él un "ente" con la forma de ser del hombre, impidiendo así cualquier relación de hombre a hombre<sup>49</sup>.

La culpabilidad jurídica y la culpabilidad moral son cuestiones radicalmente diferentes en un derecho penal fundado antropológicamente. La idea de la culpabilidad en la analítica existencial proviene de un "no-ser"<sup>50</sup>. El que elige inauténticamente elige ser lo que no debe ser; el que no elige, elige directamente no ser. El que se niega a la autenticidad no llega a ser, huye a su propia

<sup>48</sup> HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, p. 122.

<sup>49</sup> *Idem*, 123-4.

<sup>50</sup> *Idem*, 280 y ss.

posibilidad de ser. Este es el concepto de la culpa moral. Sólo *formalmente* puede ser usado para la culpabilidad jurídico-penal, puesto que la culpabilidad moral se origina en una decisión exigida por la propia conciencia, no pudiendo proceder el reproche por la misma más que de la propia conciencia, y manifestarse en la propia angustia. Es el propio ser del hombre que le reprocha no ser lo que debía ser, irse perdiendo en la nada. En lugar, el reproche jurídico-penal de culpabilidad es el reproche por no ser lo que otro eligió que debía ser mínimamente. Por ende, proviene necesariamente de otro lado que de la propia conciencia.

Por ello, un derecho penal antropológicamente fundado ha de saber siempre que se mueve en un campo de inautenticidad y, por ende, limitará su reproche lo más posible al "acto". Porque en cuanto pretenda extenderlo a todo el ser del autor, caerá en una sustitución al autor en su elección total y en la pretensión de imponerle una elección acerca de su ser total, lo que es absurdo. *El reproche jurídico debe limitarse a reprocharle al autor no ser el ser que se abstenga de afectar a su prójimo, es decir, que no se le podrá reprochar más que la afectación por su conducta del bien jurídico ajeno.* De allí que necesariamente tenga que precisar previamente qué conductas le puede reprochar, para que el hombre pueda conocerlas, porque siempre dependerán de una decisión política. La separación entre moral y derecho penal hace que éste no pueda pretender que sus prohibiciones las pueda conocer el hombre simplemente a partir de su conciencia.

Todas las tentativas de legislación penal arbitraria confundieron los conceptos de derecho penal y moral, para poder sustituirse a la conciencia individual y para poder suprimir la prohibición legal previa, fundados en la deducción de la conciencia o de otra fuente externa distinta de la ley<sup>51</sup>. Para ello trataron también de prohibir una forma de ser "total" (tipos de autor), o bien, de reprochar al sujeto no sólo un acto sino toda la conducción de su vida (culpabilidad de autor).

**209. Debe distinguirse de la ética social.** La ética social, esto es, el conjunto de pautas sociales de conducta, o sea, los patrones socialmente establecidos para la conducta en el seno del grupo social, pertenecen a lo impersonal.

Al derecho penal no le resta otra solución que acudir a la ética

<sup>51</sup> Recuérdese a DIETZE, *op. cit.*, p. 186; también la gran confusión hegeliana (V. HEGEL, *Scritti di filosofia del diritto*, trad. de A. Negri, Bari, 1971, p. 132).

para orientarse en la búsqueda de lo que es requerido en ese tiempo-espacio por el grupo o por la mayoría del mismo. Siempre se hallará con grupos disidentes y tendrá que tratar de respetarlos al máximo que pueda tolerar la coexistencia, porque un derecho penal antropológicamente fundado debe saber que al acudir a la ética está echando mano del “se” impersonal, puesto que la decisión auténtica misma le es inaccesible. Esta consciencia de que se mueve en el campo de lo inauténtico le obliga a limitar su pedido a la ética. De allí que no pueda echar mano de ella en bloque ni tampoco abrir un número tan amplio de puertas, haciendo que ésta se filtre todas las veces que quiera en su ámbito. En la sociedad contemporánea, altamente compleja, tendrá que tener especialmente en cuenta el pluralismo ético y su acción nunca podrá pretender el fortalecimiento de la ética social en general, sino sólo exigir lo que considera el mínimo ético indispensable para la facilitación de la elección auténtica y para su realización en el mundo, todo externamente y sin pretender alcanzar la consciencia, conformándose con que ese mínimo de ética social sea respetado.

La ética se vincula a lo cotidiano, a lo impersonal, y suele llamarse “consciencia pública”. La “consciencia pública” no es otra cosa que la voz del “se” impersonal y público<sup>52</sup>. Este “se” es la expresión que traduce la humana tendencia a evitar la responsabilidad, pero no es un sujeto “universal” que flota sobre otros muchos<sup>53</sup>, como parecería sugerir el término “consciencia pública”. Cuando nos percatamos de esto, sabemos que no es moral fortalecer la ética explotando la tendencia humana a evadir la responsabilidad. Pero esta consciencia de lo moral suele perderse fácilmente en el derecho penal, particularmente cuando el idealismo crea el mito de la “consciencia pública” y la pretende poner sobre la consciencia del hombre —que es la única consciencia— convirtiendo a nuestro derecho penal en la manifestación de una “consciencia universal” (*Weltgewissen*), en cuyo nombre se subyugan todas las consciencias al “ser” impersonal. Toda angustia será reprimida por esta vía, hundiendo al hombre cada día más en la cotidianeidad, para lo que cada vez más debe apelarse al miedo, que termina destruyendo el sistema mismo, como resultado del aturdimiento de todos. No es casual que los sistemas autoritarios se resquebrajen cuando parecen más fuertes y sólidos y cuando mayor número de bravatas y mayor contenido de balandronadas tengan las expresiones de sus personeros.

El derecho penal que pretende fortalecer la ética social “en bloque” (lo que suele llamarse “etización” del derecho penal) se

<sup>52</sup> HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, p. 278.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 128.

cierra a cualquier análisis existencial, puesto que se aferra a lo cotidiano, perspectiva desde la cual lo existencial, lo ontológico del hombre resulta algo "violento", precisamente porque se aparta de lo cotidiano<sup>54</sup>. En lugar, un derecho penal antropológicamente fundado debe tener un alto grado de tolerancia para el apartamiento de lo cotidiano, como único medio para no perturbar en mucha medida la comprensión del hombre para sí mismo y para los demás.

Si la clara separación entre ética social y derecho penal se hacía necesaria para superar el Estado teocrático, hoy es infinitamente más necesaria ante la situación presente y la perspectiva futura. En la actualidad, el control social no apela a lo sobrehumano, sino que se realiza mediante las necesidades creadas por el propio sistema. Si el derecho penal considerase "anormal" o "unreasonable man" a todo el que no sienta estas necesidades generadas por una tecnología en correspondencia con una economía en expansión ilimitada, el Estado absolutista sería un juego de niños frente al Estado tecnocrático. Las pautas teocráticas remitían a valores que pretendían sobrehumanos, pero las actuales remiten a valores generados por la necesidad de expansión económica, que no se muestran como impuestos por nadie en particular sino que aparecen como "razonables" a la "conciencia pública". En este sentido, el fenómeno es mucho más peligroso, porque si el Estado absolutista "robaba" la autenticidad con violencia, el Estado de la economía en expansión ilimitada, al mostrar sus pautas como lo "razonable", la estafa, lo que responde mejor a su modo de explotación y que suele generar también su contrapartida delincencial, con predominio del delito de astucia, sin que por ello se evite la simbiosis entre las formas astuta y violenta de delincuencia, tanto en el sistema como en el contra-sistema.

Hemos de distinguir, pues, el aseguramiento de un mínimo ético<sup>55</sup> del fortalecimiento de la ética social en general. El primero puede corresponder a un derecho penal efectivo, en tanto que el segundo se aparta de la fundamentación antropológica con el mito de la "conciencia pública"<sup>56</sup>. Cuando se pretende esto último, los bienes jurídicos desaparecen, porque el único bien es la "conciencia pública"<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Idem, p. 312.

<sup>55</sup> V. WELZEL, parág. 1º.

<sup>56</sup> La "conciencia pública" es un doble mito: porque no existe como "conciencia" y porque en la actualidad, con la complejidad y pluralismo sociales, es imposible hablar de una "ética común".

<sup>57</sup> Tal era la tesis de GALLAS, WILHELM, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutverletzung*, en "Fest. f. Gleispach", Berlin u. Leipzig, 1936, pp. 50 y ss.

Una acentuación exagerada de las relaciones entre pautas sociales y derecho penal termina metodológicamente en una reducción sociológica del derecho penal. Ello se opera cuando la verificación se afirma que debe hacerse en los hechos mismos y no en la ley<sup>58</sup>, lo que nos vuelve a la época en que la sociología jurídica pretendía reemplazar a la ciencia jurídica, como también a su turno lo pretendieron la filosofía y la historia general del derecho<sup>59</sup>. La afirmación socialista de que el derecho siempre reviste carácter de clase<sup>60</sup> es sociológica, aunque dogmática, porque se formula a priori.

210. Debe tener una especial aspiración ética. Que el derecho penal fundado en lo antropológico no pueda confundirse con la ética social no significa que no tenga una cierta aspiración ética, sin la cual no sería derecho o sería demencial la actitud del grupo de poder que lo impone. Si el derecho penal no aspirase a que los integrantes del grupo se motiven en él y lo acepten como parte de su esquema psicológico de conducta, no sería derecho penal, sino un puro accionar mecánico ejercido por la fuerza sobre los que se comportan de manera diferente.

Por supuesto que si el derecho penal careciera de esa aspiración ética, no sería tal, porque no sería derecho, puesto que no estaría dirigido a hombres entendidos como entes con capacidad de autodeterminación, pero la circunstancia de que la tenga, por sí sola tampoco garantiza suficientemente su fundamentación antropológica. Esta aspiración ética en modo alguno podrá evitar el choque frecuente del derecho penal con la conciencia individual, pero también habrá de saber que pretender falsear esta realidad es absurdo, porque la misma depende de la misma estructura circular del hombre como ser en el mundo, que requiere la existencia inauténtica como posibilidad de la auténtica. Sin el derecho, sin ese choque inevitable, la segunda sería imposible, porque el caos (entendido como imperio crudo de la fuerza) no puede posibilitar la autenticidad de nadie, sino sólo dar ocasión a la misma. De allí que la fundamentación antropológica del derecho penal no dependa de que tenga una general aspiración ética —que es un requisito de

<sup>58</sup> Así lo entiende FARRELL, MARTIN D., *Positivismo lógico y realismo en filosofía del derecho*, en LL (138), 1970, pp. 1156 y ss.; del mismo, *El derecho y el lenguaje fiscalista*, en JA, 5-feb. 1971. Otra opinión, GRUN, ERNESTO, *Acrcra de verificación en la ciencia del derecho*, en LL (140), 1970, pp. 984 y ss.

<sup>59</sup> Sobre ello, RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México, 1965, pp. 12-14.

<sup>60</sup> Sobre ello, NENON, IVÁN, en "Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé", Paris, 1970, 4, pp. 747 y ss.



existencia del derecho—, sino de que tenga una *especial* aspiración ética, consistente en aspirar a que las pautas de abstención de ciertas conductas lesivas, a las que espera que los miembros del grupo ajustarán su conducta, configuren una posibilidad de previsión de la ajena conducta, mínimamente necesaria para la autorealización en coexistencia de sus integrantes.

Esta aspiración ética especial del derecho penal no puede realizarse por la mera amenaza de un mal por el mal mismo. El mal por el mal es un criterio irracional, que sólo puede explicarse dentro de planteos idealistas en que el mal se hace necesario para “redondear” ideas. Por otra parte, dentro de las teorías relativas, que afirman que la amenaza de pena es lo que logra el objetivo del derecho penal, desfigura todo el sentido que tiene el derecho penal y la política general del Estado. Desde los griegos, nuestra tradición cultural es la de un Estado formador<sup>61</sup>. La pena no puede menos que tener una función formadora del ciudadano, que no puede ser negada, so pena de romper con nuestra cultura, pero es absurdo pretender que la pena pueda actuar como una espada que pende sobre cada ciudadano, ni la decisión política que la precede y genera, fundarse en la creencia —por demás falsa— de que la pena o su amenaza es la motivación que evita que el hombre delinca. La prevención general del delito es algo a lo que provee todo el orden jurídico y no sólo el derecho penal, y más aún: el derecho penal entra a actuar cuando todas las demás medidas formativas del ciudadano no han logrado su objetivo. Un derecho penal antropológicamente fundado debe comprender que la pena es la máxima medida resocializadora de que dispone.

No por afirmar esto estamos pensando en un Estado “ético”, entendiéndolo por éste al Estado omnipotente que, sin más, puede hacer lo que quiera del hombre so pretexto de educarlo (o de resocializarlo). No se puede afirmar que la educación ciudadana sea un atentado a la libertad, sin perjuicio de que cierta educación lo sea, porque bien puede educarse para la libertad o para la esclavitud. La educación siempre es un ocuparse de otro, y puede alguien ocuparse de otro, como siempre, facilitándole la “cura” o quitándosela. Cuando se reconoce lo primero como contenido de la resocialización penal no puede ya afirmarse que la ejecución penal sea omnipotente.

De cualquier manera la pena tiene que mirar necesariamente

<sup>61</sup> Cfr. JÄGER, *Paideia*, cit.

hacia el futuro, es decir, a impedir nuevos ataques a los bienes jurídicos, pero siempre como medio para la co-existencia, lo que le impone que la resocialización que implica —esto es, la prevención especial— se ejerza dentro de ciertos límites que vienen dados por una proporcionalidad con algunas caracteres del delito, que eventualmente pueden ser corregidos por algunas circunstancias del sujeto<sup>62</sup>. Conforme al desarrollo que oportunamente hemos hecho, dentro de un derecho penal antropológicamente fundado, *la pena es la afectación de entes de interés jurídico prevista legalmente como consecuencia de una afectación típica de bienes jurídicos, injustificada y reprochable a su autor, que tiene por fundamento la necesidad de asegurar la co-existencia y por finalidad la evitación de nuevos ataques a la misma, obtenida por la resocialización del penado dentro de los límites fijados en la condenación, que no podrán exceder la medida en que, conforme al grado de mal y de reproche, la misma sea tolerada éticamente sin afectar el sentimiento de seguridad jurídica.*

211. Debe ser dinámico. El derecho penal con fundamento antropológico no puede pretender haber encontrado un mínimo de ética que haya sido fijado de una vez para siempre. El hombre es su pasado en el modo de ser que se gesta en su advenir. Todo el preguntar del hombre —el filosófico y el científico— se caracteriza por su historicidad<sup>63</sup>. La misma comprensión antropológica es histórica. La tradición, al transmitir una concepción antropológica, en lugar de hacerla accesible, la encubre, como sucede con todo lo que la tradición transmite<sup>64</sup>. De allí que siempre se la quiera mostrar como “lo natural” del hombre, su “naturaleza”.

El derecho penal autoritario tiende a ser “aquietador”, porque “aquietadora” es la característica del “se” que trata de imponer<sup>65</sup>, en tanto que el derecho penal antropológicamente fundado tiene que ser dinamizante y dinámico.

Debe ser *dinamizante* porque debe corresponderse a una actitud develadora del pensamiento. Un pensamiento es develador cuando posibilita el cambio de la significatividad, permitiendo al hombre proyectarse de esta forma al mundo con su comprensión del mismo.

<sup>62</sup> V. el desarrollo de esta explicación en el capítulo 1.

<sup>63</sup> Cfr. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, parág. 6.

<sup>64</sup> Idem, p. 21.

<sup>65</sup> Idem, pp. 177-8. Compárese esta *Beruhigung* (aquietamiento) con la “igualación” nacional-socialista.

Pensamiento antropológicamente encubridor es el que pretende impedir el cambio de la significatividad, el que quiere imponerse al hombre, quitándole su "cura", impidiéndole proyectarse sobre el mundo, realizar su autenticidad (libertad), sumergiéndole en el "se" impersonal. Este es el pensamiento que quiere dejar al mundo tal cual. A este respecto, es menester precisar que no cualquier cambio de significatividad es develador, sino que lo develador es la posibilidad misma de ese cambio.

El derecho penal, además de dinamizante —entendido como posibilitador del pensamiento descubridor— debe ser él mismo dinámico, porque el mínimo ético no puede establecerse de una vez para siempre. El derecho penal antropológicamente fundado es eminentemente dinámico, dado que lo necesario para la realización humana es un contenido siempre variable, como necesario resultado de la historicidad y espacialidad del hombre. En consecuencia, la fundamentación antropológica del derecho penal será siempre un difícil punto de equilibrio dinámico, cuya condición de eficacia se dará en mayor medida cuanto mejor permita y facilite la variabilidad de su contenido, lo que no siempre será factible, pues corre el riesgo de que un grupo de poder logre frenar su dinamismo. El derecho penal antropológicamente fundado será siempre un orden dinámico permanentemente amenazado en su dinamismo.

Esta característica dinámica y dinamizante impide señalar un límite exacto hasta el cual el mínimo ético social aspirado por el legislador pueda extenderse. No deja de ser también una cuestión que pertenece a un terreno que no es puramente racional, porque en cierta medida depende también de un "encontrarse", como sucede con cualquier procurar por otro que sea liberador.

De cualquier manera, sería del todo inexacto afirmar que se carece totalmente de guía racional, porque, como lo destaca Maihofer<sup>66</sup>, la "regla de oro" ("No hagas a los otros lo que no quieras que los otros te hagan a ti") y el "imperativo categórico" ("Condúctete con una máxima que, al mismo tiempo, puedas querer que sea la ley general"), nos proporcionan una señal cierta en este sentido, aunque el fundamento antropológico siempre va a ser dinámico y jamás podrá establecer criterios incuestionables. Esta será también su virtud, porque quienes pretenden tener criterios que están fuera de toda duda, lo que logran es alejarse del hombre y terminan finalmente destruyendo al derecho.

<sup>66</sup> MAIHOFFER, WERNER, *Anthropologie der Koexistenz*, en "Mensch und Recht", "Fest. f. Erik Wolf", Frankfurt, 1972, pp. 163 y ss.

212. Debe rechazar como falsa la antinomia "individuo-sociedad". Todo planteo que parte de la antinomia "individuo-sociedad" es falso, porque el interés del grupo no puede ser otro que el interés de los hombres del grupo. Sin sociedad no hay existencia humana, porque la existencia es co-existencia. "No hay existencia sin co-existencia y cuando decido de mí, también decido de la dignidad de los otros hombres"<sup>67</sup>.

Es falsa la imagen que pretende mostrar el pensamiento existencial como un individualismo incapaz de captar lo social, porque este pensamiento presupone lo social. Para Heidegger la imagen de un hombre sin mundo es absurda, no tiene sentido pretender "probar" el mundo<sup>68</sup>, porque el hombre no puede menos de ser "en cada caso ya en un mundo, para poder orientarse"<sup>69</sup>. Jaspers afirma que el hombre llevaría su condición social consigo "aún en el caso en que se pudiera encerrar solitario en una isla"<sup>70</sup>. Abbagnano identifica el aislamiento con la locura: "Aislarse significa volver las espaldas a la propia sustancia de hombre y rehusarse a sí mismo la propia realización. El aislamiento completo es la *locura*, por la que el hombre se pierde definitivamente en el desorden de la incompreensión total"<sup>71</sup>.

Dentro de un adecuado planteamiento existencial, sin un "tú" no hay "yo" (lo que implica que sin co-existencia no hay existencia): reconozco mi "yo" cuando me distingo del "tú". Sólo cuando aprendo a reconocerte es cuando me reconozco. Sé que las cosas "son para" tí o para mí, sé que son para "nosotros". Cuando me pierdo y no te reconozco como "tú", sino como una cosa que "eres para", ya no hay un nosotros, porque no estando "tú" quedo solo. Cuando quedo solo pierdo el "yo", porque quedo entre todas las cosas que (incluso "tú") son "para mí", pero en ese caso también soy "para mí", es decir, soy una cosa más entre las cosas. Todo se ha quedado sin significación porque todo tiene la misma significación (todo es "para mí", también "yo" que, en ese caso, deja de ser tal). No obstante, puede ocurrírseme que todas las cosas son para otras cosas, y tú también estarás confundido entre las cosas, y yo también, pues en tanto no me percate que "tú" no eres para ninguna cosa, en tanto no reconozca que tienes mi estructura y no eres "yo", no podré reconocer mi "yo". Sólo cuando te distingo

<sup>67</sup> ABBAGNANO, *Introducción*, p. 57.

<sup>68</sup> HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 209.

<sup>69</sup> *Idem*, 109.

<sup>70</sup> JASPERS, *Filosofía*, cit., II, 264.

<sup>71</sup> ABBAGNANO, op. cit., p. 58.

entre las cosas emerjo también de entre ellas. Esta es la verdadera esencia del fenómeno social, que se pierde en cuanto se pretende que el otro no es un ente con estructura diferente de los entes que "son para" (es decir, de las cosas). En ese instante se pierde de vista lo social y también la propia existencia. Ambos conceptos son inseparables y la comprensión de uno implica, sin más, la del otro.

Si la existencia sólo puede comprenderse como co-existencia, nunca puede haber una antinomia "individuo-sociedad". Lo que habrá no será más que una apariencia de antinomia, que puede ser el choque de lo mínimamente exigido y la conciencia individual. Este choque es la condena de Antígona, pero nunca será un enfrentamiento "hombre-sociedad", porque siempre será un enfrentamiento dentro de la sociedad y no entre la sociedad y un ente ajeno a la misma. Lo único que puede haber es siempre conflictos entre hombres en el seno de la sociedad, o mejor, formando parte misma de la interacción humana que es la sociedad.

El pretendido enfrentamiento del hombre con la sociedad distorsiona totalmente la comprensión del problema, habiéndolo usado tanto la concepción del Estado "gendarme" como la de cualquier autoritarismo penal. La primera suele proclamarse defensora del "individuo" y la segunda de la "sociedad". Como una defiende a un hombre sin sociedad (lo que no existe) y la segunda a una sociedad sin hombres (o como algo distinto del grupo humano interaccionante, lo que es un mito), el que en cualquiera de ambos queda indefenso es el *hombre* como ente que tiene una existencia que sólo puede ser co-existencia.

#### V. — EFECTOS DE LA AUSENCIA DE FUNDAMENTACIÓN ANTROPOLÓGICA

213. **Efectos de la ausencia de fundamentación antropológica.** El derecho penal antropológicamente fundado es un punto de equilibrio, pero el dinamismo que le impone la historicidad determina que los puntos se vayan sucediendo hasta trazar una línea en el tiempo. La legislación penal ora se acercó a esta línea y ora se alejó de ella. Los esfuerzos científicos no se han perdido, porque en toda época hubo una corriente intelectual que impulsaba en el indicado sentido antropológico, pese a la adversidad de sus circunstancias. A medida que se opera el alejamiento de esta línea, el pensamiento penal se vuelve encubridor del hombre, se pierde porque va a dar

en las cosas y no en el hombre, caso en que el derecho penal deja de ser útil para el hombre. Este derecho penal termina en el temor, que es un “presentar impropio”, “modificado por el olvido”, que, en definitiva, como “aturdimiento”, “hace perder la cabeza”<sup>72</sup>. Cuando ello sucede el derecho penal comienza a manejarse con un regreso al pensamiento primitivo —mágico— en que se confunde la “señal” con lo “señalado”<sup>73</sup>. Por esta vía es que se pretenden resolver problemas sociales sobre casos particulares, prohibir lo que no se puede alcanzar, aumentar desmesuradamente las penas para compensar la impunidad, etc.

Este derecho penal no logra garantizar los bienes que son necesarios para proyectar la propia realización al mundo, o, al menos, no logra que una mayoría más o menos amplia goce de esta garantía. Así las cosas, tendrá vigencia, pero no efectividad, porque se frustra. Su falta de efectividad le deviene justamente de ser un elemento frustrado y frustrante, que por no alcanzar su cometido quiere ser destruido cada día por más personas y que termina de algún modo destruido y aniquilado.

El derecho penal puede volverse frustrante porque no garantiza efectivamente los bienes jurídicos, lo que sucede en el Estado “gendarme”. Un derecho penal que no se presenta como útil, que no es “a la mano”, queda ante los ojos, pero no sirve, no se le puede asignar significación: es un modo deficiente de ser en el mundo, se vuelve “un trasto al que se quiere tirar lejos”<sup>74</sup>, como sucede con cualquier cosa a la que no se le puede asignar un “para qué”. El hombre se vuelve contra un orden declamatorio que pretende darle un derecho que no logrará desalejar, que siempre está lejano y remoto, que no encuentra en “su sitio”, lo que hace que descubra, que se le haga accesible, el “paraje” del sitio, es decir, el lugar en que debía hallarlo y donde no está<sup>75</sup>. En otras palabras: cada bien jurídico debe estar al alcance de la mano del hombre cuando necesita de él para proyectarse en el mundo. Cada bien jurídico tiene un sitio en el espacio, pero el espacio no lo puede crear el legislador, porque pertenece al mundo. El hombre necesitará disponer de los entes en un lugar del espacio, en un sitio que está en un paraje, y, al echar mano y no hallar el ente a su disposición, se percatará de

<sup>72</sup> V. GAOS, JOSÉ, op. cit., p. 85.

<sup>73</sup> Sobre este mecanismo mental primitivo, HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, pp. 81-2.

<sup>74</sup> Idem, 73-4.

<sup>75</sup> Idem, 103.

que en el paraje no hay nada. En cualquier caso, este derecho penal, carente de fundamentación antropológica, frustrará al hombre. .

No obstante, el derecho no puede cambiar la estructura del ente que llamamos hombre, y ello generará un conflicto social que determinará que ese derecho penal sin efectividad conserve su vigencia sólo en la medida en que conserve la fuerza para imponerla. Pero cada día le será necesario hacer más uso de su potencia represiva y, si nada interrumpe el proceso de "represivización", indefectiblemente terminará por dejar de ser derecho penal, quedando en un mero uso de la fuerza.

En última instancia, la efectividad será siempre la más importante cuestión acerca de la que deba interrogarse constantemente la política penal, porque la política penal represiva invariablemente es una política penal suicida.





# INDICE

## TÍTULO SEGUNDO

### FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICO-POLÍTICA DEL HORIZONTE DE PROYECCIÓN DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

#### CAPÍTULO VIII

##### EL PENSAMIENTO ANTIGUO Y MEDIEVAL

###### I - EL CRITERIO EXPOSITIVO

105. El criterio expositivo ..... 9

###### II - LAS HEBRAS LEJANAS

106. El pensamiento oriental ..... 14  
107. ¿Carecía de fundamentación antropológica el pensa-  
miento prehispánico? ..... 19

###### III - EL PENSAMIENTO GRIEGO

108. Los presocráticos ..... 20  
109. Sócrates ..... 31  
110. Platón ..... 33  
111. Aristóteles ..... 37

###### IV - EL PENSAMIENTO POST-ARISTOTÉLICO

112. El estoicismo ..... 41  
113. Otras corrientes ..... 44

###### V - EL DERECHO PENAL Y EL PENSAMIENTO MEDIEVAL

114. Caracterización ..... 46  
115. El pensamiento antropológico medieval ..... 47

116. San Agustín .....	48
117. La escolástica: Santo Tomás .....	53
118. Duns Escoto y las perspectivas que se desprenden del debate escolástico .....	58
119. La mística .....	65

## CAPÍTULO IX

## EL RACIONALISMO PENAL

## I - SU GESTACIÓN

120. Su gestación .....	69
-------------------------	----

## II - EL PENSAMIENTO ILUMINISTA

121. El iluminismo penal .....	74
--------------------------------	----

III - LOS PENALISTAS ILUSTRADOS Y SUS  
HEREDEROS RACIONALISTAS

122. Dificultades de caracterización .....	86
123. Beccaria .....	87
124. Marat .....	93
125. Filangieri .....	98
126. El penalismo ilustrado en lengua alemana .....	101
127. Lardizábal .....	103
128. Servan .....	106
129. Mello Freire .....	111
130. Livingston .....	114
131. Romagnosi .....	117
132. Rossi .....	122
133. Carmignani .....	128
134. Carrara .....	133
135. Otros autores .....	139

## IV - EL CRITICISMO PENAL

136. Kant y el sistema talional .....	143
137. Feuerbach y su aproximación antropológica (el liberalismo penal) .....	150
138. Valoración del contenido antropológico de las concepciones de Kant y Feuerbach .....	158

CAPÍTULO X

EL ROMANTICISMO PENAL

I - CARACTERIZACIÓN GENERAL

139.	Caracterización general .....	163
------	-------------------------------	-----

II - AL INFINITO POR LA DIALECTICA IDEALISTA:  
HEGEL

140.	Hegel .....	165
141.	Los penalistas hegelianos alemanes .....	171
142.	El hegelianismo penal italiano: Pessina .....	175
143.	El neo-idealismo penal italiano .....	178
144.	El neo-hegelianismo alemán .....	183

III - AL INFINITO POR LA CIENCIA: EL POSITIVISMO

145.	Caracterización general .....	187
146.	El concepto positivista del hombre y sus consecuencias penales (aproximación al mismo) .....	189
147.	Panorama del positivismo penal .....	192
148.	El positivismo utilitario: Bentham .....	193
149.	El positivismo penal evolucionista materialista: Lombroso .....	199
150.	El positivismo penal sociológico: Ferri .....	208
151.	El platonismo rudimentario de Garofalo .....	214
152.	La llamada "lucha de escuelas": la antropología biológica contra la antropología filosófica .....	222
153.	El positivismo penal evolucionista-espiritualista de von Liszt .....	236
154.	El positivismo correccionalista: Dorado Montero .....	246
155.	El positivismo jurídico-penal .....	252
156.	El positivismo jurídico de Binding .....	261

IV - AL INFINITO POR LA INTUICION: EL  
"ROMANTICISMO" STRICTO SENSU

157.	El correccionalismo .....	267
158.	La "Escuela penal humanista" .....	275
159.	El derecho penal y Nietzsche .....	277
160.	Caminos irracionales menores .....	282

V - AL INFINITO POR EL MATERIALISMO DIALECTICO:  
MARX

161. Marx .....	285
-----------------	-----

CAPÍTULO XI

EL DERECHO PENAL Y ALGUNAS CORRIENTES  
DEL PENSAMIENTO CONTEMPORANEO

I - CARACTERIZACIÓN GENERAL

162. Caracterización general .....	289
------------------------------------	-----

II - EL NEO-ESCOLASTICISMO

163. Planteamiento general .....	291
164. El pensamiento neo-tomista .....	296

III - LA TEORÍA DE LAS ESTRUCTURAS  
LÓGICO-OBJETIVAS

165. Exposición .....	298
166. Posibilidades y límites de la teoría .....	302

IV - EL NEO-CRITICISMO PENAL

167. Planteamiento general .....	306
168. El neo-criticismo en sus principales manifestaciones penales .....	308

V - EL NEO-POSITIVISMO

169. El neo-positivismo .....	313
-------------------------------	-----

VI - EL NEO-DEFENSISMO SOCIAL

170. Caracterización .....	318
171. El neo-defensismo de Marc Ancel .....	319
172. La crítica disyuntiva de Bettiol .....	324
173. El neo-defensismo social de Gramatica .....	326

VII - LA TEORÍA CRÍTICA DE LA SOCIEDAD

174. Caracterización .....	327
175. Proyecciones penales .....	331

## VIII - LAS CORRIENTES EXISTENCIALES

176. Existencialismo y la antropología existencial de Heidegger	338
177. El punto de vista antropológico de Maihofer .....	344
178. Otros pensamientos existencialistas .....	348

## IX - LA ÉTICA MATERIAL

179. La ética material .....	351
------------------------------	-----

X - OTRAS CORRIENTES DEL PENSAMIENTO  
CONTEMPORÁNEO

180. El impacto tecnológico .....	355
181. El neo-marxismo .....	356
182. La nueva teología .....	358

## CAPÍTULO XII

EL DERECHO PENAL Y ALGUNAS LÍNEAS  
DEL PENSAMIENTO POLÍTICOI - JUSTIFICACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA COMO  
CONSIDERACIÓN SEPARADA

183. Justificación .....	363
--------------------------	-----

## II - LA POLÍTICA PENAL LIBERAL

184. La dualidad contradictoria de la expresión .....	364
185. El derecho penal liberal como sinónimo de "derecho penal del Estado de derecho" .....	366
186. El derecho penal liberal como sinónimo de "derecho penal del Estado gendarme" .....	370

III - LAS POLÍTICAS PENALES DE LOS AUTORITARISMOS  
DE PRE-GUERRA

187. La política penal fascista .....	374
188. La política penal nacional-socialista .....	380
189. La política penal soviética de pre-guerra .....	386
190. La actitud existencial general del derecho penal autoritario .....	391
191. Excursus: La política penal de la seguridad nacional ..	394

## IV - LA POLÍTICA PENAL SOVIÉTICA

192. La política penal soviética ..... 397  
 193. Excursus: La política penal de otros países socialistas .. 403

## V - LA POLÍTICA PENAL UTÓPICA

194. El anarquismo penal ..... 407  
 195. El pensamiento penal del socialismo utópico ..... 407

## VI - LA POLÍTICA PENAL CATÓLICA

196. La política penal católica ..... 413

## CAPÍTULO XIII

LAS SENDAS ABIERTAS HACIA UNA FUNDAMEN-  
 TACIÓN ANTROPOLÓGICA DE LA CIENCIA  
 DEL DERECHO PENAL

I - LA NECESIDAD DE LA FUNDAMENTACIÓN  
ANTROPOLÓGICA

197. La inevitabilidad de las preguntas fundamentales ..... 421

II. - ¿LA NECESIDAD DE UNA FUNDAMENTACIÓN  
ANTROPOLÓGICA NOS LLEVA AL  
JUSNATURALISMO?

198. El derecho penal "antropológicamente fundado" no es el  
 único derecho penal ..... 426  
 199. ¿Cuándo hay derecho penal y cuándo mero ejercicio del  
 poder? ..... 427

III - EL DERECHO PENAL ANTROPOLÓGICAMENTE  
FUNDADO: LAS CONDICIONES DE EFECTIVIDAD  
DEL DERECHO PENAL

200. Las condiciones de efectividad del derecho penal ..... 429

IV - LOS CARACTERES DEL DERECHO PENAL  
ANTROPOLÓGICAMENTE FUNDADO

201. No puede basarse en un ser derivado del valer ..... 431  
 202. No podrá tener por base un racionalismo ni un volunta-  
 rismo puros ..... 433

203. Debe tener base realista .....	434
204. No puede fundarse en el conocimiento adquirido por la fe (aunque no tiene porqué ser contrario a él) .....	435
205. No puede marginar la filosofía .....	437
206. Debe posibilitar externamente la libertad mediante la seguridad jurídica .....	438
207. Debe distinguirse nítidamente de la moral .....	444
208. Debe evidenciar una actitud positiva y liberadora de la convivencia .....	446
209. Debe distinguirse de la ética social .....	447
210. Debe tener una especial aspiración ética .....	450
211. Debe ser dinámico .....	452
212. Debe rechazar por falsa la antinomia "individuo-sociedad" .....	454

V - EFECTOS DE LA AUSENCIA DE FUNDAMENTACIÓN  
ANTROPOLÓGICA

213. Efectos de la ausencia de fundamentación antropológica .....	455
---	-----





Se terminó de imprimir en  
los Talleres Gráficos CYAN,  
Potosí 4471, Buenos Aires, TEL. 982-4426  
en el mes de agosto de 1996