

**EUGENIO RAUL ZAFFARONI**  
**ALEJANDRO ALAGIA ALEJANDRO SLOKAR**

# **Derecho Penal**

## **Parte General**



**Buenos Aires - Argentina**

der Vekené, E., *Bibliographie der Inquisition*, Hildesheim, 1963; Vasconcelos, José, *Estados indostánicos*, Madrid, 1923; Veríssimo Serrão, Joaquim, *História das Universidades*, Porto, 1977; Verri, Pietro, *Observaciones sobre la tortura* (trad. de Manuel de Rivacoba), Buenos Aires, 1977; von Spee, Friedrich, *Cautio Criminalis seu de processibus contra sagas liber. Ad magistrum Germaniae hoc tempore necessarius, tut autem consiliarius et confessarius Principum, Inquisitorum, Iudicibus, Advocatis, Confessariis reorum, concionatoribus, caeteris lectu utilissimus, Auctore incerto Theologo Romano. Editio Secunda*, Francofurti, 1632 (*Cautio Criminalis oder rechtliche Bedenken wegen der Hexenprozesse, deutsche Ausgabe von Joachim-Friedrich Ritter*, Weimar, 1939); Wassermann, Jakob, *El misterioso Caspar Hauser*, Buenos Aires, 1947; Weber, Max, *Ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Barcelona, 1977; Wolf, Erik, *Grosse Rechtsdenker*, Tübingen, 1951; Zaffaroni, E. R., *Carrara y Röder*, en *Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, "Francesco Carrara nel primo centenario della morte", Milán, 1991, p. 411 y ss.; Zahn, Max, *Hommel als Strafrechtsphilosoph und Strafrechtslehrer*, 1911; Zorzi, Renzo, *Cesare Beccaria, il dramma della giustizia*, Milán, 1996.

## § 19. Derecho penal y filosofía

### I. De la *disputatio* a la *inquisitio*

1. La humanidad persiguió el conocimiento a través de saberes obtenidos mediante la lucha con las cosas o con la naturaleza (para arrancarles sus secretos) o por medio de la investigación o interrogación a éstas (para obtener sus respuestas). *Lucha e investigación* son dos paradigmas alternativos en la búsqueda de la verdad, entre los cuales se osciló pendularmente hasta que se acentuó el segundo. Se ha afirmado que esta preferencia apareció primariamente en el campo del proceso penal, o sea en la búsqueda de la verdad procesal o jurídica, y que desde allí se expandió y generalizó como método para todo el resto del conocimiento<sup>1</sup>. Si lo procesal fue previo o simultáneo con el cambio de paradigma, es una cuestión importante a otros efectos, pero no específicamente al que aquí ocupa, donde basta con señalar que, efectivamente, el paso de la alquimia a la química, de la astrología a la astronomía, de la fisionomía a la antropología física, etc., fue análogo a la transición que sufrió el establecimiento de la verdad procesal pasando de la lucha o *disputatio* entre las partes, a la *inquisitio* o investigación por el soberano.

2. El conocimiento de la verdad procesal se obtenía mediante lucha, combate o *disputatio* entre partes (o su equivalencia simbólica) y el triunfo probaba que Dios estaba de su lado (ordalía o prueba de Dios) y, por lo tanto, su afirmación era verdadera. Toda la ciencia o saber procedía del mismo modo: luchaba contra la naturaleza para obtener la verdad. En filosofía se obtenía luchando argumentalmente contra un contrincante en una competencia regulada meticulosamente (*disputatio, quaestiones*). Cuando este paradigma metodológico de lucha fue desplazado por la interrogación, superando las anteriores pendulaciones, puso en marcha en Europa un proceso de acopio de poder *inquisitorial*, que es propio del ejercicio del poder que abarcó a todo el planeta en el proceso en que se pueden señalar las etapas de la revolución mercantil (siglo XV), la revolución industrial (siglo XVIII) y la revolución tecnocientífica (siglo XX).

3. La *inquisitio* en el ámbito procesal (y como método de conocimiento) se instaló primero con la burocratización de la Iglesia, cuando ésta se jerarquizó como consecuencia de su romanización; en los siglos posteriores fue acentuando la autoridad de la burocracia respecto del resto de los creyentes, hasta culminar en un apoderamiento total del saber –y del poder– por parte de la misma, que ejercía controlando cualquier heterodoxia (herejía) mediante el Santo Oficio<sup>2</sup>. De esta forma inauguró un método de conocimiento y de poder propio de una sociedad corporativa y jerarquizada que, des-

<sup>1</sup> En general, Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*.

<sup>2</sup> Se oficializa en 1215, con motivo de la persecución de los "cátaros" (Cfr. Cardini, p. XVIII).

1963; Vasconcelos, José, *Estudios de Historia das Universidades*. Porto, 1983; (de Rivacoba), Buenos Aires, 1977; *Contra sagas liber. Ad magistratus Professarii Principum, Inquisitoribus. Caeterig lectu utilissimus, Auctore Joachim-Friedrich Ritter*, Weimar, 1947; Weber, Max, *La* 197; Wolf, Erik, *Grosse Rechtsdenker*, Giurisprudenza dell' Università di Milán, 1991, p. 411 y ss.; Zahn, K. v., 191; Zorzi, Renzo, *Cesare Beccaria. Il*

## filosofía

### inquisitio

de saberes obtenidos mediante (los sus secretos) o por medio de (sus respuestas). *Lucha e interrogación* de la verdad, entre los cuales mundo. Se ha afirmado que esta proceso penal, o sea en la búsqueda y generalizó como método fue previo o simultáneo con este efectos, pero no específicamente ivamente, el paso de la alquimia ionomía a la antropología física, cimiento de la verdad procesal. *inquisitio* o investigación por el

mediante lucha, combate o duelo robaba que Dios estaba de su lado ón era verdadera. Toda la ciencia naturaleza para obtener la verdad. e contra un contrincante en una *quaestiones*). Cuando este para- interrogación, superando las an- un proceso de acopio de *poder* que abarcó a todo el planeta en un evolución mercantil (siglo XV), la tecnocientífica (siglo XX).

método de conocimiento) se instaló ésta se jerarquizó como consecuen- fue acentuando la autoridad de la culminar en un apoderamiento total que ejercía controlando cualquier e esta forma inauguró un método de corporativa y jerarquizada que, desde

entonces y hasta el presente, habrá de ser asumido por todos los que ejercen o pretenden ejercer el poder dentro de cualquier sociedad con esas características. Las revoluciones que proyectaron este saber inquisitorial y la civilización que generó partieron de Europa y se extendieron en forma de poder planetario<sup>3</sup>, válido de un saber en el cual *el valor de verdad tendió a ser instrumental* (lo útil es lo verdadero). Se confundió e identificó progresivamente lo empírico con lo pragmático, dando lugar a una superposición entre *ciencia y técnica*, toda vez que se trata de un saber que pretende conocer para poder: el conocimiento interesa sólo en la medida en que es inmediatamente aplicable. La aceleración de esta tendencia hace que hoy sea muy problemática y siempre cuestionable la distinción entre ciencia y técnica, entre verdad y poder. La preferencia casi exclusiva del saber instrumental fue pareja con una desvalorización y casi desprecio por toda forma de saber diferente, lo que se retroalimentó con los propios avances tecnocientíficos, considerados confirmatorios del camino escogido por el saber o, más exactamente, por el poder. El avance y la imposición del propio poder, pese a sus capítulos depredatorios y genocidas, fueron considerados como prueba de verdad. Era natural que finalmente se pretendiese que existía un único método para todo el saber humano —el *empírico*— y, como corolario, que se afirmase que lo general y lo abstracto son sólo caracteres de los objetos particulares observables por los sentidos, considerados como lo único *real* (nominalismo).

4. El establecimiento de la verdad procesal por este método (*inquisitio*) fue un fenómeno pendular, cuya oscilación cesó en el siglo XIII europeo, instalándose para no retroceder en su confiscación de la víctima y en la consiguiente degradación de ésta —y del victimario— a puros protagonistas de una *señal* que habilita la intervención del poder. No obstante, una vez instalada y consolidada, la *inquisitio* siguió sufriendo alternativas menores, que se referían a la extensión del poder interviniente pero no discutían ni cuestionaban su esencia confiscatoria. El principio de legalidad penal y el acusatorio procesal constituyeron una limitación liberal a la *inquisitio*, pero de ninguna manera la reemplazaron. Con la extensión de la interrogación o *inquisitio* al resto del saber humano, puede observarse un fenómeno parecido. La exclusión o descalificación de todo conocimiento producido por un saber que no responde al modelo tecnocientífico, también fue un proceso pendular, con marchas y contramarchas, sin que en definitiva haya logrado la total exclusión de las otras vías de acceso al conocimiento y, además, con la particularidad de que lo empírico es crecientemente reemplazado por lo instrumental y seleccionado por el poder.

5. La tendencia a un nominalismo extremo se podría rastrear en todas las civilizaciones (incluso hasta en la India<sup>4</sup>), pero en ésta tuvo la característica de vencer, dominar y teñir a toda la civilización de nominalismo, aunque no cancelase completamente una contraria. La interrogación o *inquisitio* no logró desplazar totalmente a la filosofía y, en especial, a la ontología (metafísica). Para colmo, en la mayoría de los casos, tratándose de conocimientos que implican más cercanamente al ser humano, no pasó de ser un conjunto de proposiciones metafísicas encubiertas.

6. La *inquisitio* se impuso en el saber cabalgando sobre el poder de la tecnología pero no pudo hacer desaparecer a la *disputatio*. Esa resistencia de la *disputatio* puede ser interpretada y, de hecho lo ha sido, de modo completamente dispar. Para algunos, esta resistencia de la *disputatio* en la filosofía es interpretada como una *regressio* (desandar o retroceder la *gressio* o marcha), o sea, como una resistencia u obstáculo a la *progressio* de la *inquisitio*, claro está), lo que presupone una identificación de la *inquisitio* con el interés de la especie humana y de la vida planetaria que, por supuesto, no se ha demostrado en modo alguno. No faltan quienes postulan la abierta vuelta a la *disputatio*

<sup>3</sup> Ver más, Hobsbawm, *La era de la revolución, 1789-1848*.

<sup>4</sup> Sobre el materialismo o positivismo indio, Vasconcelos, *Estudios indostánicos*, p. 61.

y diferentes grados de paralización de la *inquisitio*, lo que puede desembocar en utopías totalitarias y en integrismos apocalípticos. Esta opción interpretativa entre la *disputatio* y la *inquisitio* opera porque se parte de la creencia de que son las únicas formas en las que puede asumirse un saber para obtener el conocimiento, pero lo cierto es que en casi todas las civilizaciones existe una tercera, si bien no predominante y harta oscurecida en la civilización tecnocientífica, que es el *dialogus*.

## II. La inevitable filosofía: la resistencia de la *disputatio*

1. El poder planetario avanzó depredando y valiéndose de un saber que despreciaba a la filosofía. Este desprecio es de su esencia, salvo que por filosofía se entiendan las síntesis de los saberes técnicos, lo que constituye un concepto diferente o no convencional de la palabra. Pasando por sobre materia largamente debatida, lo cierto es que lo despreciado por el saber funcional es la pregunta *ontológica*, la *pregunta por el ser* no por el ser de algún ente en particular, sino por el de todos y cada uno de los entes (*¿Por qué ser? ¿Por qué no mejor nada?*). Esta pregunta innegablemente filosófica —que algunos llaman *metafísica* y otros *ontológica*— es la que pretendió negar el saber tecnocientífico. A medida que aumentaba su poder destructivo hasta poner en peligro la vida planetaria, el saber desprestigiaba y despreciaba con mayor asiduidad el interrogante acerca del ser. Se lo estigmatizó como problema inútil o falso (de contemplativos religiosos, místicos, improductivos, inmaduros, caducos, manipuladores) y, como corolario del nominalismo radical, se lo consideró un error de lenguaje.<sup>3</sup>

2. El campo se dividió entre entusiastas de la civilización tecnocientífica y desesperados o desesperanzados pesimistas apocalípticos; más cercanamente, se ha hablado de *integrados* y *apocalípticos*. Unos consideraron al progreso tecnocientífico como manifestación del avance infinito de la humanidad; otros, como en camino hacia un catastrófico. Mientras Hegel interpretaba el avance del poder planetario como la elevación del *espíritu* de la humanidad, Marx por parecido sendero lo consideró como el progreso hacia el comunismo y el comienzo de la historia; y Spencer como la evolución biológica de la humanidad considerada como organismo. Por el lado de los apocalípticos, Nietzsche afirmaba que *el desierto está creciendo* y Spengler interpretaba esta frase aplicándola a campos concretos. Pero la pregunta ontológica, despreciada, devaluada, estigmatizada, siempre retornó. La explicación de esta persistencia inevitable, a nivel teórico, la había proporcionado Aristóteles cuando observó que toda pretensión de negar la pregunta ontológica no es más que una respuesta a la misma, aunque sea errada o simplista: *Para decidir no filosofar, siempre es necesario filosofar; así, pues, siempre es necesario filosofar*.

## III. La ontología y el poder punitivo

1. El poder punitivo represivo —poder de criminalizar— y su consiguiente exclusión —y negación— de la víctima pasó al resto del saber humano, siendo considerado un progreso indiscutible por toda la historiografía tradicional. En lo jurídico-penal se hace poco nadie dudaba del progreso implicado en la supresión de las *habeas corpus* y su reemplazo por la *inquisitio*, pese a los horrores de ésta. La supresión de la víctima —llamada *legalidad* o *publicidad* de la acción penal— es considerada un paso hacia la racionalidad y la igualdad, pese a las torturas, los castigos, las penas de castración y muerte agravada, empalamientos y atrocidades perpetradas en una extraña idea de *racionalidad*, que en el fondo no es más que el mantenimiento de la arbitrariedad verticalizante. Cabe preguntarse si esto no guarda cierta similitud con la exclusión de la ontología del resto del saber. Hubo unos pocos a lo largo

<sup>3</sup> Su reducción a "pseudoproblema" en Reichenbach, p. 259.

devaluación de la pregunta ontológica les causó esa impresión y se atrevieron a decirlo (aunque algunos hayan interrumpido su reflexión y otros se hayan perdido por senderos peligrosos que desprestigiaron sus propias advertencias). Por este camino, Nietzsche advertía que *el desierto está creciendo*; Husserl se preguntaba si la europeización planetaria anunciaba la llegada de un sentido absoluto o si era un *no sentido histórico*; y Heidegger afirmaba que *la ciencia no piensa*.

2. Aunque una minoría pensó que la técnica no era un mero instrumento en las manos del ser humano, la mayoría pensó de otro modo y así se llegó a la actual revolución tecnocientífica que, valga la paradoja, potencia los indicadores de que *la técnica no es controlable por el ser humano*. La técnica deviene un problema de supervivencia y crece la conciencia planetaria a este respecto. La pregunta ontológica vuelve, aunque no ya en el nivel teórico en que la había colocado Aristóteles, sino como cuestión que surge de la observación de la realidad (*óptica*). La revancha de la ontología *no está muy claro si proviene de la pregunta por el ser o del ser mismo*, si es *revancha ontológica u óptica*. El ser (y la pregunta por éste) no pasan su cuenta en forma de pregunta ontológica al estilo tradicional, sino poniendo de manifiesto a nivel óptico (de hechos) que *algo falla en la técnica y el saber tecnocientífico, algo que los hace incontrolables por el ser humano*. En efecto: el ser humano se lanzó por el camino de la técnica, quiso saber para poder; al igual que en la *inquisitio* penal confiscante, quiere realizar un acto de saber para poder y, en definitiva, pareciera realizar sólo un puro acto de poder que lo atrapa y le impide pensar. *En lugar de adquirir poder, queda a merced de un poder que no puede controlar*. La propia ciencia cuyo método se quiso poner como paradigma de todo el saber, la física, dejó de lado hace mucho tiempo el mecanicismo que fundaba el romanticismo materialista de Spencer (o Haeckel) y hoy se adentra en planteos que terminan en las puertas de la pregunta ontológica, no faltando entre sus cultores los que se exceden y caen poco menos que en una curiosa *mística*.

3. El modelo de *confiscación de la víctima* en el proceso penal, que convirtió a un mecanismo defectuoso de solución de conflictos en un acto de poder verticalizante que *no puede resolverlos*, se extendió a todo el saber e hizo de los actos de conocimiento científico *actos de poder sobre las cosas*: fue la consigna lanzada por Francis Bacon en plena revolución mercantil (*se puede lo que se sabe*), que se sigue hasta hoy. La confiscación del conflicto degradó al ser humano *de parte a objeto dominado*; el conocimiento *para poder* redujo al ser humano —y a todo objeto de conocimiento— a *objeto a ser dominado*. La civilización tecnocientífica se estableció sobre una concepción lineal, progresiva e infinita del tiempo: el tiempo como curso lineal proyectado al infinito. Esa idea de tiempo llegó jurto a las medidas mercantilistas, al romanticismo (progreso sin límites), a la idea de un ser humano que con la técnica puede vencer cualquier límite, todas gestadas durante el proceso de expansión del poder tecnocientífico por el planeta.

4. Las concepciones del tiempo de otras civilizaciones fueron barridas por la idea lineal, porque el tiempo de la técnica es eminentemente lineal. Un destello clarividente de Nietzsche fue preguntarse de qué debía liberarse el ser humano y comprender que se hallaba prisionero de la venganza y que ésta es propia del tiempo lineal: la venganza *contra lo que fue* y ya no puede ser de otro modo ni volver a ser. El humano está preso del tiempo y de su *fue*. La venganza es una necesidad de la concepción lineal del tiempo<sup>5</sup>. Por mucho que se discuta a Nietzsche, esta observación es certera y muestra la íntima vinculación entre el saber tecnocientífico y la venganza, a través del presupuesto del primero: la idea del tiempo como línea.

<sup>5</sup> Nietzsche, *Also sprach Zarathustra*, "Werke", I, p. 409.

5. Hay muchas razones para mostrar la irracionalidad del poder punitivo ejercido arbitraria y selectivamente, pero una de las claves de su supervivencia secular es justamente su vinculación con el modo de saber de la civilización tecnocientífica. La civilización tecnocientífica provoca una grave incapacidad de objetivación frente a la impotencia ante el tiempo, que resulta de una fortísima acumulación de tensión vindicativa, cuya eclosión en todas direcciones trata de evitar por medio de una canalización que es el poder punitivo negativo o represivo. Este poder —en su aspecto represivo— cumple la función latente de canalizar las pulsiones vindicativas, impidiendo que se dispersen hacia otras relaciones y, en su aspecto positivo o configurador —vigilancia—, la de reforzar las mismas relaciones que salva de esas pulsiones vindicativas. La vinculación del poder punitivo con el saber técnico es de necesaria complementación: reduce al ser a lo que se percibe por los sentidos, dado en un tiempo que avanza en línea recta y que permite un desarrollo infinito del humano. Lo que pasa en el mundo construido sobre esa idea del ser y en ese tiempo, pasa inexorablemente y no hay otra forma de tranquilizarse que vengándose por lo que pasó y no volverá.

6. El poder condiciona un saber del ser humano que, a su vez, lo limita: en buena medida genera y determina al sujeto que *conoce* (sabe). El poder no sólo condiciona el saber sino también al ser humano que sabe, pues lo condiciona a saber de un cierto modo, ciertas cosas y no otras, y en ciertas condiciones y no en otras. Este ser humano de la civilización tecnocientífica sólo puede saber ciertas cosas en un tiempo que lo condiciona para reclamar venganza y para quedar prisionero de ese reclamo que, de alguna manera, debe satisfacer. El mismo poder le procura esa satisfacción mediante el poder punitivo ejercido sobre unos pocos vulnerables (poder punitivo negativo o represivo). Y al mismo tiempo, el aparato que genera esa ilusión de venganza contra todos los males lo vigila, con el pretexto de cuidarlo y protegerlo, para que no se quiete su modo de ser y de saber consiguiente (poder punitivo positivo, configurador o de vigilancia).

#### IV. El saber tecnocientífico y la perspectiva superadora

1. ¿Qué se quiso decir con *la ciencia no piensa*<sup>7</sup>? Hay varias respuestas y algunas se pierden en trágicas racionalizaciones. Sin embargo, es posible también entender la frase en un sentido claro y bien definido: el *saber para poder* no es un *pensar*, aunque esta afirmación parezca paradójal<sup>8</sup>. La realidad es una continuidad dinámica, de la que el ser humano no puede captar todas las dimensiones y relaciones. Para saber algo acerca de la realidad no tiene otro remedio que parcializarla en forma más o menos arbitraria, por lo cual el saber que obtiene acerca de cada una de estas parcelas es siempre parcial y provisional y, además, nunca es neutral, desde que siempre parte de una selección<sup>9</sup>. Esto no significa que el conocimiento técnico no sea útil ni que su avance deba detenerse para volver a un paraíso perdido, sino que sólo denota la necesidad de reconocer sus limitaciones o sea, su parcialidad y su provisoriedad. Cuando se pretende que este conocimiento es *la* verdad (única) o se escamotea la cuestión por medio de alguna apelación a verdades *dobles*, lo que se consigue es *dejar de pensar*. El ser humano ya no se pregunta *quién soy, para qué soy, dónde estoy, qué es el mundo, qué es el ser*: es decir, ya no se pregunta *por qué ser* o *por qué no nada*. Y cuando olvidamos estas preguntas, *deja de pensar*. Cabe advertir que no se deja de pensar porque se olviden algunas respuestas, sino las preguntas mismas. En ese momento el *saber para poder* pierde la brújula: el ser humano continúa en pos del saber para poder, pero se

<sup>7</sup> Esta crítica proviene del idealismo alemán, especialmente de Schelling, cfr. Safranski, *El mito del drama de la libertad*, p. 55 y ss.

<sup>8</sup> Heidegger, *Ormai solo un dio ci può salvare*.

<sup>9</sup> La imposibilidad de la neutralidad de la ciencia la reconoce, desde una perspectiva diferente, Bunge, *La ciencia, su método y su filosofía*; del mismo, *La investigación científica*.

preguntarse para poder *qué*. Se trata de un mero poder para dominar las cosas interrogadas, para adueñarse de ellas, para esclavizarlas, para ser su señor, su *dominus*.

2. La *inquisitio* es una interrogación que el ser humano dirige a algunas cosas, previamente seleccionadas para ser dominadas. De este modo, la *inquisitio* siempre está precedida –en el saber tecnocientífico al igual que en el poder punitivo– de un *acto de poder selectivo*<sup>10</sup>, mediante el cual la relación *humano/cosa* se convierte en una relación *sujeto/objeto*. El humano interroga a la cosa –la *inquisitio*–, pero la cosa ignora concretamente la decisión de poder implícita en la interrogación y responde como cosa, o sea, como lo que es dentro de una totalidad continua y dinámica que es la realidad. La cosa responde como lo que es porque no puede hacerlo de otra manera, en tanto que el hombre limita su pregunta a lo que cree que le sirve para devenir *dominus* de la cosa. Ante la pregunta (*inquisitio*) la cosa aparece, se presenta como *objeto*. *Objectus* es lo que se echa o lanza delante y en contra, lo que se *yecta* (como en *proyecto* hacia adelante, en *abyecto* hacia abajo, etc.) frente y contra. El *ob-jectus* no es algo que permanece delante, no es un *ob-stante* (*obstantia*, resistencia, obstáculo, estorbo), sino algo que está delante dinámicamente, arrojándose contra, *yectándose* (de *jectare*, *jectare*, arrojar). No se reparó en el movimiento de la cosa que deviene *objeto* como reacción a la interrogación inquisitorial, hasta el punto de que en plena revolución industrial (siglo XVIII), cuando se tradujo la palabra *objectus* al alemán, se lo hizo por *Gegenstand*, que es exactamente *obstante*, pero que no hace ninguna referencia al *actarse* de la cosa en la raíz latina (*werfen* en alemán, proyectar: *entwerfen*)<sup>11</sup>.

3. La cosa deviene *objeto* al lanzarse frente y contra el humano y éste deviene *sujeto*, *la pone debajo* (*sub-jectus*), no en el sentido de ponerlo como base de nada, sino en el de someterlo o sujetarlo. A un humano preparado sólo para recibir cierta respuesta, la cosa se le presenta con toda la fuerza de su realidad, se le arroja contra, lo *yecta* hacia abajo, lo *sujeta*, lo hace devenir *sujeto* y también *subjector*, esto es, *falsario*<sup>12</sup>. Cuando el humano más subjetiviza su saber con la *racionalidad funcional* (expresada modernamente con el *pienso, luego existo*, que por pérdida del pensamiento pasa a ser *ejercicio de poder, luego existo*) en lugar de ponerse en la base, más *sujeto* queda y más *subjector* (*falsario*) se hace. Y esto es el *algo* que falla en el saber técnico, que lo hace incontrastable por el ser humano. En la medida en que éste no revierta el sentido de su subjetividad (de *pienso, luego existo* pase a *existo, luego debo pensar*) seguirá practicando la *inquisitio* tecnológica y no podrá pensar. *La ciencia no piensa*, porque la *inquisitio* le impide pensar.

4. Cabe preguntarse si es posible imaginar (y esperar) una superación de la *inquisitio*. Es indispensable descartar que ésta pueda lograrse por medio de una *regressio* a la *dominatio* (a la lucha); no es posible volver, sino que se impone superar. Cabe imaginar, pues, que la superación consista en una priorización de otra forma de acceso al conocimiento, que si bien existe en todas las civilizaciones, se halla sumamente postergada en la tecnocientífica: el *dialogus* o el razonar entre dos, entre el humano y la cosa. En la *inquisitio* el humano pregunta lo que cree necesario para dominar; en el *dialogus* pregunta lo necesario para la inteligibilidad comunicativa conjunta con la cosa; en la primera queda *sujeto* porque no está dispuesto ni preparado para escuchar (ni siquiera *oír*) y la respuesta lo aplasta; en el *dialogus* está abierto a la respuesta, la espera, está preparado para oír y escuchar, para responder y preguntar. La salida del atolladero

<sup>10</sup>Wittgenstein, *La inquisición y la cábala*, p. 281 y ss., destaca que tanto en la *inquisitio* como en la *inquisitio* científica hay conquista y sometimiento del objeto y negación de la alteridad; por ello, afirma que el *inquisidor* está situado en un lugar intermedio entre Tomás de Aquino y Descartes, pues siguió la *dominatio* del primero y adelantó la racionalidad del segundo.

<sup>11</sup>Esta diferencia parece pasarla por alto Heidegger, *Umanesimo e scienza*, p. 74.

<sup>12</sup>El *subjector*, en Valbuena Reformado, p. 826.

sería tener por consumado el paso de la lucha a la *inquisitio* e intentar el paso de ésta al *dialogus*. Esto puede entenderse dialécticamente, pero no cabe discutirlo aquí (sería necesario demostrar la imposibilidad del paso directo de la lucha al *dialogus*). El desafío de la revolución tecnocientífica es la exploración de la humana capacidad de diálogo con los entes, en cuya onticidad siempre va implícito un mensaje ontológico, y de su comprensión depende su capacidad de supervivencia.

5. El ejercicio del poder punitivo también tiene su técnica, a la cual —como a todo ente— debe preguntársele sobre su esencia, la que, sustancialmente, coincide con la esencia de toda técnica. La *inquisitio* y el *dialogus* son medios y no fines, pero si sólo se los concibe como diferentes modalidades de medios, no se podrá excluir la amenaza de recaer en la voluntad de dominio de los entes. Para evitarlo es necesario retomar la técnica desde una esencia más profunda, o sea, como un *desocultamiento*, no en el sentido de emplazar o demandar sino en el de una *interrogación* (intercambio de rogatorias) liberadora<sup>13</sup>. Donde domina la *inquisitio* el peligro permanece oculto y es el peligro extremo, donde el humano asume la figura de señor de la tierra y de todos los entes —incluso los humanos—, que de este modo se vuelven artefactos del *dominus*. El *dialogus*, al desocultar lo oculto produce también la irrupción del peligro, pero éste se coloca frente a lo humano (es un *obstante*) y no se lanza sobre él para *sujetarlo* (someterlo, aplastarlo, *objectus*). De esta manera los *obstantes* permiten mantener ante la vista el extremo peligro: esto es lo que no consigue el saber respecto del poder punitivo que se sigue concibiendo como una técnica, pues el operador continúa pendiente de la voluntad de adueñarse de ella en la forma de la *inquisitio*, *sujeto* por su señorial saber (de *dominus*).

6. Si se pretende reducir radicalmente el ámbito de la *inquisitio* y dotar a los conflictos de soluciones y no de puras decisiones suspensivas en casos excepcionales y arbitrariamente seleccionados, no es posible considerar al poder punitivo como un fenómeno aislado de la presente cultura, sino como una expresión sustancial del contexto general del saber señorial o de *dominus*. Su reducción no podría dejar de ser paralela al remplazo de éste por un saber de *dialogus*, es decir, de un amplio cambio cultural. Semejante empresa presupone una antropología que considere lo humano como ónticamente señalado entre la totalidad de los entes, porque inevitablemente el interrogar ontológico tiene forma humana, pero también porque tiene *capacidad de oír las respuestas humanas y no humanas*. No se trata de señalarlo preferentemente por su capacidad de dominio ni por su infundada pretensión de que todos los sentidos (los *para qué*) de los entes son humanos<sup>14</sup>.

7. Una antropología así entendida abre nuevos interrogantes y desafíos al plano jurídico, pues debe reconocer que hay bienes (y lesividad conflictiva) cuyos titulares no son seres humanos individuales ni colectivos. Esta circunstancia se admite hoy en el campo del derecho internacional ecológico, reconociéndose como titulares de derechos a las generaciones futuras, es decir, a personas que hoy no existen<sup>15</sup>. En otro nivel, reabre también el debate sobre los llamados derechos *subhumanos*<sup>16</sup>. Aunque el reconocimiento de derechos no humanos puede parecer extraño, es preferible adoptarlo,

<sup>13</sup> Heidegger, en "Conferencias y artículos".

<sup>14</sup> Esta pareciera ser la clave del error ontológico de Heidegger (*Sein und Zeit*), que reduce todos los entes que no son humanos a *útiles*.

<sup>15</sup> Por todos, Cançado Trindade, *Derechos humanos e meio ambiente*.

<sup>16</sup> v. Cavalieri, *La questione animale*; Passmore, *La responsabilidad del hombre frente a la naturaleza*; Regan, *I diritti animali*; Mannuci-Tallacchini, *Per un codice degli animali*; Battaglia, *Etica e animali*; Castignone, *I diritti degli animali. Prospettive bioetiche e giuridiche*; Brooman-Legge, *Law relating to animals*; Krijnen, en "Archiv f. Rechts- und Sozialphilosophie", 83-1993, p. 369 y ss.; Benton, en "Theoretical Criminology", 1998, p. 149 y ss.; Higuera Guimerá, *La protección penal de los animales en España*; Cardozo Dias, *A tutela jurídica dos animais*, p. 350 y ss.

como lo hace una importante corriente, porque su rechazo no sólo corresponde a una antropología que ubica al humano como *dominus*, sino que también impone racionalizaciones que lesionan la dignidad de la propia persona en forma intolerable, por derivar en la traducción jurídica de un perfeccionismo moral que en campo penal no es otra cosa que dictadura ética y, por ello, inmoral. Cuando se dice que la sanción al maltrato de animales lesiona el sentimiento de piedad humana, se está imponiendo un modelo de sensibilidad y, por ende, el que no lo tiene es inferior; si se pretende que lesiona la imagen humana misma, es aun peor, porque se abre la posibilidad de criminalizar todo lo que no le agrada al poder como lesivo a una supuesta imagen perfeccionista de la persona. Todo esto se evita aceptando la existencia de bienes jurídicos no humanos.

8. Hay otras contradicciones que resultan insalvables: cuando se pretende que el maltrato a animales se pena porque lesiona el sentimiento de piedad humana, habría que concluir que el sádico que lo hace en privado no debe ser penado, lo que parece absurdo. Cuando se pretende que al humano no puede hacersele lo mismo que al animal, porque tiene mayor sensibilidad en función de su desarrollo nervioso, se cae en la horrible posibilidad de legitimar lesiones a los humanos sólo en función de su carga genética, se incurre en un reduccionismo biológico inadmisibles: la persona sería una carga genética. Si se pretende que se lo diferencia—cualquiera sea su desarrollo o deficiencias—en función de cualquier concepto generalizante como la dignidad de la *humanidad* (o su imagen, su condición, etc.), se cae en otra grave contradicción: se reduce a la persona humana a un mero representante de la especie. Cuando se pretende que el medio ambiente debe protegerse porque sirve al humano, se tendría que concluir en que es lícito destruir todo lo que el hombre no necesita o se cree que no necesita. Si se argumenta que no hay derechos de las generaciones futuras, sino el derecho a perpetuarse de la presente, se excluiría de la titularidad a quienes son estériles o perdieron la capacidad reproductora.

## § 20. Las alternativas de la *inquisitio*

### I. El derecho penal pensante y el que no piensa

1. El pensamiento, en definitiva, va a dar en la pregunta ontológica y antropológica. El discursar sin esa referencia de fondo es una racionalización sin contenido pensante. El discurso penal tuvo momentos de predominante racionalización y otros de auténtico pensamiento; su nivel de contenido pensante varió notoriamente con el curso de los siglos. Su primera manifestación posterior a la confiscación de la víctima tuvo lugar con la autoridad de los técnicos en derecho, conocidos como *glosadores* o *prácticos*, quienes pretendían actualizar el contenido del antiguo derecho romano y produjeron una técnica predominantemente deductiva de elaboración de textos, con la que puede decirse que se inicia la modernidad<sup>17</sup>. Su nombre deriva de la forma de su saber, que era la *glosa* o comentario marginal breve, opinión de doctores que permanecían ligados a la letra del *Corpus*. El método de los *bartolistas* era la lectura literal, la división de la ley, la ubicación del caso y la recolección de opiniones de notables en favor o en contra<sup>18</sup>. Se ha dicho que *con el ejercicio metódico de estos instrumentos dialécticos, acompañado por un número infinito de citas de autoridad, invocadas la mayor parte de las veces sin razón y tanto en pro como en contra, se diría que hacían un verdadero ejercicio de estudio por arrojar la duda y la confusión en el pensamiento*<sup>19</sup>. Era claro que este método pretendidamente deductivo y privado de filosofía no ofrecía seguridad,

<sup>17</sup> Cf. Pereira dos Santos, *Do passado ao futuro*, p. 17; Luisi, en "Filosofia do direito", p. 77 y ss.; Bolívar Guerra, *Metodología y ciencia penal*, p. 13.

<sup>18</sup> Respecto de la escuela de los glosadores, por todos, de Cervantes, *La tradición jurídica de Europa*, p. 107 y ss.

<sup>19</sup> Bolívar, *Storia del Diritto Italiano*, p. 105. Cabe recordar que Bolívar criticaba la proyección de la racionalidad del derecho romano en la conquista y colonización americanas (Cfr. Pérez, L. C., p. 160).

pero al menos no se puede negar su esfuerzo hacia un pensamiento que no alcanzaban<sup>20</sup> y que continuaron en los siglos posteriores<sup>21</sup>. Desde los primeros *estudios* italianos, devenidos universidades<sup>22</sup>, el saber jurídico se extendió por toda Europa<sup>23</sup>, pero por el flanco de este defecto de pensamiento se introdujo la *primera emergencia inquisitiva*, decidida a reforzar brutalmente la verticalidad, combatiendo toda disidencia de conciencia como *herejía*, que luego fue derivando hacia un discurso mucho más amplio y potente, dedicado a controlar a la mitad de la especie (la mujer), imputándole complicidad necesaria con el demonio, generadora de una emergencia que ponía en peligro la subsistencia de la especie. Esta emergencia se consolidó con el *Malleus Maleficarum* (*Martillo de las brujas*) en 1484, obra consagrada como oficial, que hizo expresa la intencionalidad del verdadero sistema que construyó, en gran parte con base pretendidamente empírica, en el que *por vez primera configuró una exposición coherente e integrada del derecho penal y procesal penal con la criminología y la criminalística*. Desde esta perspectiva, es bueno recordar que el *Malleus* es una obra singularmente moderna, escrita poco antes del descubrimiento de América y contemporánea del humanismo florentino<sup>24</sup>, que adelanta un modelo recurrente en los siglos posteriores.

2. El alto nivel de la racionalización constructiva del *Malleus* está en relación inversa con su contenido pensante, que se mantuvo igualmente bajo durante los siglos posteriores, aunque en su curso también se deterioró el nivel de racionalización. Apenas en el siglo XVIII se experimentó un crecimiento notable, que se mantuvo durante buena parte del siglo XIX: fue el período de construcción del derecho penal liberal, o sea, del discurso jurídico que puso límites a la *inquisitio*. No obstante, al superarse en la segunda mitad del siglo XIX las contradicciones sociales que permitieron el notable aumento del contenido pensante del derecho penal, quedaron las agencias policiales nítidamente separadas de las judiciales y con un poder formidable, que superaba ampliamente al de las jurídicas y que, junto con el poder y el saber de las agencias médicas, llegarían a dominar el discurso penal, provocando una brusca caída del pensamiento. Cabe consignar que el saber penal no sólo limitó su contenido pensante con racionalizaciones, sino que también con frecuencia lo eludió apelando a teorías de *doble verdad*, algunas de las cuales mantienen cierta vigencia.

3. Es indispensable señalar que a lo largo de estos siglos ha permanecido cierta tendencia a la *glosa* y que hasta el presente se manifiesta un *bartolismo* tardío, que sin responder a ninguna idea rectora, arma su discurso con elementos heterogéneos y azarosos, con la misma técnica de sustentación de opiniones dispares, sin que una tenga más fundamento que la otra. Son ilusiones de pensamiento no sistematizables y, por ende, resisten el tratamiento analítico. Es un *no pensar decadente* que, a diferencia del no pensar inquisitorial, no racionaliza sin pensamiento sino sólo para no pensar. El alto contenido pensante del saber penal fue promovido por la racionalización de la *inquisitio*

<sup>20</sup> Como es imposible prescindir totalmente de la filosofía, es natural que en sus elaboraciones se perciban trazos de ésta, como cuando en el siglo XVI, se descubren en Covarrubias bases retributivas agustinianas y neotomistas (así, Schaffstein, *La Ciencia europea*, p. 165).

<sup>21</sup> Acerca de los criminalistas italianos de los siglos XIII y XIV, Salvioli, p. 686; sobre el más notable español, Pereda, *Covarrubias penalista*; sobre los últimos prácticos, Dareste, *Études d'histoire de Droit*, p. 59 y ss.

<sup>22</sup> Sobre ello, Veríssimo Serrão, *História das Universidades*, p. 9 y ss.

<sup>23</sup> Sobre la influencia de Bolonia y Padua en los primeros juristas alemanes, Rüping, *Grundriss*, p. 33; sobre la evolución de la doctrina, los glosadores, los comentaristas y los prácticos, y la importancia de las universidades italianas, especialmente la de Bolonia, Salvioli, p. 109 y ss.; Piano Mortari, *Dottrina e interpretazione*, p. 13 y ss.; Campa, *La universidad de Bolonia y el debate de la razón: en España*, respecto del método y su enseñanza, García Garrido-Francisco, *Estudios de Derecho y Formación de Juristas*, p. 56 y ss.

<sup>24</sup> Cfr. Eco, *Cinco escritos morales*, p. 129.



grupo profesional quiere reconocer los aspectos oscuros de su actividad ni el origen genocida de la misma. El saber jurídico-penal moderno –que reivindica como propia la legitimación de un poder al que atribuye los fines más excelsos– no puede mostrar como obra fundacional un trabajo que postula y legitima las crueldades y que las racionaliza argumentando en base a disparates finísimamente vinculados. (b) La misoginia y el antifeminismo requirieron un análisis más profundo. La bajísima carga pensante de la *inquisitio* degrada la imagen humana de la que participa el propio inquisidor. De allí que el único camino que le resta al inquisidor es formular un discurso de discriminación biológica, para salvar su imagen de la degradación a que la somete su propio discurso, sin contar con que cualquier conocimiento adquirido por la *inquisitio* –como saber de *dominus*– presupone que el inquisidor se coloque en un nivel superior al ente que cuestiona. Se trata de una *visión policial del saber* que luego se convierte en *visión policial de la historia*, pues siempre que se pregunta por la causa del mal se presupone que esta se halla en un grupo que conspira. Es la *causalidad diabólica*, que luego se laicizará y producirá las teorías conspirativas de la historia y de los males sociales<sup>30</sup>. El *Malleus* se elaboró sobre la emergencia que imponía la necesidad de combatir el complot del diablo con las mujeres, de lo que resultaba una racionalización del poder destinada a controlar brutalmente a la mujer: los actos de *brujería* (el mal) se explicaban por la *inferioridad genética* en la mujer, que era estigmatizada con las de citas y calificativos difamatorios. Todo se debía a que la mujer fue hecha a partir de una costilla del pecho que, siendo curva, se contraponía a la rectitud propia del hombre, es decir, que arrastra un defecto genético. Este origen curvo le daba *menos fe*, era más débil que el hombre en la fe, más capaz de ofender al Creador, lo que reafirmaban con una inventada etimología de *femina*, derivada de *fe* y *minus*<sup>31</sup>.

3. Cabe preguntarse por qué el primer esfuerzo teórico de legitimación del poder punitivo tuvo como objeto la represión de la mujer. Hay varias hipótesis particulares y todas son opinables<sup>32</sup>, pero lo indiscutible es que el poder punitivo necesitaba controlar a la mujer porque percibía en ella una amenaza para su consolidación. El poder punitivo moderno confiscó a la víctima, pero para consolidarse necesitó someter a la mujer e inferiorizarla hasta lograr la introyección de la misma en su comportamiento conforme a ella. Como parte de un ejercicio de poder y saber de señor (*dominus*) se consolidó en la baja Edad Media mediante la discriminación y represión de la mitad de la especie. *Entre la confiscación de la víctima y el sometimiento de la mujer como ser inferior existe una clarísima coetaneidad genética, o sea que son fenómenos de poder sincrónicos*. Es difícil saber qué consistía la amenaza que el poder punitivo neutralizaba, en el momento mismo de su surgimiento, con la represión brutal de la mujer. Por alguna razón ese poder percibía a la mujer como más dispuesta a aceptar la falacia de la confiscación de la víctima y como más apta para denunciar, detrás de ella se hallaba un puro acto de poder corporativo y verticalizante de la sociedad. Probablemente no haya una respuesta única, pero quizá pueda mencionarse una raíz común a varias causas particularizadas. La *inquisitio* no fue un mero cambio en la cuestión penal sino que, abarcando todo el saber, implicó un profundo cambio cultural, que comenzó por las elites pero que aspiraba a afectar a toda la sociedad. En la baja Edad Media la cultura pagana sobrevivía en toda Europa y no solo las elites estaban del todo reculturizadas. La mujer es la transmisora generacional de cultura y cuando, si se quería cortar con la cultura anterior e imponer una nueva, el acento controlado se ponía en la mujer.

<sup>30</sup> Poliakov, *La causalidad diabólica*, p. 9. Destacan la identidad del judío y lo demoníaco en la propaganda y actividad de la inquisición, Trachtenberg, *El diablo y los judíos*, p. 98 y ss., y *Historia de los prejuicios sociales*, p. 124 y ss. Sobre las persecuciones a los judíos, Radbruch-Gwinnet, *Historia de la criminalidad*, pp. 45 y 126.

<sup>31</sup> En realidad, *femenino* proviene de la raíz sánscrita *dhe(i)*, *amamantar* (Roberts-Paton, p. 112).

<sup>32</sup> Así, se lo relacionó con la persecución del control de la natalidad, practicado por las magas en el sabbat u orgía que destruía el orden ético y racional que comenzaba a imponerse (*Historia del discurso de Foucault*, p. 170). También sobre la ideología antifeminista del *Malleus*, Grabner-Haider-Weinberger-Weinke, "Fanatismus und Massenwahn", p. 99 y ss.

4. El *Malleus* contiene tres partes perfectamente integradas: una *teoría criminológica*, una *teoría penal* y una *teoría penológica, procesal penal y criminalística*. La *criminología* del *Malleus*, que abarca su primera parte, dividida en dieciocho cuestiones, es un discurso que legitima el poder inquisidor demostrando la existencia de las brujas, la gravedad del crimen *hediondo* y su pluricausalidad (el diablo, la bruja y el permiso divino). Como cualquier discurso legitimante del poder punitivo, comienza por mostrar el mal que le da pretexto y señala que cunde peligrosamente y que es necesario detenerlo para evitar que la humanidad sucumba. El poder punitivo siempre descalifica y estigmatiza a quien se atreve a poner en duda el mal que le sirve de pretexto o la gravedad del mismo. El *Malleus*, como discurso fundacional del poder punitivo moderno, comienza considerando herejes a quienes ponían en duda el poder de las brujas (porque de ese modo ponían en duda el poder de los inquisidores autores del *Malleus*). En cuanto a la gravedad del crimen hediondo (brujería), mediante un complicado argumento concluyen en que es más grave que el pecado de Adán. Inauguran también la *criminología etiológica plurifactorial*: para poder responsabilizar a las brujas no era posible admitir una explicación monocausal; el crimen *hediondo* no podía atribuirse exclusivamente a las brujas (porque se pondría en duda el poder divino), ni a los astros o a las hierbas (porque no habría responsabilidad de las brujas), ni sólo al diablo (porque no serían responsables las brujas y el poder diabólico sería superior al divino). Por ello, explicaban detalladamente una complicada etiología del delito, según la cual el mal es difundido por el diablo, afectando a las personas débiles o inferiores (las mujeres), pero actuando con el permiso divino (cuyos designios son siempre inescrutables). Esta compleja arquitectura intelectual debe rechazar también que hubiese seres humanos engendrados por el demonio, pese a la población de los diablos con las brujas. Para ello demuestran que el diablo puede transportar semen pero no producirlo. De este modo se rechazaba una *brujería nata* (o predestinación congénita a la brujería), lo que también hubiese impedido la responsabilidad de las brujas. Se enuncia así la teoría de la degeneración, como antónimo de la futura *eugenesia*: el diablo, con su ciencia, selecciona el semen que recoge y la bruja a quien insemina, para gestar personas proclives a sus fines.

5. En la teoría criminológica del *Malleus* existen elementos que hasta el presente se hallan en el discurso criminológico, con diferencias menores: (a) descalificación de quien pone en duda la amenaza que implica el delito, el aumento de su número y gravedad; (b) inferioridad de los delinquentes y la consiguiente superioridad del inquisidor; (c) rechazo de la predestinación al delito (la inferioridad debe ir acompañada por una decisión voluntaria que proporcione la base para la responsabilidad); (d) inferioridad de la mujer y de las minorías sexuales; (e) la caracterización del delito como signo de inferioridad; (f) la combinación multifactorial de *causas* del delito en forma que permita la responsabilidad del infractor.

6. En cuanto al derecho penal, el *Malleus* expone una versión de autor tan extrema que no distingue entre una teoría del delito y una teoría del autor: dedica su segunda parte a explicar los diferentes modos de operar de las brujas, pero no se trata de una parte especial sino de una descripción de la forma en que actúa el mal para instruir a quienes debían reconocerlo. Es la lógica última de todo derecho penal de peligrosidad, que en el siglo XX se reeditará en modo igualmente extremo con el proyecto Krylenko. Es interesante consignar que esta descripción se inicia poniendo de manifiesto algo que luego pasará a ser un elemento tácito o implícito del discurso: la *indemnidad de quienes ejercen el poder punitivo*, para lo cual afirman que contra ellos el maligno nada puede hacer (por lo tanto, tampoco pueden sus agentes, que son las brujas (el poder punitivo nunca permite la corrupción de sus agencias). Esto deja inmunes al mal a los inquisidores (y autores del libro), lo que se observará estrictamente a lo largo de toda la historia de la criminología hasta la segunda mitad del siglo XX. Una vez proclamada la eximición de toda sospecha contra los propios inquisidores (criminólogos y penalistas), éstos explican detalladamente los procedimientos de las brujas: cómo se inician, pactan con el maligno, son transportadas, copulan, se valen de los sacramentos, obstaculizan la función procreadora, consiguen neutralizar la potencia masculina, convierten a los hombres en animales, provocan enfermedades, epidemias, tormentos, catástrofes, matan niños (especialmente las parteras) y los ofrecen al diablo. Se trata de una suerte de parte especial ejemplificadora, pero en modo alguno de un catálogo; el derecho penal de autor no ocupa de los signos de una inferioridad, y por eso su coherencia le exige que el catálogo quede siempre abierto. En el *Malleus* el conjunto de signos es tan amplio que



La manipulación de la incorporación inquisidora se...

... proceso que no requiere la tortura era interpretada de... sus actos, igualmente... a la tortura no confesaba... soportaba el dolor. La bruja... al juicio, de modo que el... había sido mencionado antes... una legislación penal que... para buscarlos y que, en la... (medio) imponga. El mal se... la mujer. Las adúlteras, las... más peligrosas. Trataba de... a cualquiera sin que... esa es la ambición última... *Malleus* expresa las constantes

### ... fundacional

acompañó la severa decadencia... un poder punitivo ilimitado... fuera de las resultantes de las... profundo de discurso penal... no atenuada en función de... ascenso no ascendió hasta el... cuando el discurso limitador... hasta entonces corría peligro la... adador. El que criticaba la tortura... sentencia, no obstante lo cual... heroicos, que en buena medida

Thomasius, quien desnudó públicamente el 12 de noviembre de 1701 y

grafía citada, Lorene, *Aktenversendung*... Gwinner, op. cit., p. 177; Tamburini, *Der Zauberei*; Stebel, *Die Osnabrücker*... 1659; contiene la más detallada descripción de hechicerías y sortilegios) escrita por un especialista en ciencias diabólicas, *Tratado muy sutil y bien fundado de las y otras cosas tocantes al caso, y de la*

... de Valerio Evangelisti al *Manuale della giustizia que quemaba a los herejes*... pensadores del mismo modo que... ó, mató, crucificó, quemó, sometió... a los más célebres escritores, a los

publicada en traducción alemana de Johann Reichen, en Marburgo, en 1704<sup>35</sup>. A partir de esta tesis se inicia la decadencia del pensamiento defensor del delito de brujería<sup>36</sup>; no obstante, Thomasius tuvo ilustres antecesores, entre los cuales el más profundo fue el jesuita Friedrich von Spee von Lengenfeld (1591-1635)<sup>37</sup>, quien adelantó sus argumentos e incluso, en buena medida, puede ser considerado el antecedente más lejano de Beccaria. Spee había sido designado confesor de las víctimas de la inquisición, pero su obra no tuvo eco en su momento<sup>38</sup> y debió publicarla anónimamente en 1631<sup>39</sup>. Su nombre fue rescatado mucho después, al parecer por Leibnitz<sup>40</sup>. Supónese que en sus argumentos Spee siguió la línea sentada por otro jesuita, Paul Laymann (1575-1635), en su *Teología Moral*<sup>41</sup>. También suele señalarse que en 1563 el Dr. Johannes Wier (o Weyer) (1516-1588), de Düsseldorf, publicó en Basel el primer libro contra el *Martillo*, que tuvo seis ediciones latinas en vida del autor<sup>42</sup>.

3. Es una constante del estado de policía que la deslegitimación de su poder constituya un crimen. Si hoy no se elimina a quienes lo deslegitiman discursivamente no sólo por el acotamiento que el estado de derecho le impone al de policía, es decir, no porque éste haya perdido su lógica de exterminio sino porque su poder no alcanza para practicarlo; en cuanto la pulsión del estado de policía no es resistida por el estado de derecho, se revela el verdadero rostro exterminador del poder punitivo. Por ello, el espacio para el pensamiento penal se abrió apenas en el siglo XVIII con la revolución industrial, dado que ésta produjo la contradicción a cuyo amparo surgió una clase social creciente y activamente interesada en limitar el poder punitivo ejercido por la nobleza, con la que pugnaba por la posición hegemónica. La pugna entre industriales en ascenso y nobles en decadencia brindó el espacio para la elevación del nivel del pensamiento penal, al requerir un discurso jurídico limitador, que constituyó la versión fundacional del derecho penal liberal.

4. La revolución industrial fue producto de un proceso que tuvo como precedente necesario la revolución mercantil (siglo XV), con su concentración y verticalización de poder y la colonización de América y África, que proporcionó las materias primas y los medios de pago. Como consecuencia de la revolución industrial se produjo (a) el paso de la forma de producción servil a la industrial; (b) la pérdida de poder de la nobleza y el ascenso de los industriales; (c) la concentración urbana de actividad económica y de población; (d) la transferencia de la hegemonía europea (de España y Portugal pasó al centro y norte, especialmente a Inglaterra); (e) una nueva forma de complementación del centro de poder mundial con su periferia, que demandó mayor tecnología periférica, hizo desaparecer la esclavitud (baja tecnología), extendió las zonas colonizadas y abrió mercados periféricos (del colonialismo se pasó al neocolonialismo); (f) se aceleró el saber tecnocientífico. En Europa la quiebra de la relación de servicio/protección entre siervos y nobles y la racionalización de la producción agrícola campesina empujó a las ciudades a grandes masas campesinas empobrecidas, que no podían insertarse laboralmente en razón de su baja productividad y de la escasez de capital. La oferta de trabajo superaba la demanda y el capital se acumulaba con atraso respecto a la concentración de población. Este descompás creó un nuevo problema: aumentó la marginalidad urbana como clase peligrosa, obligada a convivir en el estrecho espacio geográfico urbano. Contra ella no fue efectivo el poder punitivo

<sup>35</sup> Thomasius, *Über die Hexenprozesse*.

<sup>36</sup> Véase Thomasius, Jerouschek, en ZStW, 1998, p. 658; Rüping, en ZStW, 1997, p. 381; Cattaneo, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, p. 131; Hepppe, *Soldan's Geschichte der Hexenprozesse*, I, p. 244; Baschwitz, *Hexen und Hexenprozesse*, p. 439.

<sup>37</sup> Carta de Spee y su obra, Jerouschek, en ZStW, 1996, p. 243; Döbler, *Hexenwahn*, p. 263; Hecht, *Verdammte Teufels Namen*, p. 104; Heinsohn-Steiger, *Die Vernichtung der weisen Frauen*, p. 130; Hepppe, *Hexen und Hexenprozesse*, p. 271.

<sup>38</sup> Véase Geilen, *Die Auswirkungen der Cautio Criminalis*.

<sup>39</sup> *Cautio Criminalis*. Amplia bibliografía sobre Spee en pp. VIII y IX.

<sup>40</sup> Véase Hepppe, *Soldan's Geschichte*, II, p. 188.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> Véase Baschwitz, *Hexen und Hexenprozesse*, p. 117.

ejemplarizante y se puso de manifiesto el escasísimo poder negativo del sistema penal, inaugurándose así un período de esplendor en la explotación de su formidable poder positivo o configurador (de vigilancia), con la creación de las policías, inspiradas básicamente en la policía borbónica (verticalista, militarizada, jerarquizada y centralizada), pues el modelo norteamericano de policía (descentralizada, municipal, con funcionarios electos) no servía para esos fines. Las policías comenzaron a cumplir su cometido enfrentando a las *clases peligrosas* (que vivían de pequeños delitos) —con las que eventualmente se simbiotizaban— y a los disidentes políticos (sindicalistas, socialistas y anarquistas).

5. Este proceso —que se desarrolló desde la segunda mitad del siglo XVIII hasta las postrimerías del siglo XIX— consagró la prisión casi como única pena. Las personas molestas no podían ser eliminadas por medio de la pena de muerte (no cometían hechos muy graves), las pestes se reducían, la población aumentaba, las posibilidades de deportación se limitaban con la pérdida de colonias o con el enriquecimiento de sus habitantes. En este marco se generalizó el uso de la prisión y del manicomio, como instituciones de secuestro. La prisión urbana consiguió una convivencia forzada de guardias y presos, con un acuerdo respetuoso de jerarquías, pero fue causa de alta mortalidad y morbilidad, se llenó de presos preventivos, reforzó su efecto reproductor y consagró el comercio interno de tóxicos (en el siglo XIX, tabaco y alcohol) como fuente de recursos.

6. La *defensa social ilimitada*, que se explicaba con la imponente racionalización argumental del *Malleus*, se correspondía con una concepción de la sociedad como *organismo*. No se discutía el ejercicio de poder porque se lo suponía *natural*, o sea que se *naturalizaba* la superioridad de los inquisidores y su inmunidad al mal. Como la clase industrial en ascenso necesitaba limitar el poder de la nobleza para controlarla y luego desplazarla, en su discurso echó mano del contrato como modelo de sociedad.<sup>43</sup> A un modelo social *natural* (organicista) opuso un modelo *artificial* (contractualista) y eminentemente modificable. El paradigma del organismo fue reemplazado por el del contrato, de modo que todos necesitaron discutir en el marco de ese nuevo paradigma, incluso los defensores del absolutismo, pero también los del socialismo y el anarquismo. La idea del contrato social no fue un mero recurso liberal sino *el paradigma de la disputa política en el espacio abierto por la revolución industrial*.

7. Dentro de este paradigma tuvo lugar la primera gran división entre (a) los que consideraron que el estado anterior al contrato social (*estado natural*) era un *estado de guerra*, en el que imperaba la fuerza y no había derechos (por lo cual el contrato se celebró para detener la guerra y crear los derechos), y (b) los que afirmaban que era un *estado de paz* y de ejercicio natural de los derechos, celebrándose el contrato sólo para reasegurar y mejorar su ejercicio. La primera fue la vertiente absolutista, que negó el derecho de resistencia a la opresión, ante la superioridad de cualquier dictador frente al caos en que naufragaban todos los derechos (Hobbes, Kant), pese a que de la misma vertiente nutría sus argumentos algún autor que, a partir de que el contrato logró suprimir la guerra, postuló su cancelación anarquista (Stirner). La segunda es la vertiente liberal (Locke, Feuerbach), que reconocía el derecho de resistencia sólo contra la opresión en caso de violación de los derechos anteriores al contrato. Pero también por la misma se desplazó quien observaba que el contrato se había desvirtuado, destruyendo la primitiva igualdad, por lo que se hacía necesario cancelarlo y concertar uno nuevo, sobre base igualitaria (Marat); y también quien, observando más o menos lo mismo, negaba la posibilidad de un nuevo contrato igualitario y proponía su cancelación anarquista (Godwin). *En el campo penal, en tanto que el paradigma organista*

<sup>43</sup> Sobre esta figura jurídica y su trascendencia proyectada en el orden social, Costa, P., *El problema jurídico*, p. 225 y ss.

había pedido prestado su discurso de legitimación a la coacción directa policial o administrativa (el poder punitivo como coacción directa destinada a detener la amenaza de muerte del organismo), el paradigma del contrato se inclinó por pedirlo a la coacción reparadora (obligación civil que tiene por fuente el contrato), en función de una retribución cuya mayor dificultad conceptual consistía en que no se imponía en favor de la víctima.

#### IV. Las posiciones en el pensamiento inglés: Hobbes y Locke

1. El último gran defensor del absolutismo inglés, *Thomas Hobbes* (1588-1679) se vio obligado a bajar a la lid contractualista para disputar dentro de este paradigma. Su discurso en defensa del absolutismo fue su famoso *estado de naturaleza*, concebido como *bellum omnium contra omnes*, que cesaba sólo por el acuerdo en que los hombres depositaban su poder en el soberano, encargado de imponer la paz mediante una clara y precisa definición de lo prohibido (*nullum crimen sine lege*). El derecho de resistencia era inadmisibles por regresivo al *bellum omnium contra omnes*. La ley debía ser siempre inmutable, pues de lo contrario también se quebraba el contrato<sup>44</sup>.

2. Con Guillermo de Orange regresó a Inglaterra *John Locke* (1632-1704), el gran contractualista de la burguesía inglesa e ideólogo del parlamentarismo, para quien el poder punitivo ocupaba un lugar central en su ideología, al punto que a través de éste definía el poder político, respondiendo a Hobbes que el estado de naturaleza no es la guerra sino un estado de completa libertad para disponer de lo propio según la ley natural. El estado de guerra lo declara el delincuente, que de esa forma se convierte en un enemigo de la humanidad. La pena responde a la ley natural, porque es resultado del derecho que todo hombre tiene a defender a la humanidad. La defensa de la especie humana, en que Locke fundaba la legitimidad del poder punitivo, también apelaba a la confusión entre pena y medida policial o coacción directa, que seguirá reiterándose en todos los esfuerzos legitimantes y, al mismo tiempo, abrirá el camino hacia un derecho penal sintomático y peligrosista, con la dualidad que caracterizó ideológicamente a todo el derecho penal liberal fundacional y que fue el germen de su posterior disolución: *Por la ley fundamental de la Naturaleza, el hombre debe defenderse en todo lo posible; cuando le es imposible salvarlo todo debe darse preferencia a la situación del inocente, y se puede destruir a un hombre que nos hace la guerra o que se manifiesta odio contra nosotros, por la misma razón que podemos matar a un lobo o a un león. Esa clase de hombres no se someten a la ley común de la razón ni tienen una regla que la de la fuerza y la violencia; por ello pueden ser tratados como fieras, es decir, como criaturas peligrosas y dañinas que acabarán seguramente con nosotros, si no los matamos en su poder*<sup>45</sup>.

3. Si bien Locke no inventó el estado de naturaleza, el contractualismo social, la existencia de derechos previos a su reconocimiento positivo, ni el derecho de resistencia a la opresión, su originalidad finca en la articulación combinatoria de estos elementos como discurso sustentador del parlamentarismo y del poder industrial en ascenso y, sobre todo, en el modo en que en esta argumentación no sólo operan componentes legitimantes, sino también los gérmenes de la futura decadencia del pensamiento penal. Como legitimación del poder punitivo apeló al tantas veces invocado derecho de defensa: en este caso, defensa contra el que declaraba la guerra, quebrando la libertad implícita en el estado de naturaleza. El pretexto confiscatorio consistía en que el derecho de defensa, desde que cada hombre lo transfiere a la sociedad en el contrato, se hace irrenunciable por ésta y, justamente por ello, el daño que causa el delincuente no sólo incumbe a la víctima, sino que es fuente de una obligación por parte de la

<sup>44</sup>Hobbes, *Leviatán*.

<sup>45</sup>Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*.

sociedad, cuyo deber de castigar al enemigo es irrenunciable. Estos elementos se repiten en casi todos los autores del liberalismo fundacional, para los que el fin de la pena es la defensa social, con lo cual, si bien legitimaban el poder punitivo que se había consolidado en el siglo XIII, procuraban acotarlo discursivamente por deducción desde la propia premisa legitimante.

4. No obstante, debe reconocerse que el pensar de Locke es de más alto nivel que el de Hobbes: el estado natural de Locke no es la guerra y, por lo tanto, su defensa social es mucho más limitada. En el estado natural de Hobbes no había derechos, sino salvajismo, pues éstos surgían sólo como creación del estado civil y cualquier resistencia contra éste era insostenible, por tratarse de una regresión al salvajismo con pérdida absoluta de todos los derechos. Esto conduce directamente al absolutismo: por malo que sea un *estado civil*, siempre será mejor que el salvajismo. Basta cambiar *estado civil* por *civilización* y *guerra* por *salvajismo* para llegar al racismo de Spencer. Hobbes —conviene recordar— situaba su *estado de guerra* en América<sup>46</sup>. El mérito de Locke consistió en que invirtió el planteamiento absolutista de Hobbes: el *estado de naturaleza es de libertad* (hay derechos en este estado) y el *estado civil* no hace más que facilitar o remover los inconvenientes de su ejercicio, por lo cual tenía límites que no podía sobrepasar: la libertad humana no puede ser violentada por el artificio (contrato creado para facilitarla). Lo que no percibió este discurso —y los que hasta hoy siguen su senda— es que *el poder punitivo siempre limita la libertad y que, al legitimarlo, no se hace más que sembrar la semilla de destrucción de los límites que traza*. Esta fue la gran contradicción del liberalismo penal fundacional que facilitó la brecha por la que penetró todo el autoritarismo demoleedor del liberalismo en el último siglo y medio. Esta historia enseña que la legitimación del poder punitivo es siempre *metastásica*.

### V. El debate en Alemania: Kant y Feuerbach

1. El contractualismo industrialista de la primera versión liberal o inglesa pasó al continente y un siglo más tarde surgieron autores de elaboraciones con alto contenido pensante. Al siglo XVIII se lo conoce como siglo de las *luzes*, de la *ilustración* o de la *razón*. El empirismo inglés se combinó en diferente medida con las verdades racionales<sup>47</sup>. El descompás de Inglaterra y el continente, resultado de la prioridad industrialista de la primera, provocó esta pugna de tendencias, que hizo necesario que el tema de la *razón* se elevase a pregunta central, sobre el concepto, posibilidades y alcances de la misma. El nivel más alto de tratamiento de la razón se alcanzó con las investigaciones de Immanuel Kant (1724-1804), cuyas obras fundamentales se llamaron justamente *Críticas* (de la *razón pura* y de la *razón práctica*)<sup>48</sup>, o sea, *investigaciones*. Qué la teoría kantiana de la pena<sup>49</sup> no sea la más feliz de sus construcciones, aunque el filósofo de Königsberg se haya ocupado varias veces de ella<sup>50</sup>. A partir de Fichte se ha sostenido

<sup>46</sup> Hobbes, *Leviatán*, cap. XIII.

<sup>47</sup> Cfr. Cassirer, *Filosofía de la Ilustración*.

<sup>48</sup> *Kritik der praktischen Vernunft, Kritik der reinen Vernunft* (Werkaufgabe, T. III y IV).

<sup>49</sup> La bibliografía sobre Kant es inmensa; una idea hasta mediados del siglo XX en *Facultades de Filosofía y Teología*, p. 83 y ss. Además, Cassirer, *Kant, vida y doctrina*; Kronenberg, *Kant, Sein Leben und Seine Lehre*; Heidegger, *Kant y el problema de la metafísica*; sobre teorías penales en Kant, Cattaneo, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*; Naucke, *Kant und das psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*; Costa, F., *El delito y la pena*; Rivacoba y Rivacoba, *Función y aplicación de la pena*, pp. 79 y 171. Sobre moral y derecho en Kant, Mathieu, en introducción a Kant, *Crítica de la ragione pratica, testo tedesco a fronte*.

<sup>50</sup> Al menos en *Versuch den Begriff der negativen Grössen in die Weltweisheit einzuführen*, *Kant der praktischen Vernunft, Analytik* (Werkaufgabe, VII, p. 150); *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre* (Werkaufgabe, VIII, p. 334); en la misma (Werkaufgabe, pp. 452-460); *Über das Misslingen aller philosophischen Versuche in der Theodizee* (Werkaufgabe, XI, p. 107); *Über Pädagogik* (Werkaufgabe, XII, p. 742).

que para la teoría kantiana la pena no es un medio sino un fin y, en tal sentido, como supuesta teoría *absoluta*<sup>51</sup>, se la opone a las teorías que se llaman *relativas*. Este simplismo genera una confusión que finca en que la expresión de que la pena es un fin en sí mismo debe entenderse en cuanto a las penas en particular, pero no porque en general no le asignase a la punición una función: de lo contrario la teoría kantiana sería *inracional* o *dogmática*.

2. Kant tuvo el mérito de señalar, por la vía de la razón, que el humano debía ser considerado como un fin en sí mismo y que su consideración como medio es contraria a la moral (*imperativo categórico*), pero cuando con esta premisa abordó la cuestión de la pena se halló frente a un problema que, en definitiva, no tiene solución: mientras la coacción que detiene un injusto es justa, la pena posterior, en la medida en que quiera tener algún fin que la trascienda, resulta inmoral, porque *usa a un humano como medio, incluso en el caso en que sea medio para su propio mejoramiento*. Kant no encontró otra forma de resolver esta inevitable contradicción que tratando de asignarle a la pena el carácter de un medio que garantizaba el propio imperativo categórico: quiso demostrar que sin la pena cae directamente la garantía del humano como fin en sí mismo. Kant —al igual que todo el pensamiento ilustrado— no sólo se enfrentaba al problema de legitimar la pena sin mediatizar al ser humano sino también a la necesidad de ponerle un límite o medida a la pena. Por la misma vía deductiva colocó el límite con el talión, lo que por otra parte, era una obsesión de su tiempo (valgan como ejemplos la máquina de azotar de Bentham o la guillotina de los franceses).

3. Si la teoría de la pena de Kant se denomina *absoluta* porque es enteramente deductiva, sin admitir ningún dato empírico, el calificativo es válido, al igual que si se sostiene que en cada caso particular se debe retribuir sin reparar en la conveniencia o inconveniencia casuística. Pero si se la denomina de esta forma porque se entiende que la propia función punitiva no persigue ningún objetivo o finalidad, el calificativo es falso, porque para Kant *la ley penal no es menos defensora social que para los contratualistas*: la pena es un *deber* del estado civil, al punto de que en éste debe imponerse siempre que se comete un delito; si se resolviese rescindir el pacto, antes de hacerlo *debería* imponerse la pena al último de los delincuentes<sup>52</sup>, porque de lo contrario el pacto no se rescindiría, sino que se quebrantaría por incumplimiento. El estado de naturaleza de Kant era muy cercano al de Hobbes: en el estado de naturaleza no habría paz sino que, más bien, era un estado de guerra donde, aunque las hostilidades no se hubiesen roto, existía la constante amenaza de romperlas. Como consecuencia de esta idea, al igual que Hobbes, *no admitía el derecho de resistencia a la opresión*. El imperativo categórico sólo era posible en el estado civil (*bürgerlicher Zustand*) y fuera de él no se concebía, porque imperaba la guerra o su constante amenaza de caos, la utilización del hombre como medio en razón del desenfrenado empleo de la fuerza: de allí la necesidad de la pena, que no mediatizaría al humano porque justamente era la única garantía de su tratamiento como humano. Aunque Kant no sólo no lo explicó claramente, sino que trató por todos los medios de evitarlo, no es difícil descubrir que en su construcción la pena tenía una finalidad, que era la efectivización de la venganza, como defensa y sostenimiento del estado civil, único en que puede respetarse el imperativo categórico. Por ello, la teoría kantiana de la pena, lejos de ser una teoría absoluta porque ésta sea un fin en sí misma, es *la más radical de las teorías de la defensa social*, pues la venganza racional es directamente condición del estado civil, fuera del cual el humano no era respetado como fin en sí mismo. Esta condición era apriorística, o sea que no admitía ninguna prueba empírica en contrario, porque se deducía de que justamente para eso se constituyó el estado civil, contra el que no admitía ningún derecho de resistencia.

<sup>51</sup> Sobre este concepto, Eusebi, *La funzione della pena: il comitato da Kant e da Hegel*.

<sup>52</sup> Kant, *Metaphysik der Sitten (Werkaufgabe, VIII, p. 455)*.

4. Pese a que suele señalarse a Kant como el garante del derecho penal liberal, es mucho más cercano al despotismo ilustrado, que pretendía introducir las reformas dentro del absolutismo y por autoridad de los déspotas (*Todo por el pueblo, todo para el pueblo, pero sin el pueblo*). De cualquier manera es necesario reconocerle a Kant el enorme mérito de haber llevado hasta sus últimas consecuencias la contradicción entre el humano como fin en sí mismo y la pena: lo primero requiere un concepto personalista o intrascendente del derecho (el derecho sirve al ser humano), en tanto que la pena presupone un concepto transpersonalista o trascendente del derecho (el derecho sirve a la sociedad, a la humanidad, al estado, a la clase, a la raza, etc.). Ante esta contradicción, Kant cayó —a través de una cadena de deducciones— en la posición más extrema: *la afirmación de que la venganza talional es condición esencial de la paz, deducida de una definición esencial de la paz, a su vez deducida de una definición que antes había proporcionado. Dedujo como esencial lo que antes había considerado esencial*. No se justifica la pretensión de volver hoy al retribucionismo, como forma de salir del atolladero, ante el fracaso de las otras teorías de la pena<sup>53</sup>, pues no es más que seguir girando dentro del atolladero.

5. En la misma corriente criticista de Kant, el seguidor de la línea de Locke en Alemania y, por ende, más merecidamente garante del liberalismo penal, fue *Johann Paul Anselm Ritter von Feuerbach* (1775-1833). Para el filósofo y penalista bávaro, cualquiera sea la situación externa en que un humano se encuentre, ante la razón sigue siendo libre: el hombre puede hallarse en condición de esclavo, pero no por eso deja de ser libre ante la razón. *En el estado de naturaleza soy libre ante la razón, tanto como lo soy en la situación de la sociedad civil; pero no lo soy en la realidad, puesto que la libertad se apoya sólo sobre mis fuerzas y no está garantizada ni defendida por nadie*, afirmaba en la obra en que se separaba de Kant —y de Hobbes, precisamente llamada *Anti-Hobbes* (1797)<sup>54</sup>—, donde sostenía que el humano no sólo tiene derechos que existen antes de todo pacto o contrato, sino que también, mediante su razón, sabe o puede saber cuáles son los derechos, que la condición natural no le garantiza, pero en su esencia tampoco los afecta. Para Feuerbach los derechos son naturales, al igual que en Locke, aunque sin necesidad de concebir al estado de naturaleza como un estado de armonía<sup>55</sup>. Feuerbach no dejaba abierto el camino hacia el anarquismo contractualista —que tendría su expresión con Baldwin— como lo hacía Locke, pero no permitía tampoco que la necesidad de superar el estado de naturaleza lo llevase al absolutismo, como francamente lo hacía Hobbes y como en definitiva también lo hacía Kant, al negar el derecho de resistencia<sup>56</sup>.

6. Kant había distinguido nítidamente entre la razón pura o teórica y la razón práctica o de la acción (ética), siendo esta última la que le permitía conocer el deber moral (imperativo categórico). Feuerbach realizó una importantísima contribución al distinguir, partiendo de la naturalidad (pre-contractualidad) de los derechos subjetivos, una diferencia entre la razón práctica moral (que permitía conocer el deber moral)

<sup>53</sup> Destaca este fenómeno como nostalgia de Kant y Hegel, Eusebi, *La pena in crisis*, p. 67.

<sup>54</sup> Feuerbach, J. P. Anselm Ritter von, *Anti-Hobbes* (trad. it. de M. Cattaneo).

<sup>55</sup> Su preocupación por el estado de naturaleza, expresada tempranamente (en "Meissners Monatschrift Apollo", p. 197 y ss.), lo llevó a asumir en sus últimos años la protección del famoso *Kaspar Hauser* a escribir alegatos en su favor, v. Feuerbach, *Kaspar Hauser*. Detalles descriptivos en la novela de Wassermann, *El misterioso Caspar Hauser*.

<sup>56</sup> La obra más conocida de Feuerbach como filósofo del derecho penal es la *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* (1799) y como penalista práctico, su *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, cuya primera edición es de Giessen, 1801, alcanzando catorce hasta 1847; las posteriores a la muerte del autor fueron anotadas por Mittermaier; la mejor investigación sobre su obra en Cattaneo, *Anselm Feuerbach, filósofo e jurista liberal*. Su labor legislativa es el Código de Baviera de 1813 (Supra § 17) y un proyecto inconcluso y perdido durante muchos años, publicado en 1978 (Schubert, *Entwurf zu einem Strafgesetzbuch*).

la razón práctica jurídica (que permitía conocer los derechos). El humano, haciendo uso de su razón, puede reconocer cuál es su deber moral, pero también puede reconocer cuál es el límite de su derecho a actuar de modo diferente a ese deber, pues de lo contrario tiende a desdibujarse la diferencia entre la moral y el derecho<sup>57</sup>. El mérito de Feuerbach es innegable; en el ámbito jurídico penal llevó el pensamiento a un mayor nivel dentro del saber penal y, sin duda, fue una de sus más altas cumbres. En este campo fue más alto que el propio Kant, lo que se explica debido a la mayor especialización de Feuerbach en el saber penal<sup>58</sup>. Su contribución al derecho penal liberal consistió precisamente en la profundización de la distinción entre moral y derecho, que inaugurara Thomasius, y en el perfeccionamiento de la imagen antropológica en el saber penal. Pese a todo, y especialmente a sus esfuerzos para explicar y legitimar el poder punitivo, no logró superar la defensa social y menos aun la contradicción entre la pena y el imperativo categórico. Feuerbach intentó profundizar la diferencia entre moral y derecho, para poder concebir a la pena con un fin práctico, pero sin que obstase a esto el imperativo categórico. Por eso construyó su teoría de la pena como coacción psicológica (*psychologische Zwang*), con lo que no logró resolver la contradicción y fue objeto de múltiples críticas. Esta teoría es la más divulgada de las tesis de Feuerbach —y casi la única que todos repiten—, lo que ha ocultado durante muchos años la profundidad y el alto nivel de pensamiento de este autor, especialmente en el mundo penal de lengua neolatina. Por desgracia, fue conocido —particularmente fuera de Alemania— por la menos feliz de sus teorías, precisamente donde su intento choca contra lo imposible: la legitimación del poder punitivo. Pero valorándolo en la integridad de su pensamiento, fue sin duda quien llevó al punto más alto el pensar criticista (investigador de las posibilidades y límites de la razón) dentro del saber penal. Su fracaso con la pena no es más que el fracaso en la legitimación del poder punitivo, común a toda la versión fundacional del derecho penal liberal.

## VI. La defensa social expresa: Romagnosi

L. Giandomenico Romagnosi (1761-1835) fue un pensador liberal que, por vía independiente, llegó a una posición que guarda cierta semejanza con la teoría de la pena como coacción psicológica de Feuerbach, y que desarrolló en su obra más divulgada (*Génesis del Derecho Penal*)<sup>59</sup> la formulación expresa de la teoría de la defensa social<sup>60</sup>. Para Romagnosi, en el estado social la pena debe ser una fuerza que se opone al impulso criminal (*spinta criminale*) como contraimpulso penal (*controspinta penale*), conforme a una regla universal de acción y reacción<sup>61</sup>, en el marco de una sociedad no deducida, sino entendida como *realidad*<sup>62</sup>. Esta teoría tiene varias dificultades, pero en general, hay dos que deben subrayarse: (a) es imposible hablar de *defensa* cuando la agresión ha cesado y se ha agotado; la *defensa* sólo es posible cuando existe y mientras subsiste la agresión, pero cuando ésta ha cesado ya no puede haber *defensa*, pues nadie puede defenderse legítimamente de la agresión pasada

<sup>57</sup> Es así derivar el derecho del deber. Cabe observar que, en una interpretación nazista de la Revolución Francesa, se sostiene que el estado prusiano, sobre la base de Fichte y Kant, opone a los principios de la Revolución Francesa la idea de deberes como esencia del espíritu de comunidad (Ihde, *Revolución 1789*, p. 504).

<sup>58</sup> Sobre Feuerbach puede verse: Kipper, *Johann Paul Anselm Feuerbach*; Radbruch, *Paul Johann Anselm Feuerbach, Ein Juristenleben*; Wolf, E., *Grosse Rechtsdenker*, p. 543 y ss.; Grünhut, en *Rechtsgeschichte*, p. 293 y ss.; Holzhauser, *Willensfreiheit und Strafe*; Binding, en *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, p. 507 y ss.

<sup>59</sup> Romagnosi, *Genesi*, Firenze, 1834 (5ª ed.) (también, Milán, 1857).

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>61</sup> Romagnosi, *Opere edite e inedite*, I, p. 170; sobre la forma "natural" del surgimiento de la ley, del *Ibid.*, en *Ricerche sulla validità*, p. 235.

<sup>62</sup> Romagnosi, *Opere edite e inedite*, parte I, p. 842.

(sólo puede vengarse); (b) la cantidad de daño como medida de la pena (talión) no parece razonable, porque es fortuita y no necesariamente es la medida de la *controspinta penale*<sup>63</sup>.

2. Para salvar el primer obstáculo Romagnosi dio un gran salto: se basó en que la sociedad no es un mero agregado de individuos, sino que es una *realidad diferente* que se inserta como tal en una ley universal que llamó de la *competencia*; toda acción quiere una reacción, principio al que no puede huir la ley positiva, como mera expresión de esta ley universal, que corresponde a una cosmovisión como maraña interminable de acciones y reacciones. Esto le permitió entender que el delito no era sólo la agresión a una persona, sino también –y fundamentalmente– la agresión a una entidad real y distinta (la *sociedad*), que debía defenderse en función de la ley universal de la *competencia*<sup>64</sup>. Si la *sociedad* era una realidad diferente, la agresión continuaba una vez consumada y agotada la lesión a la persona; esto estaba muy cercano a la idea de guerra de Hobbes y de Kant.

3. La segunda objeción se planteará años más tarde, al negar la posibilidad de medir el impulso criminal conforme a la medida del daño del resultado, que siempre es fortuito<sup>65</sup>. Romagnosi –al igual que Kant y todos los racionalistas–, buscaba una medida o un límite, pero su *controspinta penale*, cercana a la *psychologische Zwang* de Feuerbach, no podía hallar su medida en el daño inferido. Kant, más inteligentemente, había tratado de cortar el acceso a cualquier dato empírico para mantener la medida talional. Al no poder limitar la *controspinta* con el talión fundado en el resultado, como consecuencia lógica, quedaba abierta la investigación de la medida necesaria en cada caso, conforme no ya a lo que el delincuente hizo sino a lo que el delincuente es<sup>66</sup>. Esa senda la transitará el positivismo criminológico, provocando la decadencia del pensamiento y la reducción del saber penal a mero discurso policial.

4. Romagnosi y Feuerbach, aunque quisieron y afirmaron la necesidad de la medida de la pena, dejaron abierto el camino a los datos empíricos. La versión fundacional del derecho penal liberal, al no lograr legitimar limitadamente el poder punitivo, se iba desplazando hacia la legitimación ilimitada. Sus pensadores se esforzaron por alcanzar –y de hecho lo lograron– un altísimo nivel de pensamiento en el saber penal, pero no podían eludir la apelación a la guerra, a la defensa social, a teorías que no se fundaban en datos empíricos pero que quedaban clamando por estos datos. La salvación de los límites la encontraban únicamente en el aporte más importante: los *derechos naturales* anteriores al contrato, inalienables, por lo que Feuerbach, con su *razón práctica jurídica*, aparece como uno de los más importantes momentos del contenido pensante del saber penal. Pero todos debían apelar a la defensa social, aunque no usasen ese nombre y aunque se cuidasen de no mencionar parajes peligrosos para el pensar, con lo cual dejaban huecos lógicos. *Defensa social* y *guerra* fueron, con esos u otros nombres, los temas legitimantes pensantes que, por su naturaleza, claman por datos de hecho. No cabe poner en duda el sincero y formidable esfuerzo que muchos de ellos hicieron para no caer en la *defensa social*, como el propio Feuerbach, que polemizaba al respecto con Grolman<sup>67</sup>, que fue el más directo antecedente de Romagnosi. Pero aunque Kant y Feuerbach quisieron rechazar esta idea, en definitiva no pudieron escapar a ella porque, invariablemente, *cualquier legitimación del poder punitivo va a dar en la idea de guerra o de defensa social*, como lo prueba todo el contractualismo, incluyendo a Rousseau.

<sup>63</sup> El propio Romagnosi legitima un mayor rigor para el reincidente en modo parecido al positivismo (*Opere edite e inedite*, parte I, p. 1017); otra semilla no liberal se encuentra en la amplitud con que prevé la prisión preventiva en su *Progetto del Codice di Procedura*, p. 48 y ss.

<sup>64</sup> Sobre la idea de orden en la tradición contractualista, v. Caboara. *La filosofía política di Romagnosi*, p. 17.

<sup>65</sup> Esta objeción fue de Cattaneo, en "Il Politecnico", VI, 1843, p. 604; sobre este autor, Braccini. *Cattaneo*.

<sup>66</sup> Belloni. *Cattaneo tra Romagnosi e Lombroso*, p. 36.

<sup>67</sup> Grolmann. *Grundsätze d. r. Criminalrechtswissenschaft*.

## VII. Un nuevo contrato (socialismo) o ningún contrato (anarquismo)

1. El contractualismo fue el paradigma que sirvió a la clase industrial en el momento de su lucha ascendente contra la nobleza hegemónica. Fue el paradigma del pensamiento que se desarrolló en el espacio abierto por la lucha de esa clase contra la nobleza, pero dentro de ese espacio se pensó y no siempre se lo hizo a la medida de esos intereses, por lo que también mostró su potencial peligroso para los mismos. Uno de esos caminos no coincidentes con los de la clase industrial fue el transitado por el revolucionario francés *Jean Paul Marat* (1743-1793)<sup>68</sup>, quien pese a no ser jurista —era médico— en su tiempo de exilio presentó en 1779, para un concurso abierto en Suiza, un *Plan de legislación criminal*<sup>69</sup>, que no agradó al jurado<sup>70</sup>. En su *Plan Marat* formulaba una crítica revolucionaria y socialista al talión kantiano, pese a admitir que la pena más justa era la talional. Admitía la tesis contractualista afirmando que los hombres se reunieron en sociedad para garantizarse su derecho, pero que la primitiva igualdad social fue negada mediante la violencia que se ejercieron unos a otros, sometiéndolos y despojándolos de la parte que les correspondía. A través de las generaciones, la falta de todo freno al aumento de las fortunas fue lo que hizo que unos se enriquecieran a costa de los otros y que un pequeño número de familias acumulase la riqueza, al tiempo que una enorme masa fue quedando en la indigencia, viviendo en tierra ocupada por los otros y sin poder adueñarse de nada. Se preguntaba si en tal situación los individuos que sólo obtenían desventajas de la sociedad estaban obligados a respetar las leyes, y respondía negativamente: *No, sin género de duda; si la sociedad los abandona vuelven al estado natural y cuando reclaman por la fuerza derechos de que no pudieron prescindir sino para proporcionarse mayores ventajas, toda autoridad que se oponga a ello es tiránica, y el juez que los condene a muerte, no es más que un vil asesino*<sup>71</sup>.

2. Desarrollando sus principios, Marat afirmaba que el único título de propiedad justo era el del cultivador y negaba todos los otros, sobre la base de que nada superfluo puede pertenecer legítimamente a alguien mientras a otro le falte lo necesario. Cabe observar que el germen de la idea de Marat se hallaba en Rousseau, a quien Kant *Social* (1762) decía: *De hecho, las leyes son siempre útiles para los que poseen algo perjudiciales para los que nada tienen. De donde se sigue que el estado social no es ventajoso a los hombres sino en tanto que poseen todos algo y ninguno de ellos tiene el mérito de deslegitimar el poder punitivo de la sociedad de su tiempo. En cuanto al sistema que proponía para una supuesta sociedad justa, sus tesis eran análogas a las de otros teóricos de la época (penas fijas, etc.).*

3. Ante la pugna de poder que se debatía en el proceso del capitalismo naciente, en qué básicamente pueden distinguirse la nobleza, los industriales incipientes y las masas desposeídas y desplazadas a las ciudades, el contractualismo, con Kant (y antes con

<sup>68</sup> La bibliografía sobre Marat es enorme; su figura fue considerada en forma negativa por la generación de los historiadores tradicionales y conservadores; por todos, Funck Brentano, *Marat ou le voyageur des mots*. Fue reivindicada en Jaurés, *Historia Socialista (1789-1900)*; en Buenos Aires se publicó la biografía de Barthou-Walter, *Marat*. La bibliografía más reciente tiene una posición mesurada y respetuosa; sobre esta evolución, Coquard, *Marat, O amigo do Povo*.

<sup>69</sup> Existe una traducción castellana: Marat, *Principios de legislación penal* (en la edición argentina preliminar de M. de Rivacoba y Rivacoba); en francés: *Plan de législation criminelle* (con introducción de Daniel Hamiche); en traducción alemana, *Plan einer Criminalgesetzgebung*; en traducción en ruso de Aleksei Adolfovic Gerezenon. *La teoría jurídicopenal de Jean Paul Marat; estudio de sus ideas penales*, Lohmann, *Jean Paul Marat und das Strafrecht in der französischen Revolution*.

<sup>70</sup> El premio fue otorgado a la obra de Globig-Huster. Globig era consejero del reino de Sajonia (v. *Historia del Estamento des Criminalrechts*, p. 283 y ss.).

<sup>71</sup> *Ibidem*, trad. cast., p. 14.

Hobbes), ofrecieron argumentos a la medida del despotismo ilustrado, es decir, de los sectores de la nobleza que pretendían introducir reformas racionales para evitar la pérdida de la hegemonía social; Feuerbach (y antes Locke) proporcionaban discursos más útiles a los capitalistas incipientes, pues les reconocían derechos subjetivos naturales, anteriores al estado e intangibles por éste, y un derecho a la resistencia en la medida en que no se les respetasen; y Marat, por último, discurría en forma que se adaptaba a quienes pretendían una revolución radical, que llevase a las masas desposeídas al poder e instaurase una sociedad igualitaria. De esta manera, el contractualismo dio argumentos para tres posiciones políticas bien diferentes e incompatibles: despotismo ilustrado, la revolución capitalista y la revolución socialista.

4. De la lectura de Locke no surgen muy claras las dificultades que habrían decidido al hombre a dejar el estado de naturaleza o, por lo menos, no resultan bastante convincentes. Mucho más fuerte fue la argumentación de Hobbes, pues para éste era la necesidad de salir de la guerra y del caos. Menos convincentes parecen ser los argumentos de Feuerbach y los del propio Rousseau. En la medida en que se asegura la existencia de derechos anteriores al contrato (naturales) y reconocibles por la razón, menos se justifica el paso del estado de naturaleza al estado social, y viceversa: cuanto más tenebrosos sean los trazos con que se describa al estado natural, más se justifica y explica el voluntario sometimiento humano al contrato. El paradigma contractualista y la descripción del estado de naturaleza que presupone, sumado a la experiencia histórica, provocó también desarrollos que llevaron directamente al desprestigio del contrato social. Por un lado, la comprobación de que la sociedad no había servido justamente para asegurar el respeto a los derechos anteriores al contrato, debía llevar a que alguien pensase que el poder político, más que facilitar, realmente dificultaba el respeto a estos derechos e impedía su reconocimiento racional. Esta fue la tesis anarquista racionalista de *William Godwin* (1756-1836), expuesta principalmente en su obra *Enquiry concerning Political Justice* (1793)<sup>72</sup>: si existen derechos naturales, éstos no pueden realizarse en una *sociedad artificial* sino en una *natural*, en que la educación permita a cada humano reconocer esos derechos mediante el recurso a la razón. El anarquismo de Godwin es una suerte de deslegitimación del pacto de Locke y de Feuerbach. Por el camino de un racionalismo jusnaturalista transitó también Bakounine: *La libertad del hombre consiste en que obedezca únicamente a las leyes naturales, que él mismo reconoció tales, y no porque le fueran exteriormente impuestas por una voluntad extraña, humana o divina, colectiva o individual cualesquiera*.

5. Pero lo curioso es que algo parecido se logró también por el otro camino: el estado de naturaleza era la guerra, en realidad tampoco la historia está en condiciones de exhibir muchas razones para creer que el pacto social la haya superado. Fue en este caso un alemán, *Johann Caspar Schmidt*, que escribió con el pseudónimo de *Der Einzige* (1806-1856) y en 1843 publicó su libro *Der Einzige* (*El único*), quien retomó el planteo de Hobbes (y quizá el de Kant) y, consecuentemente, negó todo derecho anterior a cualquier contrato y glorificó la guerra, que llevaría a un estado de equilibrio<sup>74</sup>. Si bien este anticontractualismo anárquico, en cuyo seno el valor pensante de la elaboración de Godwin es muy superior al de Stirner, no es propiamente una manifestación de contractualismo, no es menos cierto que se trata de una reacción negativa que se operó en el ámbito del pensamiento creado por ese paradigma, reafirmando

<sup>72</sup> Godwin, *Investigación acerca de la justicia política*.

<sup>73</sup> Bakounine, *Dios y el Estado*, p. 71; se ha observado que en el pensamiento anárquico existió una corriente contraria al jusnaturalismo, en la que se menciona a Malatesta, para quien el anarquismo es una elección ética (así, La Torre, en "Il diritto e il rovescio", p. 105). En general, sobre el movimiento anarquista Giner, *Historia del pensamiento social*, p. 428 y ss.

<sup>74</sup> Stirner (Kaspar Schmidt), *Der Einzige und sein Eigentum*.

aserto de que no fue elaborado a la medida de una clase sino que se dio en un espacio que ésta abrió, pero que fue rico y políticamente policrómico.

### VIII. El liberalismo sin metáfora: el pensamiento norteamericano

1. El pensamiento dominante en la revolución norteamericana no fue tributario del contractualismo. Rechazó en general el concepto de estado que recibía de Europa, cuestionando los rasgos principales del contractualismo, desde el individualismo ontológico hasta el formalismo legal y un concepto del estado como algo superior a la dimensión humana<sup>75</sup>, lo que los teóricos denominaron *democracia natural o estado natural*. Fue la propia cohesión social de las colonias norteamericanas la que hizo innecesaria la apelación a la metáfora del contrato y a la ficción de un humano *preestatal*. La revolución norteamericana —a diferencia de la francesa— no cambió ni pretendió cambiar una estructura social, sino que se limitó a organizar el autogobierno de una sociedad ya establecida y que no alteraba. Esta sociedad, además, se integraba con pequeños propietarios, no conocía aristocracia ni privilegios feudales, extendía permanentemente su frontera geográfica y toleraba cualquier culto<sup>76</sup>. La ética protestante y el puritanismo nutrieron los valores de la convivencia colonial norteamericana<sup>77</sup>: los puritanos eran enemigos de los anglicanos y carecían de estructura centralizada y jerarquizada. La idea dominante era que la creciente riqueza aumentaría el bienestar y disolvería las contradicciones sociales.

2. Los norteamericanos no necesitaron recurrir a una imagen metafórica para reformar un contrato, sino que vivenciaban la existencia misma del contrato, lo que les llevó a plantearse su aseguramiento institucional: se enfrascaron en una cuestión descuidada en Europa, que era la preservación del contrato frente a la mutante voluntad de las mayorías. Su *Bill of Rights* fue un instrumento práctico de preservación y no una ideología que pretendiera universalizarse como la francesa. Su sentido originario no consistió en la preservación de los derechos de los ciudadanos frente a cualquier manifestación del estado, sino el resguardo de los límites en que el estado federal podía legislar frente a las autonomías de los estados federados; fue en el curso del siglo XIX que lentamente se abrió paso en la jurisprudencia su admisión como instrumento de preservación de los derechos de los ciudadanos. De este modo el *Bill of Rights* fue un instrumento aplicable exclusivamente al gobierno federal y no a los estados<sup>78</sup>. Esta fue la base del sistema de *checks and balances* que tomó cuerpo en la Constitución. Se trató, pues, de un liberalismo que no utilizó el contrato como metáfora, por surgir en forma natural en una sociedad que se percibía a sí misma sin exclusiones, autopercepción que permitió considerar que los negros no eran norteamericanos, idea que fue compartida también por los antiesclavistas más esclarecidos<sup>79</sup>. Sus expresiones teóricas más significativas se hallan en las obras de Thomas Paine (1737-1809) y en *El Federalista*. La dimensión política de Paine se fundaba en la teoría de la *armonía natural de los intereses humanos*, por lo cual polemizaba con el reaccionario inglés Burke. Criticaba las estructuras estratificadas europeas, de modo bastante parecido a Marat: *Cuando en un país que se dicen civilizados vemos a la ancianidad ir al hospicio y a la juventud al ejército, tiene que ser porque algo marcha mal en el sistema de gobierno. Tal vez la*

<sup>75</sup> Véase el origen del contractualismo norteamericano, Holmes, en "Constitucionalismo y democracia", en *El contrato social*, p. 137 y ss.; su proyección al paradigma de control social, Singer, *Democracia y desobediencia*, p. 72 y ss.; su proyección al paradigma de control social, Singer, *Democracia y desobediencia*, p. 72 y ss.; su proyección al paradigma de control social, Singer, *Democracia y desobediencia*, p. 72 y ss.

<sup>76</sup> Véase, por ejemplo, *La democracia en América*; Crossman, *Biografía del Estado moderno*, p. 95; Giner, *El contrato social*, p. 398 y ss.

<sup>77</sup> Véase, por ejemplo, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*.

<sup>78</sup> Véase, por ejemplo, *El contrato social*; v. Sánchez González-Mellado Prado, *Sistemas políticos*, p. 74-77.

<sup>79</sup> Véase, por ejemplo, *El negro y la democracia norteamericana*, en especial, p. 58 y ss.



pero, oculta a la vista del que apenas tiene otra opción en la vida está señalada con el látigo los castigos<sup>80</sup>. En cuanto a que en una república no se muestra la opresión de sus gobernantes las injusticias de la otra de los derechos de las minorías, que asegura institucionalmente medidas.

La exclusión era sostenible modificada con el correr de los tiempos la incorporación tuvo un efecto principal en lo académico: se siguió a utilizar para legitimar la represión de los condenados sin tener en cuenta sus intereses incorporados a la sociedad. Los argumentos para delinquir; de allí se puede más que ratificar su inclusión

### Contractualismo

Entre la necesidad de legitimar el poder limitado por lo primero y elevable. Fuera del penalismo –si por el contrato penal– el contractualismo dio que operaron con ese paradigma pero entre ellos sólo pueden ser Giandomenico Romagnosi, pues su inclusión es ineludible pero incidental. De que pensaron la política desde la perspectiva que no erraron su diagnóstico del poder político, lo que contrasta con los siglos del siglo XX, que descuidaron el tiempo que los penalistas opacaban los tratamientos.

Parte, debieron explicar la notoria del siglo XVIII y la primera del siglo XIX de la privación de libertad el efecto de la privación de libertad el efecto de la privación, porque hasta entonces la pena general no operaba como pena y el contractualismo la gravedad del delito y hasta entonces se había pensado en los delitos), de carácter tal como el efecto de la privación de libertad el efecto de la privación tuvo lugar en el sentido de

van den Haag. *Punishing Criminals*.

una tasa prácticamente única (en una única especie) y medida en forma lineal. Esto responde a toda una cosmovisión lineal de la época mercantilista: progreso, medida del tiempo, unificación de penas y medidas para facilitar el comercio, etc., todo era considerado lineal y evolutivo. Dentro de esta concepción del mundo y aunque no lo expresaran claramente, se entendía que el delito era una violación contractual que se debía indemnizar, para lo cual se privaba al infractor de su trabajo como mercancía (que podía ofrecer en el mercado).

3. De cualquier manera, este momento de alto pensamiento y reflexión echó las bases de un derecho penal como discurso limitador de la punición, cuya característica más saliente fue pretender basarla en un acto, sometido a la legalidad, a la judicialidad y a un debate acusatorio con derecho de defensa. Sin duda, representaron un momento de auténtico pensamiento en el saber penal y su aporte –es decir, la *versión fundacional del derecho penal liberal*– les garantizó un lugar de preferencia en la historia. El lastre de su pensamiento lo constituye su teoría de la defensa social: la pena era para ellos necesaria por efecto mismo del contrato. Esta supuesta necesidad –que sobrevive en el llamado *retribucionismo* contemporáneo– por vía del idealismo deductivo pasó por alto la selectividad estructural que desbarata el aspecto legitimante de su discurso.

4. No es posible detenerse en particular en todos los penalistas del racionalismo en razón de la extrema riqueza del movimiento. Un análisis de este tipo excede el marco demostrativo de (a) el alto grado de contenido pensante del saber penal de esta época; (b) el invaluable aporte de la *versión fundacional del derecho penal liberal*; y (c) la notable contradicción entre legitimación y límite, que contenía en germen los elementos que se emplearían para demoler su obra ciclópea. A estos efectos es suficiente destacar que hubo una etapa preparatoria o político-criminal del racionalismo, con Beccaria como el más difundido de los pensadores penales de la Ilustración; y una segunda o posterior etapa constructiva del sistema del derecho penal, partiendo de los modelos del liberalismo penal, para lo cual es suficientemente demostrativa la llamada *revolución toscana* con Carmignani y Carrara. El liberalismo fue satanizado en España por Portugal, pero no obstante, ambos países tuvieron también sus penalistas ilustrados: Lamfalussy en España y Mello Freire en Portugal.

5. La tradición y la formidable difusión de la obra de Cesare Bonesana, *marqués de Beccaria* (1734-1794)<sup>81</sup>, impone abrir el elenco de los juristas del momento fundacional de derecho penal italiano el menos penalista de sus integrantes, en lo que a técnica jurídica o elaboración de sistema se refiere. El marqués milanés no fue un destacado jurista, aunque su nombre sea el más reiterado y debería ser considerado como la incuestionable cabeza visible de ese momento histórico, a quien se remiten como referencia para coincidir o polemizar. Su obra, *De los delitos y de las penas* (1764)<sup>82</sup> es un producto de juventud que tiene mucho más de discurso político que de estudio jurídico científico. Pese a ello, este libro fue sumamente oportuno y sus resultados fueron extraordinariamente positivos<sup>83</sup>. Su pensamiento pertenece más a la vertiente revolucionaria que al despotismo

<sup>80</sup> Bibliografía sobre Beccaria: Manupella, en separata del "Boletim da Faculdade de Direito da Univ. de Coimbra", 1963, pp. 107-375; Accademia Nazionale dei Lincei, *Secondo centenario della pubblicazione dell'opera "Dei delitti e delle pene"*; Graven, *Grandes figures et grandes oeuvres de Beccaria*, p. 97 y ss.; Nuvolone, *Trent'anni di diritto e procedura penale*, p. 438 y ss.; Spirito, *Storia del diritto penale italiano*, p. 39 y ss.; Mondolfo, *Cesare Beccaria e su obra*; Maestro, *Cesare Beccaria*; Gualandri (coord.), *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*; Centro Nazionale di Studi e Ricerche in Difesa Sociale, *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*; Zorzi, *Cesare Beccaria: contributo alla "Ciencia e Política Criminal"* em honra de Heleno Fragoso, p. 5 y ss.; Beiderman, en *Estudios de derecho penal y criminología en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, p. 107 y ss.

<sup>81</sup> *Dei delitti e delle pene*, a cura di Franco Venturi.

<sup>82</sup> La obra fue traducida a varias lenguas. En castellano, *Tratado de los delitos y de las penas*, traducido del italiano por Don Juan Antonio de Las Casas; también, *Tratado de los delitos y de las penas de Beccaria, nueva traducción*. Un análisis detallado de las primeras versiones castellanas en *Estudios de derecho penal y criminología en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, p. 107 y ss.

ilustrado, como que integraba el círculo en que descollaban los hermanos Verri en Milán<sup>87</sup>. La primera edición del libro fue anónima y Beccaria no volvió a ocuparse de la cuestión penal, sino de temas económicos y técnico-financieros<sup>88</sup>, pasando el resto de sus días en cargos burocráticos. Su pensamiento fue cercano a Rousseau en cuanto al contractualismo y de ello derivaba la necesidad de legalidad del delito y de la pena. Consideraba que las penas debían ser proporcionadas al daño social causado y rechazaba duramente la crueldad inusitada de éstas y de la tortura, que era el medio de prueba más usual. Sostenía que debía abolirse la pena de muerte, salvo en los delitos que ponían en peligro la existencia de la nación, basado en que era inadmisibles que alguien hubiese cedido en el contrato el derecho a la vida, lo que criticó Kant. Su obra fue rápidamente traducida a varias lenguas e influyó en todas las reformas penales de los déspotas ilustrados de su tiempo. El impulso difusor más importante se lo proporcionó Voltaire, quien le dedicó un importante comentario consagrado en Francia. Voltaire—hombre del Iluminismo—había asumido la defensa *post mortem* de un protestante francés—Jean Calas—acusado de asesinar a su hijo por querer convertirse al catolicismo y condenado al suplicio de la rueda<sup>89</sup>. Dos años después de la ejecución de Calas, Voltaire obtuvo la declaración judicial de su inocencia, con el consiguiente escándalo. En ese momento llegó a Francia la obra de Beccaria y Voltaire no perdió la ocasión de difundirla<sup>90</sup>. Como resultado de esta prédica fueron desapareciendo las penas atroces de la legislación, al menos formalmente.

6. Manuel de Lardizábal y Uribe (1739-1820) había nacido en México pero desarrolló su obra en España, por lo que bien puede ser considerado *el primer penalista de América española*<sup>91</sup>, aunque también lo reivindica como propio el País Vasco. Fue hombre de la Ilustración y su mejor obra, el *Discurso sobre las penas* (1782)<sup>92</sup> responde a esta corriente. Lardizábal combinaba la teoría del contrato social con el aristotelismo, pues sostenía que el contrato no se producía por una necesidad respondiendo a la inclinación social del hombre. Sus ideas penales son cercanas a las de Beccaria, aunque con notorios acentos de Filangieri y tono político escasamente revolucionario. No defendió el principio de legalidad del contrato social, sino de razones prácticas. Si bien se confiesa católico, concede a la religión el valor de un medio de control social idóneo para contener la agitación, para decirse que era un funcionalista en este aspecto. En cuanto a su formación jurídica, era muy cercana a la de Beccaria, siendo su obra mucho más técnica<sup>93</sup>, aunque no tuvo el mismo resultado posterior inmediato que la de éste<sup>94</sup>. Su erudición se manifestó en la presentación de la edición del *Fuero* de la Real Academia<sup>95</sup>.

7. El portugués Pascual José de Mello Freire dos Reis (1738-1798) fue catedrático de Derecho desde 1781. Su obra científica consiste en una trilogía: una historia del derecho portugués, sus instituciones de derecho civil y sus *Institutiones Juris Criminalis Lusitani* (1789)<sup>96</sup>. En 1781 publicó

*penas*, p. 152. Su traductor alemán fue un iluminista (Hommel, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*). La edición anastática en italiano. *Dei delitti e delle pene*. Edizione rivista, corretta e disposta secondo l'ordine della traduzione francese, opera dell'autore coll'aggiunta del commentario alla detta opera di Mr. Voltaire tradotta da...

<sup>87</sup> Puede verse, Valeri, Pietro Verri.

<sup>88</sup> Pueden verse en *Opere diverse* (dos volúmenes, en especial el volumen segundo).

<sup>89</sup> v. Dassen, *Voltaire, defensor de Juan Calas*; el comentario de Voltaire a la obra de Beccaria en la trad. de Laplaza, p. 241 y ss.; sobre su pensamiento penal, Casas Fernández, *Voltaire, pensador*; Hertz, *Voltaire und die französische Strafrechtspflege im 18. Jahrhundert*. La reacción francesa sosteniendo la culpabilidad de Calas; así, De Maistre, *Las veladas de San Petersburgo*, vol. I, p. 149 y ss. Robert, *Les grands procès de l'histoire*, p. 149 y ss.

<sup>90</sup> La famosa trad. francesa de Morellet: Beccaria, *Traité des délits et des peines*.

<sup>91</sup> Blasco y Fernández de Moreda, *Lardizábal, El primer penalista de América española*.

<sup>92</sup> *Discurso sobre las penas* (edición facsimilar con prólogo de Javier Piña y Palacios, 1982). Edición anastática con notas de Manuel de Rivacoba y Rivacoba.

<sup>93</sup> Cfr. Rivacoba y Rivacoba, *Lardizábal, un penalista ilustrado*; también (con la colaboración de Luis Guzmán D'Albora), *Manuel de Lardizábal o el pensamiento ilustrado en derecho penal*. Lardizábal, *Discurso sobre las penas*.

<sup>94</sup> De cualquier modo, Gutiérrez publicó una síntesis y reproducción de sus ideas: *Discurso sobre los delitos y las penas*.

<sup>95</sup> Lardizábal, *Discurso sobre la legislación de los visigodos y formación del Libro de Jurisprudentia Iudicis*, en "Fuero Juzgo en Latín y Castellano cotejado con los más antiguos y precisos", Real Academia Española", pp. III a XLIV.

<sup>96</sup> Paschalis Josephi Mellii Freirii, *Institutionum Juris Criminalis Lusitani; seu de delictis et poenis Lusitaniæ Historia Juris Civilis Lusitani; Institutiones Juris Civilis Lusitani, cum Publici tunc Privati*.

(formalmente de la reina María I, a *Rainha Louca*) el encargo de proyectar dos códigos, uno de derecho público y otro criminal<sup>97</sup>. Su posición, cercana a la de Beccaria y Filangieri, le acarreó la enemistad de los revisores de sus proyectos y de los censores de sus obras. Su proyecto era extraordinariamente avanzado en relación con la atrasadísima legislación portuguesa a la sazón vigente (las *Ordenações Filipinas*). En su exposición de motivos citaba a Beccaria, Montesquieu, Servan, Locke, Rousseau, Vermail, Blackstone, etc. La pena tenía para Mello Freire un claro fin preventivo: *o para que enmende 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*. Si bien el proyecto de Mello Freire no fue sancionado, ejerció una gran influencia en el pensamiento portugués y brasileño posterior. Sus *Instituições* nunca fueron traducidas íntegramente a la lengua romance<sup>98</sup>, aunque fue el libro de texto dominante en Portugal durante muchos años. Sin duda se trata de un autor con sólida formación jurídica y altamente informado del movimiento ilustrado de su tiempo.

8. En Toscana floreció una escuela cuyo primer expositor —Giovanni Alessandro Francesco Carmignani (1768-1847)— fue un claro exponente de la etapa fundacional del derecho penal liberal, en tanto que el segundo —Francesco Carrara (1805-1888)— fue quien la desarrolló en forma monumental. La obra más específica de Carmignani<sup>99</sup> fueron sus *Juris Criminalis Elementa*, nombre que le da en su tercera edición (1822), pues en la primera (1809) había sido *Elementa Jurisprudentiae Criminalis*.<sup>100</sup> Su principal característica era la deducción del derecho penal de la razón, llegando a una concepción preventiva de la pena y, en otra obra posterior (*Teoría de las leyes de la seguridad social*, de 1831-1832)<sup>101</sup> propone directamente el reemplazo de delito y pena por ofensa y defensa. Su gran mérito consistió en haber intentado seriamente la construcción de un sistema del derecho penal derivado de la razón: la anarquía legislativa italiana y la falta de una constitución o código práctico garantizador al estilo norteamericano le obligaban a buscar los límites al poder punitivo en la razón. Desde esta premisa deductiva construyó un sistema del derecho penal, erigiéndose de ese modo en el puente necesario para incorporar al discurso del derecho penal los principios liberales expresados en los trabajos de política criminal o de crítica, como el de Beccaria. Si bien hay otros autores que también merecen ser señalados —Pagano en Nápoles, y entre los alemanes Feuerbach—, y que ensayaron la construcción sistemática, Carmignani puede ser considerado el más afortunado en lengua no germana y, por otra parte, quien abiertamente lo confiesa sin pretender que se está limitando a la interpretación de un texto. Es fundamentalmente diferente el espíritu de sistema que preside las elaboraciones de Carmignani y el que se halla en los trabajos de los posglosadores o prácticos, aunque en lo exclusivamente técnico no sólo no despreció, sino que incorporó la experiencia de los segundos, pero en tanto que éstos se limitaban —o pretendían limitarse— a comentar leyes, Carmignani tenía por fuente la razón y las leyes se conformaban a ella, o bien no eran racionales, con lo cual logró vestir con técnica dogmática los principios liberales y, de ese modo, volverlos prácticos para legisladores y jueces<sup>102</sup>, objetivo al que contribuía su activo ejercicio de la abogacía<sup>103</sup>. En definitiva su metodología no dejaba de ser dogmática, aunque con una clara particularidad: el derecho penal liberal requiere un marco liberal, o sea, una constitución; ante la ausencia, primitivismo o rudimentariedad de este instrumento, la intencionalidad política liberal de Carmignani en la construcción del sistema lo llevaba a procurarlos en la razón y a pretender deducirlos de ella. Por este motivo puede ser considerado el más directo antecedente del derecho penal de garantías, enmarcado en el derecho constitucional y en el derecho internacional, pues se vio en la necesidad de construirlo construyendo de marco normativo de superior jerarquía.

<sup>97</sup> Supra § 17.

<sup>98</sup> Hay fragmentos traducidos en "Boletim do Ministério da Justiça", nº 49, julio de 1955, p. 67 y ss.

<sup>99</sup> Sobre Carmignani: Pardini, *Cenni biografici intorno al Prof. Giovanni Carmignani*; Ambrosoli, *Cenni intorno alla vita e alle opere del Prof. Giovanni Carmignani*, en trad. italiana cit., p. XI y ss.; Carrara, *Giovanni Carmignani e i suoi scritti di filosofia del diritto*.

<sup>100</sup> Carmignani, Joannis, De Pisana Academia Antecessoris, *Juris Criminalis Elementa*; trad. italiana, *Elementi di Diritto Criminale del Professore Giovanni Carmignani*.

<sup>101</sup> Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*.

<sup>102</sup> Es absolutamente injusta la minimización que de su obra hace Spirito, p. 60 y ss.

<sup>103</sup> Son notables sus escritos en el foro, aunque poco difundidos en su propio país, pese a que él mismo recopiló en cuatro volúmenes: *Cause celebri discusse dal Cav. Commendatore Giovanni Carmignani* (Milán, en 1847).

9. Francesco Carrara (1805-1888)<sup>104</sup> fue desde 1848 profesor en Lucca, su ciudad natal, hasta que en 1859 paso a la cátedra de Pisa, como sucesor de Mori (divulgador del pensamiento penal alemán en Italia)<sup>105</sup>, aunque en realidad fue el continuador ideológico de Carmignani, pues prosiguió su senda metodológica<sup>106</sup>, profundizándola y enriqueciéndola con la construcción de un sistema mucho más desarrollado, especialmente en cuanto a investigación de la parte especial, que expone en su monumental *Programma del Corso di Diritto Criminale*, cuya publicación inició al ocupar la cátedra de Pisa. Con Carrara la construcción del sistema del derecho penal alcanzó un elevadísimo nivel técnico, al punto de señalársele en esta vertiente como la cumbre del derecho penal liberal en su versión fundacional. Al extinguirse la vida de Carrara ya aparecían los signos de la decadencia del pensamiento en el derecho penal, es decir, que se había puesto en marcha el franco proceso de demolición de la construcción liberal del derecho penal. Carrara no tuvo tiempo de discutir directamente con los positivistas, pero lo hizo con los románticos del idealismo alemán (Röder), intuyendo claramente por dónde venía el peligro<sup>107</sup>.

10. La extrema riqueza del pensamiento racionalista penal hace imposible tratar aquí en forma particular a todos los autores de esa corriente y tiempo. Entre los no considerados antes, sólo por las mencionadas razones de extensión, deben recordarse a *Karl Ferdinand Hommel* (1722-1781), traductor alemán de Beccaria, quien expuso una interesante concepción liberal contractualista basada en el determinismo<sup>108</sup>; al ilustrado austríaco, *Josef von Sonnenfels* (1733-1817), que impulsó la abolición de la tortura<sup>109</sup> y las reformas legislativas de principios del siglo XIX; a *Michel de Servan* (1739-1807), que fue el teórico francés del despotismo ilustrado<sup>110</sup>; al napolitano *Gaetano Filangieri* (1752-1788)<sup>111</sup>, cuya *Scienza della Legislazione*<sup>112</sup> recibió una marcada influencia de Locke y de Beccaria, y que inspiró a legisladores y proyectistas españoles<sup>113</sup> y portugueses y, por ende, a la primera codificación penal latinoamericana; al también napolitano *Francesco Mario Pagano* (1748-1799), que intentó la construcción de un sistema, especialmente en sus *Principios del Código Penal*, publicados póstumamente en 1803, en que adelanta el intento de Carmignani<sup>114</sup>; a *Pellegrino Rossi*

<sup>104</sup> Sobre este autor: Scalvanti, *Francesco Carrara nella storia politica del giure criminale*; Lepetit, *Francesco Carrara, Sumo Maestro del derecho penal*; Spirito, op. cit., p. 193 y ss.; Nuvoletti, *Trenta anni di diritto e procedura penale*; Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa, *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*; Cattaneo, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*; Aguilera Betancur, *El pensamiento jurídico-penal de Francesco Carrara*.

<sup>105</sup> Mori, *Scritti Germanici di Diritto Criminale*; existe una extraña edición parcial de trabajos anónimo, en dos tomos: *Scritti Germanici di Diritto Criminale. Opera que può formar seguito e compimento alla teorica del Diritto Penale di A. Chaveau*.

<sup>106</sup> *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella R. Università di Pisa dal Professore Francesco Carrara*; sus otros trabajos se hallan en: *Opuscoli di Diritto Criminale del Professore Francesco Carrara*.

<sup>107</sup> Cfr. Zaffaroni, en Facoltà de Giurisprudenza dell'Università di Pisa, "Francesco Carrara nel primo centenario della morte", p. 411 y ss.

<sup>108</sup> Sobre este autor, Zahn, *Hommel als Strafrechtsphilosoph und Strafrechtslehrer*; Schmidt, *Einführung*, p. 209; de sus obras, Hommel, *Philosophische Gedanken über Criminalrecht, über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetze*.

<sup>109</sup> Sonnenfels, *Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz; Über die Abschaffung der Todesstrafe*; también *Über die Stimmenmehrheit bey Kriminal-Urtheilen*; sobre este autor: Müller, *Josef von Sonnenfels*; Lustkandl, *Sonnenfels und Kudler*; Schmidt, Eb., *Einführung*, p. 211 y ss.

<sup>110</sup> *Oeuvres de Servan, Nouvelle édition augmentée de plusieurs pièces inédites, avec des observations et une notice historique, par X. de Portets*; en especial el *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, T. II, p. 1 y ss. y *Des assassinats et de vols politiques, ou des proscriptions*, T. III, p. 365 y ss.

<sup>111</sup> Respecto de Filangieri, los trabajos reunidos en AA.VV., *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*; Ruggiero, *Gaetano Filangieri. Un uomo, una famiglia, un amore nella Napoli del settecento*; Ajello, *Formalismo medievale e moderno*, p. 38 y ss.

<sup>112</sup> *La Scienza della Legislazione del Cavaliere Gaetano Filangieri. La Scienza della Legislazione di Gaetano Filangieri*; se tradujo al castellano y se redactó incluso un compendio: *Compendio della Scienza della Legislazione di Gaetano Filangieri*.

<sup>113</sup> Cfr. Lalinde Abadía, en "Gaetano Filangieri e l'Illuminismo Europeo", p. 454 y ss.; Schmidt, en la obra cit., p. 519 y ss.; Galindo Ayuda, en la misma, p. 375 y ss.; Cattaneo, op. cit., p. 270 y ss.

<sup>114</sup> Pagano, *Principj del codice penale*; del mismo, *Considerazioni sul processo criminale*; también *Saggi politici*, en *Opere filosofico-politiche ed estetiche*, Saggio II.

(1787-1848)<sup>115</sup>, que desde el eclecticismo historicista no se apartó de la huella liberal generalizada<sup>116</sup>; al norteamericano *Edward Livingston* (1764-1836), quien comenzó su proyecto de legislación para Louisiana siguiendo cercanamente a Bentham, pero que luego dio un marcado giro al racionalismo<sup>117</sup>; etc. Por las mismas razones no es posible detenerse en otros importantes trabajos de juristas y no juristas, como los del intelectual milanés *Pietro Verri* (1728-1797)<sup>118</sup> y del jurista y literato español *Juan Pablo Forner* (1756-1797) contra la tortura, del español *Valentín Tadeo de Foronda* (1751-1821)<sup>119</sup>; y también las ideas penales de otros pensadores mencionados, como *Rousseau*, *Voltaire* y, aunque no contractualista, del propio *Montesquieu*, que puede considerarse el moderno fundador de la sociología jurídica<sup>120</sup>.

<sup>115</sup> *Rossi, Opuscoli Compiute di P. Rossi* (hay al menos dos ediciones en Bruselas, 1835 y 1850); en *Tratado de Derecho Penal* (trad. de Cayetano Cortés).

<sup>116</sup> Investigaciones referentes a Rossi en *Ledermann, P. Rossi, l'homme et l'économiste*; Biggini, en *Stati di Diritto, Economia e Politica*, 1930, p. 140 y ss.; Graven, *Pellegrino Rossi*; sobre su vida, *Andreotti, Ore 13: il Ministro deve morire*.

<sup>117</sup> Sobre este autor: *Hunt, Life of Edward Livingston*; Moore, en "Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology", 1928, p. 344 y ss., con gran información bibliográfica; Dumas, *Journal of American Biography*, T. XI, p. 309 y ss.; también la bibliografía indicada Supra § 17.

<sup>118</sup> Véase, Verri, *Observaciones sobre la tortura*.  
<sup>119</sup> *Foronda, Rivacoba y Rivacoba*, en "Boletín de la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes", n.º 132, 1997, p. 175 y ss.

<sup>120</sup> *Montesquieu, Œuvres de Monsieur de Montesquieu, nouvelle édition; Esprit des Lois, par Montesquieu, avec le portrait de l'auteur et un choix des observations de Dupin, Crevier, Voltaire, Mably, La Harpe, etc.*; *Barrière, Un grand Provincial: Charles-Louis de Secondat, baron de la Brède et de Montesquieu, sa pensée politique et constitutionnelle*; *Stooss*, en "Sch. Z. f. Strafrecht", 32, 1919, p. 22 y ss.; *Garrido*, en "Fest. f. W. Kiesselbach", p. 117 y ss.; *Garrido, Montesquieu penalista*, en "Notas de Sociología", p. 157 y ss.

## Capítulo VIII: La decadencia del pensamiento

AA.VV., "Gedächtnisschrift f. Franz von Liszt", en ZStW, 1969, p. 685 y ss.; "Revue Internationale de Droit Pénal", 1951; AA.VV., "Homenaje a Pedro Dorado Montero", en "Revista de Estudios Penitenciarios", Madrid, 1971; AA.VV., *L'opera di Cesare Lombroso nella scienza e nelle sue applicazioni*, Turín, 1908; Abbagnano, Nicola, *Dizionario di Filosofia*, Turín, 1980; del mismo, *Historia de la Filosofía*, Barcelona, 1973; también, *Filosofía, religión y ciencia*, Buenos Aires, 1961; Abegg, Julius Friedrich Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts-Wissenschaft*, Neustadt a.d. Orla, 1841; del mismo, *Die verschiedene Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse zu einander und zu dem positiven Rechte und dessen Geschichte*, Neustadt a.d. Orla, 1835; también, *Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft*, Breslau, 1830; Abraham, Tomás, *El último oficio de Nietzsche y la polémica sobre El nacimiento de la tragedia*, Wilamowitz-Rohde-Wagner, Buenos Aires, 1996; Ahrens, *Das Naturrecht oder die Rechtsphilosophie nach dem gegenwärtigen Zustande dieser Wissenschaft in Deutschland*, Braunschweig, 1846; *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, Viena, 1870; 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* (trad. de P. Rodríguez Hortelano y M. Ricardo de Asensi), Madrid, 1873; en francés, *Cours de droit naturel ou de Philosophie du droit*, París, 1868; Alimena, Bernardino, *Note filosofiche di un criminalista*, Modena, 1911; del mismo, *Principii di Diritto Penale*, Nápoles, 1910; Álvarez-Uría, Fernando, *Miserables y locos. Medicina mental y orden social en la España del siglo XIX*, Barcelona, 1983; Alpert, Harry, *Durkheim*, México, 1945; Antón Oneca, José, *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca, 1951; Aramburu y Zuloaga, Félix de, *La nueva ciencia penal (Exposición y crítica)*, Madrid-Sevilla, 1887; Arciniegas, Germán, *América en Europa*, Bogotá, 1980; Areco, Horacio P., *Enrique Ferri y el positivismo penal*, Buenos Aires, 1908; del mismo, *Psicología legal*, Buenos Aires, 1912; Atkinson, C.M., *Jeremy Bentham: his life and his work*, Londres, 1905; Azcárate, Pablo de, *Sanz del Río (1814-1869). Apunte biográfico de F. Giner de los Ríos*, Madrid, 1969; Baumgarten, Arthur, *Die liztsische Strafrechtsschule und ihre Bedeutung für die Gegenwart*, en "Schw.z.f.Str.", 1937, p. 1 y ss.; Bekerman, Gérard, *Vocabulaire du Marxisme - Wörterbuch des Marxismus*, París, 1981; Betegón, Jerónimo, *La justificación del castigo*, Madrid, 1982; Bentham, J., *Traité de Législation civile et pénale*, París 1830 (3ª ed., la primera es de 1802); del mismo, *Théorie des peines et des récompenses, ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, Jurisconsulte anglais, para E. Dumont*, París, 1825, dos tomos (*Teoría de las penas y de las recompensas. Obra sacada de los manuscritos de Jeremías Bentham, jurisconsulto inglés, por Ezevan Dumont, Vocal del Consejo Representativo del Cantón de Ginebra, traducida al español de la tercera edición publicada en Francia por D.L.B., Barcelona, en la imprenta de D. Manuel Saurí, Calle Ancha, 1838*); también, *Teoría del derecho Penal. Extracto de las obras de Bentham adaptado a la enseñanza de los alumnos del Instituto Nacional*, Santiago, 1864; *O panóptico ou a casa de inspeção*, (trad. de Tomaz Tadeu da Silva), en "O panóptico de Jeremy Bentham", Belo Horizonte, 2000; Bernaldo de Quiróz, Constanancio, prólogo a Dorado Montero, *Exposición y función del derecho*, Madrid, 1927; Berner, Albert Friedrich, *Grundlinien der utilitaristischen Imputationslehre*, Berlín, 1843; del mismo, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1857 (hay quince ediciones posteriores hasta 1898); Bettiol, Giuseppe, *Scritti Giuridici, 1866-1980*, Padua, 1980; Binder, Julius, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1935; del mismo, *Der deutsche Volkstaat*, 1934; Binding, Karl, *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; del mismo, *Grundriss des deutschen Strafrechts* (Leipzig, ocho ediciones entre 1879 y 1913); también, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885; Birkmeyer, Karl, *Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Stellung im Strafrecht, "nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen"*, Leipzig, 1909; del mismo, *Was Lässt von Liszt vom Strafrecht übrig? Eine Warnung vor der modernen Richtung im*

*Strafrecht*, Munich, 1907; Blanco Rodríguez, Juan Andrés, *El pensamiento sociopolítico de Domingo Montero*, Salamanca, 1982; Bloch, Ernst, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt, 1941; del mismo, *Karl Marx*, Bolonia, 1972; también, Bloch, Ernst, *Soggetto-Oggetto*, *Commentari Hegel*, Bolonia, 1975; *El pensamiento de Hegel*, Buenos Aires, 1945; Bobbio, Norberto, *Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci*, Madrid, 1985; Bölsche, Wilhelm, *Ernst Haeckel. Ein Lebensbild*, Berlín y Leipzig, s.f. (c. 1900); Bonger, Willem Adriaan, *Criminality and Economic Conditions*, Nueva York, 1916 (reimp. fot., Nueva York, 1967); del mismo, *Introducción a la Criminología* (trad. de Antonio Peña), México, 1943; también, *Race and crime*, Nueva York, 1941 (reed. New Jersey, 1969); Bourgeois, B., *El pensamiento político de Hegel*, Buenos Aires, 1972; Buarque de Holanda, Sérgio, *História Geral da Civilização Brasileira*, III, *O Brasil Republicano*, 2, *Sociedade e instituições (1889-1930)*, San Pablo, 1985; Buber, Martin, *¿Qué es el hombre?*, México, 1964; del mismo, *Caminos de utopía*, México, 1992; Buezas, Fernando Martín, *Las utopías de Sanz del Río y del krausismo español*, Madrid, 1977; Buffon, *Oeuvres choisies, précédées d'une notice sur sa vie et ses ouvrages par D. Saucier*, Tours, 1855; del mismo, *De l'homme. Histoire naturelle*, con introducción de Jean Rostand, París, s.d. (c. 1960); Bulnes, Francisco, *El porvenir de las naciones latinoamericanas*, México, s.f.; Bunge, Carlos Octavio, *Casos de derecho penal*, Buenos Aires, 1911; del mismo, *Nuestra América. Ensayo de psicología social*, Buenos Aires, 1903; Callan, Hilary, *Etiología y sociedad. En busca de un enfoque antropológico*, México, 1978; Capelletti, Ángel J., *Bakunin y el Socialismo libertario*, México, 1986; Cario, Robert, *Femminei criminali*, Pau, 1992; Carnevale, Emmanuele, *Una terza Scuola di Diritto Penale*, Roma, 1932; del mismo, *Diritto Criminale*, Roma, 1932; también, *Crítica penal. Estudio de filosofía penal*, Madrid, s.f.; Cárpena, Fructuoso, *Antropología criminal*, Madrid, 1909; Carrara, Francesco, *Enunciato del reato assunto come unico fondamento e fine della pena*, en *Opuscoli di Diritto Criminale*, Professore Comm. Francesco Carrara, Prato, 1885, I, p. 203 y ss.; Carrara, Sergio, *Crime e insanità. O aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*, Rio de Janeiro, 1998; Cattaneo, G. Luigi, *Fisiognomia e mimica*, Milano, 1990; Cole, G.D.H., *Historia del pensamiento sociológico*, México, 1957; Conte, Édouard - Essner, Cornelia, *Culti di sangue*, Roma, 2000; Corre, A., *Le crime en pays créoles*, París, 1889; del mismo, *L'ethnographie criminelle*, París, s.d. (1890 c.); Courty, Maritza, *As ilusões da liberdade*, San Pablo, 1998; Courtine, Jean-Jacques - Haroche, Claude, *Storia del viso. Esprimere e tacere le emozioni (XVI a XIX secolo)*, Palermo, 1992; Croce, Benedetto, *Saggi sullo Hegel*, Bari, 1948; Cuevas del Cid, Rafael, *Introducción al estudio del Derecho Penal*, Guatemala, 1954; Chamberlain, Houston Stewart, *Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts*, Munich, 1938; Chorover, Stephan L., *Del génesis al genocidio. La sociobiología en acción*, Madrid, 1985; Darmon, Pierre, *Médicos e assassinos na Belle Époque. A medicalização do crime*, Rio de Janeiro, 1991; De Marsico, Alfredo, *Penalisti italiani*, Nápoles, 1960; De Ruggiero, Gaetano, *Hegel*, Bari, 1968; De Veyga, Francisco, *Degeneración y degenerados. Miseria, vicio y delito*, Buenos Aires, 1938; Deleuze, Gilles, *Nietzsche y la filosofía*, Barcelona, 1951; Della Porta, Giovanni Battista, *Della fisonomia dell'uomo, con illustrazioni dell'edizione del 1610*, Parma, 1992; Dellepiane, Antonio, *Las causas del delito*, Buenos Aires, 1892; Díaz, Elías, *La filosofía sociológica del krausismo español*, Madrid, 1989; Dilthey, Wilhelm, *Hegel y el idealismo*, México, 1944; Domingo Montero, Pedro, *El derecho protector de los criminales*, Madrid, 1916 (en la portada dice 1915); del mismo, *Nuevos derroteros penales*, Barcelona, 1905; también, *Problemas de Derecho Penal*, Barcelona, 1895; *Valor social de leyes y autoridades*, Barcelona, s.f.; *Contribución al estudio de la historia primitiva (El derecho penal en Iberia)*, Madrid, 1901; *Naturaleza y función del derecho penal*, Madrid, 1927 (póstuma); Drago, Luis María, *Los hombres de prensa*, Buenos Aires, 1888; Duguit, Léon, *Le pragmatismo jurídico*, Madrid, s.f., c. 1924; Durkheim, Émile, *De la division du travail social*, París, 1893; del mismo, *Les règles de la méthode sociologique*, París, 1895; también, *Leçons de sociologie*, París, 1897; Farré, Luis, *Cincuenta años de filosofía en Argentina*, Buenos Aires, 1958; Faure-Biguot, J. N., *Gobineau*, París, 1930; Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, Buenos Aires, 1969; Ferrero, Ernesto, *Storie nere di fine secolo. La mala Italia*, Milán, 1992; Ferri, Enrico, *I delinquenti nell'arte*, Genova, 1896 (Turín, 1926); del mismo, *La justicia penal en la historia*, en "Rev. Penal Argentina", IV, 1924, p. 5 y ss.; también, *Scuola positiva e filosofia penal*, en "Difese penali e studi di Giurisprudenza", Turín, 1925, III; *Socialismo e criminalità*, Turín, 1939; A. Soto y Hernández), Madrid, s.f. (última edición póstuma, al cuidado de Arturo Sotomayor); del mismo, *Diritto Criminale*, Turín, 1939); *Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal*, Madrid, 1905; Pérez Oliva, Madrid, 1887; Figueiredo Dias, Jorge de, *Temas básicos da doutrina penal*, Lisboa, 1992; Florian, Eugenio, *Parte Generale del Diritto Penale*, Milán, 1934; Francesco, 1909

- Antropología política de Dorothea Wende*, Frankfurt, 1961; *Illegittimo*, Commento a Nietzsche, Norberto, *Estudios de Filosofía*, Wilhelm, Ernst Haackel, *Criminality and Economic Systems*, Introducción a la *Antropología*, Nueva York, 1943; *El hombre*, Buenos Aires, 1972; *Brasil Republicano*, *¿Qué es el hombre?*, Fernando Martín, *La teología de los siglos*, precedida de *una introducción*, De l'homme, Histoire de l'homme, Francisco, *El porvenir de la filosofía*, Casos de derecho penal, *Antropología social*, Buenos Aires, 1978; *Antropología*, México, 1978; *El hombre*, Robert, *Femmes et Droit Penale*, Roma, 1880; *Estudio de filosofía jurídica*, Carrara, Francesco, *Enunciación de los principios de Derecho Criminal de Carrara*, Sergio, *Crime e loucura*, Rio de Janeiro, 1998; *Cerchioni*, *Historia del pensamiento socialista*, Roma, 2000; Corre, A., *Le crime pénale*, París, s.d. (1890 c.); Corra, Jean-Jacques - Haroche, Claudine, *Palermo*, 1992; Croce, Benedetto, *Contribución al estudio del Derecho Penal en los noventa y nueve años del siglo XIX*, *La sociobiología en cuestión*, *Époque*, A medicalização do crime, *Napoles*, 1960; De Ruggiero, Guido, *Generados*, Miseria, vicio y delito, *Barcelona*, 1951; Della Porta, Giovanni, *edición del 1610*, Parma, 1960; Díaz, Elías, *La filosofía socialista y el idealismo*, México, 1944; *Derecho Penal*, 1916 (en la portada dice 1915); *Problemas de Derecho Penal*, *Contribución al estudio de la historia, naturaleza y función del derecho*, *Madrid*, Buenos Aires, 1888; Duguit, Léon, *Le crime*, *De la division du travail social*, París, 1895; también, *Le socialisme de filosofía en Argentina*, Buenos Aires, 1926; *Diccionario de Filosofía*, *La mala Italia*, Milán, 1972; *Sociología Criminal*, *El cuidado de Arturo Santoro*, *Sociedad y del procedimiento penal* (trad. de las *bases básicas da doutrina penal*, *Criminal*, Milán, 1934; *Francotte*, *Die Anthropologie criminelle*, París, 1891; Frégier, H. A., *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes et des moyens de les rendre meilleures. Ouvrage récompensé en 1838 par l'Institut de France (Académie des Sciences Morales et Politiques)*, Bruselas, 1840; Fromm, Erich, *Marx y su concepto del hombre*, estudio preliminar a Marx, Karl, *Manuscritos económico-filosóficos*, México, 1973; Galton, Francis, *Hereditary Genius*, Londres, 1892; Garofalo, Raffaele, *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Turín, 1885 (trad. de Pedro Dorado Montero: *La Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, Madrid, s.f.); del mismo, *Di un criterio positivo della penalità*, Nápoles, 1880; también, *La superstizione socialista*, Turín, 1895; Gentile, Giovanni, *Teoria generale dello spirito come atto puro*, Florencia, 1944; del mismo, *Opere complete*, Florencia, 1930-1952; Geoffrey Saint-Hilaire, *Induire. Histoire générale et particulière des anomalies de l'organisation chez l'homme et les animaux* (tres tomos), París, 1832; Georgakis, Yannis A., *Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszt*, Leipzig, 1940; Gerbi, Antonello, *La disputa del Nuevo Mundo. Historia de una polémica 1750-1900*, México, 1982; Getrevi, Paolo, *Le scritture del crimine. Fisiognomica e modelli culturali dal Medioevo ad oggi*, Milán, 1991; Giuffredì, Maurizio, *Fisiognomica, arte e psicologia tra Ottocento e Novecento. In appendice Saggio di fisiognomica di Adolphe Töpffer*, Bologna, 2001; Giusso, Lorenzo, *Nietzsche*, Milán, 1942; Gobineau, Arthur de, *Essai sur l'inégalité des races humaines*, edición Pierre Belfond, París, 1967 (apareció por primera vez en 1853-1855); trad. italiana: *Saggio sulla disuguaglianza delle razze umane*, Milán, 1967; del mismo también *La Renaissance*, París, 1906; Gómez, Eusebio, *Criminología argentina*, 1953; también, *Enrique Ferri, Aspectos de su personalidad, síntesis y comentario de su obra*, Buenos Aires, 1947; *La mala vida en Buenos Aires*, Buenos Aires, 1908; Götz, Karl August, *Nietzsche als Ausnahme*, Friburgo, 1949; Gretener, Xaver, *Ursprung und Bedeutung der soziologischen Schule des Strafrechts*, en "Fest. f. Binding", I, Leipzig, 1911, p. 521 y ss.; Grispigni, Filippo, *Derecho Penal Italiano* (trad. de Isidoro De Benedetti), Buenos Aires, 1943; Guarnieri, Luigi, *L'Atlante Criminale. Vita scriteriata di Cesare Lombroso*, Milán, 2000; Guerrero, Julio, *La genesis del crimen en México*, París, 1901; Habermas, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, 1989; Haackel, Ernst, *Die Welträtzel. Gemeinverständliche Studien über Monistische Philosophie*, Leipzig, 1909; del mismo, *El origen de la vida* (trad. de Aurelio Medicana), Barcelona, 1968; Halévy, Daniel, *La vida de Federico Nietzsche*, Buenos Aires, 1946; Hälscher, Hugo, *Das deutsche Strafrecht systematisch dargestellt*, Bonn, 1881, 1887; del mismo, *Das preussische Strafrecht*, Bonn, 1855, 1868; también, *System des preussischen Strafrechts*, I, 1858, y II, 1868; *Recht*, *Assassinato e loucura. Medicina, lei e sociedade no "fin du siècle"*, Rio de Janeiro, 1967; Hegel, G. W. F., *Filosofía del Derecho* (Prólogo y nota biográfica, Juan Garzón Bates), México, 1985; del mismo, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madrid, 1980; *Heidegger*, Martin, *Kant y el problema de la metafísica*, México, 1973; Heinze, Kurt, *Verbrechen und Strafe bei Friedrich Nietzsche*, Berlín, 1939; Herren, Rüdiger, *Freud und die Kriminologie. Einführung in die psychoanalytische Kriminologie*, Stuttgart, 1973; Hippolite, Jean, *La concepción de la antropología y el ateísmo en Hegel*, Buenos Aires, 1972; Impallomeni, Gian Battista, *Istituzioni di Diritto Penale*, Turín, 1921; Ingenieros, José, *Criminología*, Madrid, 1913; Jaeger, Werner, *Los ideales de la cultura griega*, México, 1971; Jaspers, Karl, *Nietzsche*, Buenos Aires, 1961; Jiménez de Asúa, Luis, *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madrid, 1922; Joly, Henri, *Le crime. Etude sociale*, París, 1888; Jouslain, André, *Anthropologie des masses*, París, 1937; Kant, Immanuel, *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*, "Metaphysik", herausg. von Wilhelm Weischedel, Frankfurt, 1991, XII); Kassner, Rudolf, *Lehrbuch der Fisiognomica. Il carattere delle cose*, Vicenza, 1957; Kaufmann, Walter, *Hegel*, *La Plata*, 1938-1940; Köstlin, Christian Reinhold, *Neue Revision der Grundbegriffe des Strafrechts*, Tübingen, 1845; del mismo, *System des Deutschen Strafrechts*, Tübingen, 1855; *Lehrbuch der Fisiognomica*, Paul, *La psychologie criminelle*, París, 1903; Krause, K. Ch. F., *Ideal de la humanidad*, *Madrid*, 1904; del mismo, *Abriss des Systemes der Philosophie des Rechtes oder des Naturrechtes*, Göttingen, 1828; también, *Das System des Naturrechtes*, Leipzig, 1874; *Vorlesungen über Naturrecht oder Philosophie des Rechtes und des Strafrechts* (manuscritos del autor editados por Richard Mücke), Leipzig, 1892; Lacassagne, A., en *Revue de l'Anthropologie criminelle et des sciences pénales*, París, I, 1886, p. 167 y ss.; Kris, Peter, *Die rechtsphilosophische Begründung der Besserungsstrafe*, Karl Kristian Friedrich

*Krause und Karl David August Röder*, en "Fest. f. Arthur Kaufmann", Heidelberg, 1993; Laplante, Francisco P., *Los estudios penales en Argentina*, en "Criminalia", México, 1941; Larenz, Karl, *Rechtsperson und subjektives Recht, Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe*, Berlín, 1935; Laurent, Émile, *La antropología criminal y las nuevas teorías del crimen*, Barcelona, 1905; Lavater, Johann Caspar, *La physiognomonie ou l'art de connaître les hommes d'après les traits de leur physionomie*, Publié par Gustave Havard, París, s.d.; Lavater, Johann Caspar - Lichtenberg, Georg Christoph, *Lo specchio dell'anima. Pro e contro la fisiognomica, un dibattito settecentesco a cura di Giovanni Gurisatti*, Padova, 1991; Le Bon, Gustav, *Psicología del socialismo*, Madrid, 1903; del mismo, *La psicología política y la defensa social*, Madrid, 1912; Lefevre, Henri, *Nietzsche*, México, 1972; Legludic, H., *Notes et observations de médecine légale, Attentats aux moeurs*, París, 1896; Lieber, Franz von, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en ZStW, 1883, p. 1 y ss., reproducido luego en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlín, 1905, p. 126 y ss. (trad. italiana con introducción de Alessandro Calvi, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milán, 1962); (en castellano, *La idea del fin en el derecho penal*, trad. de Enrique Aimone Gibson, revisión técnica y prólogo de Manuel Rivacoba y Rivacoba, Valparaíso, 1984); Lévi-Strauss, Claude, *Antropología estructural. Mitos, sociedad, humanidades*, México, 1979; Lombroso, Gina, *I vantaggi della degenerazione*, Turín, 1904; de la misma, *Vida de Lombroso* (trad. de Nicolás Cilla), Buenos Aires, 1940; Lombroso, Cesare - Ferrero, Guglielmo, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Turín, 1902; Lombroso, Cesare, *Gli anarchici*, Turín, 1894; del mismo, *L'uomo delinquente in rapporto alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, quinta edizione, Turín, 1896; también, *L'uomo genio in rapporto alla psichiatria, alla storia ed all'estetica*, Turín, 1894; *El delito, sus causas y remedios*, Madrid, 1902; *Palimsesti del carcere*, Turín, 1888; *Delitti vecchi e delitti nuovi*, Turín, 1902; Lombroso-Laschi, *Le crime politique et les révolutions*, París, 1892; López Morillas Juan, *Krausismo español. Perfil de una aventura intelectual*, México, 1956; del mismo, *Krausismo estético y literatura*, Barcelona, 1973; López, Vicente Fidel, *Les races aryennes du Pérou, leur langue, leur religion, leur histoire*, París, 1871; Löwith, Karl, *De Hegel a Nietzsche*, Buenos Aires, 1974; Lozano, Godofredo, *La Escuela Antropológica y Sociológica Criminal (ante la semi-filosofía)*, La Plata, 1889; Lucchini, Luigi, *Le droit pénal et les nouvelles théories*, (trad. de W. Prudhomme), París, 1892; Lukacs, Georg, *El asalto a la razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*, México, 1983; Lukes, Steven, *Emile Durkheim. Su vida y su obra*, Madrid, 1984; Macintyre, Ben, *Sulle tracce di Elisabeth Nietzsche. Alla ricerca di una persona dimenticata*, Milán, 1993; Magli, Patrizia, *Il volto e l'anima*, Milano, 1995; Magnasco, Orlando, *Justicia y utilidad*, Buenos Aires, 1884; Marcuse, Herbert, *Razón y revolución*, Madrid, 1972; Marín, Enrique Eduardo, *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Buenos Aires, 1983; Martindale, Don, *La teoría sociológica, Naturaleza y escuelas*, Madrid, 1979; Martínez Bretones, Virginia, *Gustav Radbruch. Vida y obra*, México, 1989; Martínez Escobar, Ezequiel, *Nietzsche*, Buenos Aires, 1947; Marx, Karl - Engels, Friedrich, *Acerca del colonialismo*, Moscú, 1981; Marx, Karl, *Manuscritos económico-filosóficos*, México, 1973; Masveux, Jean, *Nueva dirección española en filosofía del derecho penal. Estudio y ficha bibliográfico-crítica*, Prof. Saldaña, Madrid, 1942; Mayer, Hellmuth, *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, Stuttgart, 1936; Mazzola, Enrico, *Nel I Centenario della nascita di Enrico Pessina*, Nápoles, 1928; Mendes Dario - Pavarini, Massimo, *Carcere e fabbrica, Alle origine del sistema penitenziario*, Buenos Aires, 1979; Mendes Corrêa, A.A., *Da biologia à história*, Lisboa, 1934; Menzel, Adolf, *Calices de la vida*, en "O Panóptico de Jeremy Bentham", Belo Horizonte, 2000; Moleschott, J., *Die Kreislauf der Lebens; La circolazione della vita*, Milán, 1869; *La circulación de la vida. Cartas sobre la vida en contestación a las cartas sobre la química de Liebig*, Madrid, 1881; Mondolfo, Rodolfo, *Marx y marxismo*, México, 1969; del mismo, *El humanismo de Marx*, México, 1973; Montes de Oca, A., *Represión*, Buenos Aires, 1888; Morel, Bénédicte August, *Traité des dégénérescences physiques, intellectuelles et morales de l'espèce humaine*, París, 1857; también, *Traité des maladies mentales*, París, 1860; Morillas Cueva, Lorenzo, *Metodología y ciencia penal*, Granada, 1990; Mosca, Gaetano, *Historia de las doctrinas políticas*, Madrid, 1984; Mosse, Georg S., *La cultura nazi*, México, 1972; del mismo, *Il razzismo in Europa. Dalle origini all'olocausto*, Bari, 1992; Moyano Gacina, Carlos, *Curso de Ciencia Criminal y Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1899; del mismo, *La frecuencia argentina ante algunas cifras y teorías*, Córdoba, 1905; Niceforo, Alfredo, *Caratteri degenerati dell'Inferno dantesco*, Turín, 1898; del mismo, *La delinquenza in Sardegna. Studi sociologia criminale*, (prólogo de Enrico Ferri), Palermo, 1897; del mismo, *L'Italia contemporanea*, Milán-Palermo, 1898; también, *Italiani del Nord e italiani del Sud*, Turín, 1898.



Views", Londres, 1977, p. 40 y ss.; Sciacca, Michele Federico, *Historia de la Filosofía*, Barcelona, 1966; Schmidt, Eberhard, *Franz von Liszt und die heutige Problematik des Strafrechts*, en "Festschrift für Julius von Gierke", Berlín, 1950, p. 201 y ss.; Serrau, René, *Hegel y el hegelianismo*, Buenos Aires, 1964; Sighele, Scipio, *I delitti della folla, studiati secondo la psicologia, il dritto e la giurisprudenza*, Turín, 1910 (1923); del mismo, *La muchedumbre delincuente. Ensayo de psicología colectiva* (trad. de Pedro Dorado), Madrid, s.f.; Sighele, Scipio - Niceforo, Alfredo, *La mala vita a Roma*, Torino, 1899; Silva Riestra, Juan, *Evolución de la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1943; Soler, Sebastián, *Exposición y crítica a la teoría del estado peligroso*, Buenos Aires, 1929; Spencer, Herbert, *La justicia* (trad. de Adolfo Posada), Madrid, s.f.; del mismo, *Principes de Sociologie* (trad. de M. E. Cazelles), París, 1883; *El universo social, sociología general y descriptiva*, (adaptación española de Salvador Sanpere y Miquel), Barcelona, 1883; Spirito, Ugo, *L'idealismo italiano e i suoi critici*, Florencia, 1930; del mismo, *La vita come ricerca*, Florencia, 1948; también, *Il problematicismo*, Florencia, 1948; *La filosofía del comunismo*, Florencia, 1948; *Scienze e filosofia*, Florencia, 1950; *La vita come arte*, Florencia, 1948; *El pragmatismo en la filosofía contemporánea*, Buenos Aires, 1945; *Il nuovo diritto penale*, Venecia, 1929; *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Turín, 1932; *Giovane Gentile*, Florencia, 1969; Stoddard, Lothrop, *The Revolt against Civilization. The menace of the under-man*, Londres, 1928; Strassmann, Fritz - Carrara, Mario, *Manuale di medicina legale*, Turín, 1901; Taine, H., *Les origines de la France contemporaine*, París, 1878; Tarde, Gabriel, *Études de Psychologie Sociale*, París, 1898; del mismo, *Les lois de l'imitation, Étude sociologique*, París, 1900; Tardieu, Ambroise, *Étude médico-legale sur les attentats aux moeurs*, París, 1878; Tasso, Oscar, *Positivismo y nación en la Argentina*, Buenos Aires, 1987; Testena, Folco, *Le conferenze di Enrico Ferri nella Repubblica Argentina, raccolte e annotate da Folco Testena*, Buenos Aires, 1911; Thibon, Gustave, *Nietzsche*, Buenos Aires, 1951; Tiberghien, G., *Estudios sobre filosofía* (trad. de A. García Moreno), Madrid, 1875; Toffoletto, Ettore, *Haeckel*, Brescia, 1945; Ullrich, Enrique M., *Krause, educador de la humanidad. Una biografía*, Madrid, 1991; van Gennep, Jaap, *Folla, Psicologia e politica*, Roma, 1991; van Heijnsberg, P., *Gescheidenis der Rechtswetenschap in Nederland*, Amsterdam, 1925; Velasco, Leopoldo, *La vida y obra del maestro Dr. Rodolfo Rivarola*, Buenos Aires, 1944; Vetter, August, *Nietzsche*, Munich, 1926; Vezzani, Hugo, *La locura en la Argentina*, Buenos Aires, 1985; Vida, Jerónimo, *Los criminalistas españoles en el extranjero*, en "La nueva ciencia jurídica", Madrid, 1892, p. 3 y ss.; Villa, Renzo, *Il destino e i suoi segni. Lombroso e la nascita dell'antropologia criminale*, Milán, 1985; Windelband, W., *Storia della filosofia moderna* (trad. de Aldo Oberdorfer), Florencia, 1925; Wundt, Wilhelm, *Das System der philosophie científica*, Madrid, 1913; del mismo, *Introducción a la filosofía*, Madrid, 1911; Zalazar, Daniel A., *Libertad y creación en los ensayos de Alejandro Korn*, Buenos Aires, 1972; Zea, Leopoldo, *El positivismo en México: Nacimiento, apogeo y decadencia*, México, 1989.

## § 21. Se anuncia la caída

### I. Las circunstancias que estrecharon el impulso pensante

1. Al superarse en el siglo XIX la gran disputa entre la nobleza y la nueva clase industrial, esta última se impuso y pasó a dominar la forma de producción con su consiguiente saber funcional tecnocientífico. La estructura de poder social se reorganizó bajo otra forma de verticalización ilimitada, pues la nueva clase hegemónica había dejado de necesitar límites con los que cercar a otros más poderosos, para poder requerir formas de control y disciplina para otros más débiles. El saber penal de la tradición fundacional liberal había alcanzado un admirable nivel de pensamiento, pero había adquirido el signo de la contradicción entre la necesidad discursiva de limitar y la de legitimarse. Llevaba en su seno el germen de su fracaso, pues la legitimación del poder pensante tiende siempre a quebrar todo límite, dado que nunca es racional y sólo puede fundamentarse en racionalizaciones, las que, como falsas razones, tienden a encadenarse y a romper cualquier frontera al poder. Por ello, la *defensa social* fue también una racionalización que, como no podía ser de otro modo, portaba una fuerte pulsión hacia la quiebra de toda barrera. De allí que el primer liberalismo penal, mediante la *defensa social*, se alimentase la futura caída del pensamiento, que se completó cuando la racionalización

reemplazó por completo a la razón. La decadencia del pensar fomentó esto desde la cúspide del poder social, que en esta nueva etapa prefería un saber penal menos pensante, que no le impusiese límites, para facilitarle el ejercicio del control que debía disciplinar a la mayoría de la población, dificultar y desarticular sus tentativas de cualificación y conseguir que produjesen por salarios insignificantes. En esas circunstancias, era necesario y funcional un derecho penal policial vigilanista.

2. Esto facilitó la difusión de una ideología en la cual el imaginado *estado de naturaleza precontractual* (entendido como *guerra*) pronto se identificase con el *salvajismo* o con la *barbarie* de los colonizados y asalariados. Esta transición estaba preparada porque los propios autores contractualistas, cuando no sabían dónde ubicar el estado de naturaleza, no dudaban en remitirlo a la periferia del poder mundial. De esta manera, unos ubicaron aquí una suerte de paraíso bucólico y otros una guerra salvaje, pero de cualquier forma siempre un *estado de inferioridad*: en la versión bucolica era un paraíso del *hombre puro*, aunque en estado natural, o sea, sin capacidad de pecado, no libre y, por ende, incapaz de moralidad; en la versión salvaje, la guerra de todos contra todos revelaba inferioridad respecto de una coexistencia que se consideraba a sí misma como pacífica<sup>1</sup>. Una atenta lectura de Hobbes y de Locke revela los elementos que permitieron en el siglo XIX la *generalización de la idea de inferioridad, salvajismo y salvajismo* (en estado de *naturaleza* o de *guerra*) de los hombres de los países colonizados y de los asalariados o de las clases subalternas o no incorporadas a la producción industrial de los propios países centrales y colonizadores. Un paso muy corto fue necesario para concluir que el delincuente u *atávico* no era más que un ser *regresivo, atávico*, o sea, un *salvaje que surge en medio de una civilización superior y que tiende a desordenarla*. Los acontecimientos políticos europeos de 1848 dieron la nota que faltaba a este tránsito: las masas desordenadas y *atávicas*, semejantes a los salvajes colonizados<sup>2</sup>. La clara consecuencia de este tránsito—genéticamente presente en el propio pensamiento liberal fundacional— es algo que no podía pasar por alto los pensadores europeos: la prisión para esos salvajes que surgían en los países civilizados no tenía un fundamento muy diferente del legitimante del colonialismo y del neocolonialismo, cuyo punto culminante fue el arbitrario reparto del África. En definitiva, *la colonia era una gigantesca institución total, de dimensiones decimonónicas, cuya pequeña réplica en los países centrales era la prisión*.

En la cúspide de la pirámide social europea que, a la vez inauguraba un formidable imperio planetario (neocolonialista) privilegió el saber que era útil a su poder, es decir, el *pragmatismo* (que muchas veces se convertía en pragmático y que, por lo general, ignoraba el método empírico o generalizaba en forma arbitrariamente anticientífica). El *pragmatismo* fue dejando de lado el pensamiento, que incluso quedó expresamente excluido de sus límites. Este recorrido va desde el *pragmatismo* de Bentham hasta el *positivismo* de Spencer. No obstante, no se produjo un corte lineal, porque los tiempos *pragmáticos* y, por ende, se superpusieron tendencias. La dinámica no se producía en *decadas*. En Europa continental, el pensamiento comenzó a decaer en el momento en que los mismos elementos legitimantes del poder social y planetario que habían inspirado a Kant y otros pensadores se reordenaron para clasificar a los *salvajes* y *civilizados*, según un modelo en que los últimos eran sólo los *salvajes* que esa posición por vía evolutiva y necesariamente en el marco del estado *pragmático* esta clasificación, *el talión penal sólo se reservaría para los civilizados*, *los salvajes quedaban fuera del juego, debiendo ser controlados, tutelados*, pero no se les podía reconocer la *dignidad* que presupone la retribución

<sup>1</sup> Ver, por ejemplo, las tesis de América, Gerbi, *La disputa del Nuevo Mundo*.

<sup>2</sup> Ver, por ejemplo, *Il mito della degenerazione*.

tional, porque no se puede retribuir más que el ejercicio de una libertad de la que se los consideraba capaces. *La máxima expresión de este racionalismo penal romántico*<sup>3</sup> *fue el hegelianismo penal, que provocó una serie de reacciones de rechazo, entre las que por su relevancia para el saber penal, cabe destacar las siguientes: (a) la abiertamente irracionalista (Nietzsche); (b) la que cayó en un rechazo parcial por la vía de la dialéctica materialista (Marx); y (c) la que se desplazó por el sendero romántico, pero al margen del estado (Krause).*

4. No obstante, esta disputa aún tenía lugar dentro de un saber con considerable nivel de pensamiento, pese a que la clasificación de los humanos ya representaba una alarmante decadencia del mismo. El poder social no se interesaba por el pensamiento como es natural, encontraron mayor espacio e impulso las tendencias del saber que rebajaron aun más el nivel de pensamiento y descalificaron la disputa misma. Por momentos se tiene la sensación de que en el saber irrumpió una acción policial expulsando o prohibiendo el pensamiento, que pasó a ser una contravención penal con silencio, estigmatización, ironía y ridículo. Quedó prohibido todo saber que no fuese el supuestamente tecnocientífico y toda metodología (acceso al conocimiento que no fuese la pretendidamente empírica (al menos en cuanto a enunciados metodológicos). El pensamiento descendió a su nivel más bajo en el derecho penal cuando el etnocentrismo –que con Hegel conservaba vuelo filosófico– se redujo a puro biologismo racista, a cuyo amparo nacieron la *antropología* y la *criminología* como estudio de hombres biológicamente inferiores (por colonizados o delincuentes). En el derecho penal no quedó ningún espacio para el pensamiento (*positivismo peligrosista*). *El derecho penal se deterioró al punto de convertirse en un puro discurso funcional a las agencias policiales: puede afirmarse que dejó de ser saber penal para erigirse en discurso policial elaborado como racionalización tecnocientífica, al servicio de sus prácticas burocráticas.* Pese a la tremenda decadencia del pensamiento en el derecho penal de esta corriente, que llegó a ser dominante, en su propio seno hubo *impulsos tendenciales a un cierto nivel mayor de pensamiento: el positivismo dualista alemán (von Liszt) y el correccionalista español (Dorado Montero).*

5. La contradicción irreductible de la versión fundacional del derecho penal liberal (legitimar una defensa social y limitar el poder defensivo de ésta), puesta en cualquier coyuntura propicia para una caída abrupta del pensamiento, siempre se resolverá en el sentido de la defensa social ilimitada o inusitadamente amplia, con lo que irremisiblemente terminará legitimando un ejercicio de poder punitivo (verticalizante) también ilimitado. No se concibe una sociedad sin coacción directa, pues siempre hay peligros reales que neutralizar. Pero la coacción directa socialmente positiva demanda controles que, a su vez, neutralicen su permanente tendencia al ejercicio ilimitado, evitando que por ausencia de control, se traduzcan en arbitrariedad y corrupción. En la medida en que el derecho penal deja de pensar, se convierte en un análisis y elaboración de reglamentos que legitiman, racionalizan y facilitan el poder ilimitado de la coacción directa. Por ello, el saber penal que no piensa no sólo degrada al jurista sino que también degrada a la propia función policial y, por lo tanto, convierte al cultor de este saber en un *corruptor policial y político*. Este fue el máximo deterioro (decadencia del pensamiento) a que condujo el positivismo peligrosista.

## II. El etnocentrismo del idealismo romántico europeo

1. La civilización industrial provocó el poder hegemónico de las clases industriales en las sociedades centrales y su extensión neocolonialista a todo el planeta. El etnocentrismo fue la inevitable consecuencia de la necesidad de identificar a la propia

<sup>3</sup> Abbagnano identifica este romanticismo en sentido amplio por su *titanismo*, que es como llama a su "culto del infinito" (*Dizionario*, p. 760).

cultura como superior para legitimar el dominio mundial, pero también para verticalizar el control social dentro de las propias sociedades centrales (reprimiendo la disidencia política y la coalición de los segmentos subalternos). Este etnocentrismo se asentó en una reubicación de elementos discursivos y conceptuales que estaban presentes en los mismos autores contractualistas, o sea, que parcializó y reelaboró conceptos de los racionalistas contractualistas. Para ello, no sólo se propuso anular discursivamente los límites del poder punitivo —o del poder, a secas—, sino que llegó a esto como resultado de cancelar los límites de las mismas posibilidades del humano: el ser humano, concebido como ente limitado por el racionalismo liberal o ilustrado<sup>4</sup>, fue reemplazado por una idea del mismo lanzado a una carrera hacia lo infinito. *La tarea de la filosofía dejaba de ser la búsqueda de los límites humanos para pasar a indagar los principios infinitos*. Esta es la característica del romanticismo en sentido amplio (por oposición a otra idea acotada de romanticismo, que lo reduce a los que también buscan los principios infinitos pero detractan a la razón como vía para la misma)<sup>5</sup>.

2. Como se ha señalado, la referencia a los elementos discursivos y conceptuales de que habría de valerse el romanticismo penal, se podía hallar en Hobbes y en el mismo Locke. Es sumamente interesante recordar también que al etnocentrismo no escapaba tampoco Kant, para quien la salida del paraíso significaba *el tránsito de la rusticidad, propia de una criatura meramente animal, a la humanidad; el pasaje de la sujeción de las andaderas del instinto a la conducción de la razón: en una palabra, de la tutela de la naturaleza al estado de la libertad*. Consideraba que este paso era un progreso hacia la perfección, como destino de la especie humana, que estará plagado por una contradicción entre *naturaleza y cultura* —que se ejercen permanentes y recíprocas violencias—, hasta que lo artificial (el arte) se vuelva naturaleza, que será *el fin último del destino moral del género humano*. Pero éste era un destino que no se desarrollaba en cada hombre sino en la especie humana: *En el humano, las disposiciones originarias, que se refieren al uso de la razón, no se desarrollan completamente en el individuo sino en la especie*<sup>6</sup>.

3. El concepto del ser humano de Kant era un concepto limitado, o sea, el de un ente que se interrogaba dentro de ciertos límites o finitudes. Si la principal característica del romanticismo en sentido amplio es precisamente su contrario, es decir, tener por real lo infinito y relegar lo finito, puede afirmarse que esta inversión se operó con Hegel (1770-1831)<sup>7</sup>, para quien lo infinito era la razón, pero no ya la razón en el sentido más o menos pasivo de un acceso al conocimiento, sino como principio activo y configurador, o sea, como fuerza propulsora o motora<sup>8</sup>. Sean cuales fueren los méritos puramente filosóficos de los aportes hegelianos, lo cierto es que *en el campo penal (el del control social interno) y en el antropológico (el del control planetario) las tesis hegelianas sirvieron o se manipularon con considerable habilidad*.

4. Para Hegel la *humanidad* progresa, es decir, avanza el *Geist* (espíritu) en la *historia*, impulsado por la razón. La idea del *espíritu de la humanidad* deviene orgánica, o sea, que toda la especie es una unidad cuyo *Geist* avanza. Este avance es

<sup>4</sup> Sobre esta concepción antropológica en el último Kant trabaja Buber, *¿Qué es el hombre?*, p. 12 y ss.; también lo había hecho Heidegger, *Kant y el problema de la metafísica*.

<sup>5</sup> Es la tradicional concepción del romanticismo (Cfr. Abbagnano, *Dizionario*, p. 759).

<sup>6</sup> Kant, *Anthropologie*, pp. 315 a 324 ("Werkaufgabe", pp. 672 a 690).

<sup>7</sup> La bibliografía sobre Hegel es inabarcable. Por todos, pueden mencionarse, a título meramente compilativo, Bloch, *Soggetto-Oggetto*; del mismo, *El pensamiento de Hegel*; Bourgeois, *El pensamiento político de Hegel*; Croce, *Saggi sullo Hegel*; De Ruggiero, *Hegel*; Dilthey, *Hegel y el idealismo*; Heidegger, *La concepción de la antropología y el ateísmo en Hegel*; Kauffmann, Walter, *Hegel*; Löwith, *De Hegel a Nietzsche*; Marcuse, *Razón y revolución*; Palmier, *Hegel*; Sauer, *Filósofos alemanes*; Serrau, *Hegel y el hegelianismo*.

<sup>8</sup> Cfr. Abbagnano, *Historia de la filosofía*, III, p. 92; del mismo, *Filosofía, religión y ciencia*, p. 15; Serrau, *Historia de la filosofía*, p. 474.

dialéctico (concepto que proviene de la filosofía oriental y platónica), o sea que la razón va contraponiendo a cada tesis una antítesis, lo que da por resultado una síntesis (en que ambas están destruidas y conservadas al mismo tiempo, en un misterioso *aufgehoben* intraducible) que, a su vez, será una nueva tesis. El avance triádico (dialéctico) del *Geist* de la humanidad en la historia va dejando al margen del camino a todas las civilizaciones que la industrial desprecia: los árabes por fanáticos, decadentes y sin límite; los judíos, cuya religión les impide alcanzar la libertad por sumergirlos en el *servicio riguroso*; los latinos, que no supieron alcanzar el espíritu de libertad germánico; etc. Otros, ni siquiera son alcanzados por la historia, como los negros, a quienes consideraba que apenas superan al animal y carecen de moral; algunos asiáticos, sólo un poco más avanzados que los negros; y los latinoamericanos, que aún carecen de historia y sólo tienen futuro<sup>9</sup>. A este respecto cabe tener presente que la inferioridad americana era geográfica (continentes de formación más reciente), había más humedad (lo que aumentaba los animales pequeños pero impedía el desarrollo de los grandes), la humedad pudría todo y debilitaba a todos los animales transportados de Europa, incluso al europeo; esta era la visión de los enciclopedistas que Hegel receptaba en buena parte<sup>10</sup>. El *Geist* avanzaba también a través de tres estadios: el subjetivo (tesis), en que el humano logra la libertad al alcanzar la consciencia de sí mismo (autoconsciencia); el objetivo (antítesis), en que el humano ya libre se relaciona con otros humanos también libres; y el estadio del espíritu absoluto (síntesis), en que el espíritu de la humanidad se eleva por sobre el mundo. El derecho pertenece al estadio del espíritu objetivo (relación entre humanos libres), en tanto que al del espíritu absoluto pertenecen la religión, el arte, etc. Como consecuencia de este pensamiento, el humano que no había superado el estadio subjetivo no era candidato a actuar con relevancia jurídica, porque no era libre, lo que permitía clasificar a los humanos en quienes pertenecían a la *comunidad jurídica o espiritual* y quienes no formaban parte de ella y, consiguientemente, depararles un trato diferencial. Los que no eran *libres* (no compartían los valores y pautas de la civilización industrial) podían ser colonizados (para ser *liberados*) y no podían cometer delitos, porque no podían actuar con relevancia jurídica. Los indios, los negros, los locos y los que con su comportamiento continuado demostraban que no compartían los valores de la comunidad espiritual o jurídica, no eran libres (autoconscientes) y no podían actuar con relevancia jurídica: eran *sujetos de tutela y no dignos de pena*.

5. Con estos elementos, el pensamiento penal hegeliano pudo sostener sin mayor esfuerzo que el contrato social no abarcaba a toda la especie humana sino sólo a la parte en que el *espíritu de la humanidad* se hallaba más *evolucionado*, por asemejarse más a la cultura de la clase hegemónica (etnocentrismo). Dentro de los propios países europeos, los que no daban signos de pertenecer a la *Gemeinschaft* o a la *Rechtsgemeinschaft* (comunidad jurídica) no merecían la dignidad de la pena retributiva o talional, es decir que no podían ser penados con justicia (deducción que no parece hacer directamente Hegel, pero que se desprende claramente de sus principios y que permite abandonar la pena proporcional al delito para los *reincidentes y habituales*, que quedan librados a medidas de coacción directa diferida e indeterminada).

6. La eticidad se concreta en Hegel en el estado racional, que es el único que le quita al castigo su componente de venganza. En la medida en que el delito es considerado bajo el aspecto de *crimina privata* (como entre los judíos y romanos, el hurto y el robo, y ahora entre los ingleses, en ciertos casos, aclara)<sup>11</sup>, el castigo mantiene su condición

<sup>9</sup> Hegel, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, especialmente pp. 169, 177, 215, 388, 596 y 657.

<sup>10</sup> Buffon, *Ouvres choisies*, en particular, *Différence entre le nouveau continent et l'ancien*, pp. 27 y 27; sobre ello, también Gerbi, op. cit., p. 7 y ss.

<sup>11</sup> Hegel, *Filosofía del Derecho*, pp. 112-113.

de venganza, lo que lo hace una mera injusticia sumada a otra (el delito). Para él, sólo en manos del *estado racional* la pena pierde su irracionalidad y pasa a ser ética, dejando de ser una contradicción. El *estado racional* de Hegel es el único que puede llevar la pena a la condición de cancelación del injusto y de consiguiente reafirmación del derecho. *El delito, como negación del derecho, es cancelado con la pena como negación del delito (la negación de la negación es la afirmación)*<sup>12</sup> y, por ende, como afirmación del derecho, sólo en el estado racional. De esta manera, Hegel reafirmaba la confiscación de la víctima como progreso de la razón, separaba el daño del delito del injusto del delito, la lesión criminal de la afectación al bien jurídico, y reafirmaba la lesividad como signo de ese injusto, pero no como esencia del mismo. El bien jurídico se opacó con Hegel, pues prácticamente el estado, como garante de la eticidad, quedaba como único titular de los bienes jurídicos. La esencia del delito era para Hegel una lesión a la eticidad, alcanzada en el estado y no en las acciones, que son *voluntad subjetiva*. Su idea del estado no es la de una voluntad común sino universal, que lo coloca muy por sobre la persona, como intérprete único del espíritu del mundo. Por ello, no impugna la pena de muerte como lo había hecho Beccaria, pues el estado podía imponer sacrificios existenciales<sup>13</sup>.

7. El *estado racional* de Hegel, en realidad, es una utopía. No se trata de un estado realizado y concreto. En verdad, Hegel fue el primer filósofo que se planteó el problema de la modernidad en toda su magnitud<sup>14</sup> y, con ello, el de la racionalidad en la coexistencia, pero su modo de concebir a la razón (como motor o fuerza) y su romanticismo (la búsqueda de infinitud) le llevaron a cortar el avance de la razón en el estado. Hegel racionalizó como ninguno antes la empresa planetaria de la civilización industrial; y lo curioso —aunque no azaroso— es que en su centro aparece el poder punitivo. Este poder incluyó para esa civilización tecnocientífica, que requiere tener en sus manos el estado, que reafirma la confiscación de la víctima, que debe erradicar de este modo la venganza, pero que en forma alguna puede admitir que sea ejercido incontroladamente por el estado, por lo cual, la única vía de escape que halla es un estado racional, que en realidad no es una salida, sino un *cierre* utópico y no explicado del camino de la razón. Hegel es susceptible de muchas interpretaciones, pero en este aspecto, no se aparta mucho de la contradicción básica del derecho penal liberal en versión fundacional: se debate entre legitimar y poner límite. Legítima por un lado, en tanto que el límite se le vuela a la mano. De allí que, a partir de sus textos —frecuentemente no muy claros—, se abran dos caminos y que ambos hayan sido transitados: (a) unos circularon por el camino de la legitimación y postergaron la referencia al estado racional, confundiendo con el estado real (es el *hegelianismo autoritario y reaccionario*); (b) otros acentuaron la necesidad de modificar el estado, llevándolo hacia el estado racional (es el *hegelianismo liberal y el hegelianismo de izquierda*)<sup>15</sup>.

8. Sería absurdo decir que con Hegel decae el pensamiento, pero quizá no sería tan absurdo decir que llega a uno de sus puntos más altos y lo deja al borde de un abismo. Por un lado, permitió racionalizar el estado con la burguesía consolidada en el poder hegemónico, como oligarquía, dejando fuera del contrato a las *clases peligrosas* (no autoconscientes) y a los colonizados periféricos (los negros cercanos al animal y los latinoamericanos con futuro pero sin historia). La minoría autoconsciente era la única que quedaba en el contrato. Su traducción penal es el llamado *sistema vicariante de penas y medidas de seguridad*: los autoconscientes son penados dentro de los límites de la contribución racional, los no autoconscientes (no libres) son neutralizados por las penas; en los casos dudosos, el juez elige si se trata de un libre o de un no libre y, en

<sup>12</sup> Sobre la pena en Hegel, Betegón, *La justificación del castigo*, p. 60 y ss.

<sup>13</sup> Hegel, *Estudios de Historia de la Filosofía*, p. 218.

<sup>14</sup> Habermas, *El discurso filosófico de la modernidad*, p. 37 y ss.

<sup>15</sup> Sobre distintos caminos del hegelianismo en Marcuse, *Razón y revolución*.

el último caso, hace que la pena sea reemplazada (vicariada) por la medida. Por otro lado, los hegelianos liberales o de izquierda afirman que esto es una deformación del pensamiento hegeliano, y que en realidad, Hegel abre la gran disputa en torno de la construcción del estado racional ético, lo que implica una transformación política revolucionaria.

9. Esto explica que el hegelianismo penal pueda albergar a pensadores liberales como los penalistas hegelianos alemanes del siglo XIX, como Köstlin (1813-1856), Abegg (1796-1868), Hälscher (1817-1889) y Berner (1818-1907),<sup>16</sup> y a Pessina (1822-1916)<sup>17</sup> en Italia. Pero tampoco se puede ignorar que los que se desplazaron por el lado de la legitimación llegaron a usar sus tesis para hacer penalismo nacionalsocialista como fueron Larenz<sup>18</sup> (discípulo del jusfilósofo Binder<sup>19</sup>) y Hellmuth Mayer<sup>20</sup>, o que del idealismo liberal de Pessina se pasase con algunas inconsistencias a la escuela penal neoidealista o del idealismo actual, con Ugo Spirito<sup>21</sup> (aunque su garante filosófico fue Giovanni Gentile<sup>22</sup>, no del todo extraño a su pensamiento). Nuevas combinaciones contemporáneas lo hacen resurgir como legitimación insertada en el funcionalismo sistémico. Hegel tensionó la contradicción de la versión fundacional del penalismo liberal, hasta hacerla colisionar, y a partir de él cada uno pudo recoger el pedazo que quiso —lo que no fue su culpa, claro está—, pero indiscutiblemente su tarea lo convirtió en referente de las más dispares tendencias.

### III. Las respuestas al hegelianismo

1. Entre las respuestas o reacciones desatadas por el hegelianismo, quizá la filosóficamente más importante sea la de Friedrich Nietzsche (1844-1900)<sup>23</sup>, que dio lugar a las más encontradas interpretaciones. Su carácter de demoleedor de ruinas filosóficas es innegable, pero la oscuridad de muchas de sus expresiones y la aberración de otras dieron lugar a arbitrarias lecturas, sin contar con las tergiversaciones intencionadas en buena parte por obra de su propia hermana y curadora<sup>24</sup>. Nietzsche demolió todo

<sup>16</sup> Köstlin, *Neue Revision*; del mismo, *System*; Abegg, *Lehrbuch*; del mismo, *Die verschiedenen Strafrechtstheorien*; también, *Untersuchungen*; Hälscher, *Das gemeine deutsche Strafrecht*; del mismo, *Das preussische Strafrecht*; también, *System des preussischen Strafrechtes*; Berner, *Grundriss der kriminalistischen Imputationslehre: Lehrbuch* (hay quince ediciones posteriores hasta 1889).

<sup>17</sup> Pessina, *Elementi*; otras obras, *Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX. Naturalismo e le scienze giuridiche: La crisi del diritto penale nell'ultimo trentennio del secolo XIX. Diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente*; este autor, Mazzola, *Nel I Centenario*; Spirito, *Storia*, p. 155 y ss.

<sup>18</sup> Acerca de este autor, Kokert, *Der Begriff der Typus bei Karl Larenz*; la tesis de Larenz (1905-06) de 1926 fue su *Hegelszurechnungslehre* y su habilitación de 1929 fue *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts* (1930). Su neohegelianismo es nazi y su influencia se discute; su trabajo de este período fue *Gegenstand und Methode des völkischen Denkens*, 1938. La tesis central era que toda actividad jurídica estaba sometida al orden de la comunidad y que cada vínculo jurídico debía ser compatible con el interés de ésta (así lo sostuvo en *Rechtsperson und subjektives Recht, Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe*, pp. 31-40).

<sup>19</sup> Binder, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*; del mismo, *Der deutsche Volkstaat*.

<sup>20</sup> Mayer, H., *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*.

<sup>21</sup> Cfr. Spirito, *L'idealismo italiano e i suoi critici; La vita come ricerca; Il problema del comunismo; Scienze e filosofia: La vita come arte; El pragmatismo en la filosofía contemporánea; Il nuovo diritto penale*.

<sup>22</sup> Gentile, *Teoria generale dello spirito come atto puro*; del mismo, *Opere complete*; sobre Spirito, Spirito, *Giovanni Gentile*; Santarelli, *Storia del Fascismo*, p. 251 y ss.

<sup>23</sup> Sobre Nietzsche se ha publicado un enorme número de obras; al respecto pueden mencionarse Römer, *Nietzsche*; Obenauer, *Friedrich Nietzsche, der ekstatische Nihilist*; Richter, *Friedrich Nietzsche, Sein Leben und Sein Werk*; Giusso, *Nietzsche*; Götz, *Nietzsche als Ausnahme*; Halévy, *Le Nietzsche*; Federico Nietzsche; Martínez Estrada, *Nietzsche*; Thibon, *Nietzsche*; Vetter, *Nietzsche*; Deleuze, *Nietzsche y la filosofía*; Lefevre, *Nietzsche*; Löwith, *De Hegel a Nietzsche*; Jaspers, *Nietzsche*; Ross, *Friedrich Nietzsche*; Abraham, *El último oficio de Nietzsche*.

<sup>24</sup> Cfr. Macintyre, *Sulle tracce di Elisabeth Nietzsche*.

que pudo, pero una demolición no es una tarea armónica, aunque sea sistemática, porque su ritmo e intensidad está determinado por la magnitud de las ruinas que encuentra y los parajes de las mismas. No existe un *penalismo nietzscheano*, porque no pudo haberlo. Sin embargo, es importante saber cómo Nietzsche retomó un tema central de Hegel y se dedicó a demolerlo en su obra de mayor alcance (*Also sprach Zarathustra*): el tema de la venganza. Hegel había escrito que la *venganza, por ser la acción positiva de una voluntad particular, deviene una violación, que se incorpora al progreso infinito como contradicción ilimitada, como herencia que va pasando de generación en generación*<sup>25</sup>. Hegel pretendió liberarse de la venganza en la eticidad de su estado racional, pero justamente en ese estado racional se interrumpe la razón hegeliana, parece detener su camino al infinito, su progreso lineal, que fue idea común a toda la Ilustración y que correspondía a un tiempo que *avanza* según una idea lineal del tiempo, de la que nace la prisión como pena. Nietzsche retomó el tema y ridiculizó el estado racional de Hegel, si bien al hacerlo incurrió en las afirmaciones más aberrantes. Su libertad de pensamiento en esta materia no conocía límite alguno, pues no había valla convencional que lo contuviese. Impulsado por su genio o por su enfermedad, lo cierto es que llevó adelante la tarea demoledora y poco importa su causa. Para Nietzsche, lo que esclaviza al hombre es la venganza, y donde Hegel veía la salida, Nietzsche no veía más que una *alianza de vengadores*, que trataba de controlar y destruir al que pretendiese superar la venganza, que era su *Übermensch* (superhumano). Pero antes, Nietzsche se preguntaba cuál era el objeto de la venganza, contra quién se dirigía, y concluía que la venganza era *contra el tiempo y su fue*, que en una concepción lineal es ineliminable. *La venganza era contra lo que fue y ya no puede ser de otro modo*. De allí seguía que si el humano debe pasar de su condición humana a un estado superior de superhumano (*Übermensch*), debía liberarse de la venganza y, para ello, debía liberarse antes de la idea lineal del tiempo. Aunque Nietzsche no lo dice, es sugestivo que cuando *el desierto avanza* (es decir, cae el pensamiento), la pena se convierte en una medida témporolineal, como si –siguiendo su razonamiento– se refinase y desmenuzase como venganza, quitándole al ente humano su tiempo y su *fue*<sup>26</sup>.

Para Nietzsche y para Hegel, el progreso o superación estaría dado por la eliminación de la venganza, pero justamente lo que Hegel sacraliza como su eliminación (el estado racional), es despreciado por Nietzsche como la garantía de continuidad de la venganza. Sólo su *superhumano*, rompiendo con toda esa pretendida racionalidad de la eliminación de los vengadores<sup>27</sup>, sería capaz de superarla. En definitiva, la superación sólo en una diferente concepción del tiempo, no lineal sino circular, retomando la idea misma del eterno retorno. Es claro que, al menos en esta esencia del pensamiento nietzscheano, no podía haber ninguna legitimación de la pena, por lo cual no es raro que no haya habido penalismo nietzscheano. Pocas veces pudo sentirse más huérfano de legitimación el discurso legitimante del poder punitivo que en el pensamiento de Nietzsche. Cabe consignar que también este pensamiento rompió contradicciones de legitimación insoportable y, por tanto, bien puede emprenderse a partir de él la senda del *Übermensch* como imagen de superación de la venganza (no siempre bien clara en el propio Nietzsche), o bien sólo la de su ridiculización del estado racional. Este mismo camino fue políticamente entendido como orientado hacia la *pleonexia* de Nietzsche<sup>28</sup> (la consagración del derecho del más fuerte), lo que convertiría a su *Übermensch* en una *alegre bestia rubia* irresponsable. Nietzsche dio pábulo a esta

<sup>25</sup> Hegel, *Filosofía del Derecho*, p. 112.

<sup>26</sup> Nietzsche, *Also sprach Zarathustra*, II, *Von der Erlösung*, en "Werke in vier Bänden".

<sup>27</sup> Nietzsche, *Zur Genealogie der Moral*, en "Werke in vier Bänden", IV, p. 281 y ss. Acerca de la concepción del superhombre y su contenido racista. Mosca, *Historia de las doctrinas políticas*, p. 253.

<sup>28</sup> Nietzsche, *Gorgias o de la retórica*, en "Obras completas", T. II, p. 441 y ss.; Menzel, *Calicles*; Nietzsche, p. 296 y ss.

dualidad<sup>29</sup>, pero no parece ser de la esencia de su pensamiento. *Lo que sin duda cabe rescatar del mismo es la conexión entre tiempo y venganza, hartamente sugestiva para el pensamiento penal.*

3. Otra respuesta al hegelianismo, que tal vez haya sido la más importante para el saber penal, fue la que se llamó *racionalismo armónico*, o sea el pensamiento filosófico de *Karl Christian Friedrich Krause* (1781-1831/2)<sup>30</sup>, cuya corriente es usualmente denominada *krausismo*. Krause fue tan romántico como su contemporáneo Hegel, aunque tuvo mucho menos éxito personal, hasta el punto de pasar casi ignorado en Alemania<sup>31</sup>. Por circunstancias históricas particulares, sin embargo, su pensamiento fue divulgado en España<sup>32</sup>, dominó entre los políticos de la primera República Española y pasó a América Latina, donde tuvo seguidores a fines del siglo XIX y comienzos del XX.

4. Desde la filosofía oriental hay en el idealismo una *filosofía cósmica* y otra *accósmica*: para la primera todo es en el cosmos; para la segunda, el cosmos *no es* (es una ilusión) y lo absoluto se encuentra fuera del cosmos y *es*<sup>33</sup>. Krause tomó el camino idealista de la filosofía cósmica y afirmaba que *todo es en lo absoluto y tiende hacia lo absoluto* (es *panenteísta*: todo en Dios, por oposición al *panteísmo*, todo es Dios). Parte de una intuición originaria: la *humanidad* abarca la *naturaleza* y el *espíritu*, que son dos infinitos relativos, por oposición al infinito absoluto, al que todo tiende y en el que todo es. Lo que más se difundió de esta filosofía fue su ética, como una ética de felicidad que se logra poniéndose en concordancia con la tendencia universal hacia lo absoluto. Toda la vida se concibe como un constante movimiento hacia lo absoluto en un amor entre los humanos que asume la forma de una gran cofradía. Esta tendencia universal (cósmica) abarcaba para Krause todos los entes y no sólo lo humano: el derecho sentía un favorecimiento de esta tendencia. Esta fue la base del jusnaturalismo idealista de Krause.

5. La idea krausista del estado se acercaba a una corporación fraternal y tendía a la desaparición, a medida que los seres humanos fuesen internalizando su tendencia hacia lo absoluto y progresando moralmente por esta vía. El krausismo fundamentaba así una especie de liberalismo ético y libertario, cuya concepción cósmica imponía un respeto considerable a la naturaleza. La idea del tiempo, en una concepción cuya dinámica asemejaba al estoicismo, tampoco era lineal, sino que sería una suerte de movimiento de expansión y contracción. El krausismo como tal tenía componentes que sería necesario profundizar, pero lo que es bueno destacar es su disposición dialogal cósmica, su punto de enraizar con el pensamiento más actual en materia de derechos subhumanos. Al igual que todo el movimiento idealista del pensamiento en que se insertaba,

<sup>29</sup> La reivindicación nacionalsocialista de Nietzsche puede verse sintetizada por Alfred Bauer, transcrita por Mosse, *La cultura nazi*, p. 122 y ss.; una lectura penal cercana a Kiel, en *Verbrechen und Strafe bei Friedrich Nietzsche*.

<sup>30</sup> Krause, *Ideal de la humanidad para la vida: Abriss des Systemes der Philosophie des Menschen oder des Naturrechtes; Das System der Rechtsphilosophie; Vorlesungen über Naturrecht*, de su discípulo Tiberghien, *Estudios sobre filosofía*; la obra crítica de Ortí y Lara, *Lecciones sobre la filosofía de Krause*; bibliografía sobre este autor, en Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, I, p. 1067; sobre la relación con el derecho, Rivacoba y Rivacoba, *Krausismo y Derecho*; sobre krausismo, López Morillas, *Krausismo: estética y literatura*; una completísima biografía es la de Ureña, *Krause, educador de la humanidad*.

<sup>31</sup> Puede verse la forma despectiva en que lo considera Windelband, *Storia della filosofia moderna*, III, p. 126. En cuanto a las consecuencias penales de su pensamiento, Landau, en "Fest. 100 Jahre Kaufmann", p. 473 y ss.

<sup>32</sup> Cfr. López Morillas, *El krausismo español*; Buezas, *La teología de Sanz del Río y del krausismo español*; Azcárate, *Sanz del Río*; Díaz, E., *La filosofía social del krausismo español*.

<sup>33</sup> Cfr. Radhakrishnan, *History of Philosophy*, I, p. 62.

<sup>34</sup> Sobre ello, Rivacoba, *Krausismo y Derecho*, p. 67; la idea también por otra vía en Sanz del Río, *Justicia*, p. 12 y ss.

nacionalismo armónico de Krause también intentaba liberarse de la venganza. Procuraba hacerlo mediante una actitud fraternal universal que, en lugar de venganza, propugnaba un mejoramiento (*Besserung*) moral. La aplicación de esta filosofía al saber penal dio por resultado la *concepción de la pena como mejoramiento moral*. Su versión en la filosofía jurídica estuvo a cargo de Ahrens<sup>35</sup> y en el derecho penal de Karl David Augusto Röder (1806-1879)<sup>36</sup>, que fue la cabeza visible de la llamada *teoría correccionalista o del mejoramiento (Besserungstheorie)*<sup>37</sup>.

6. La traducción penal del racionalismo armónico corrió el riesgo de introducir una confusión entre moral y derecho, sumamente peligrosa, justamente porque también cayó en el grave olvido del estado real y concreto. Krause concebía un estado en vías de contracción y final desaparición, lo que por cierto contrastaba frontalmente con el estado verticalizado que demandaba el espacio de poder de su tiempo. No llama la atención que el krausismo haya tenido tan poca resonancia en el estado prusiano, y mientras su contemporáneo Hegel recibiera cierto espacio oficial, Krause no tuviera ninguno. Muchas han sido las críticas al krausismo y particularmente a la *Besserungstheorie* de Röder. En realidad, el enfrentamiento de Carrara a Röder<sup>38</sup> tiene plena justificación, pues el mero transporte del krausismo al plano penal de un estado como el prusiano (o cualquiera de los europeos de su tiempo) era una ingenuidad peligrosa. Röder pretendió legitimar un poder punitivo, lo que no era posible con ese planteo en el marco de un estado verticalista y cuyo poder de vigilancia se fortalecía. Ciertamente atentamente a Krause se percibe que promueve una profunda revolución subjetiva, que no puede alucinarse en un marco de poder diferente y que en modo alguno puede legitimarlo. En definitiva, Krause deslegitimaba el poder punitivo y trataba de reemplazarlo por un poder ético en vías de extinción por la progresiva internalización de la ética fraternal. Su empleo en forma legitimante, como lo hizo Röder, fue útil en cuanto que eliminaba la pena de muerte y favorecía institutos tales como la libertad condicional, pero su desarrollo completo podía ser nefasto para las garantías en el marco de poder de un estado en que sus clases hegemónicas tendían a suprimir todos los límites al poder punitivo.

7. El pensamiento krausista es rico y sugestivo, pero el estado krausista no es el real, como tampoco lo fue el estado racional de Hegel. Frecuentemente se reitera esta problemática: hay propuestas del pensar penal que, en definitiva, son propuestas de movimiento de sociedad, a las que no es posible suprimirles su contexto, so pena de incurrir en resultados diametralmente opuestos. Este es el peligro de la *Besserungstheorie*, porque el pensamiento de su fuente filosófica sea rico y generoso y tenga muchos aspectos que recobran actualidad. No es tan sencillo criticar algunos profundos aspectos del krausismo, aunque sea más fácil hacerlo con la aplicación que del mismo hizo Röder al saber penal. En cuanto al sentido de la historia krausista, no se apartaba mucho

<sup>35</sup> Ahrens, *Das Naturrecht oder die Rechtsphilosophie; Naturrecht oder Philosophie des Rechts* (Lipsia, 1820); en castellano, *Curso de derecho natural o de filosofía del derecho* (no indica traducción); *Curso de derecho natural o de filosofía del derecho completado en las principales materias, con sus consecuencias jurídicas y políticas* (trad. de Rodríguez Hortelano y de Asensi); en francés, *Cours de droit naturel ou de Philosophie du droit*.

<sup>36</sup> El autor en castellano, Röder, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena. Estudios sobre derecho penal y sistemas penitenciarios; Besserungstrafe und Besserungstrafansprüche*; *Grundzüge des Naturrecht oder der Rechtsphilosophie*.

<sup>37</sup> En castellano, Rivacoba y Rivacoba, *El correccionalismo penal*; Morillas Cueva, *Metodología y fundamentos del derecho penal*, p. 85 y ss.; en Portugal, Levy Maria Jordão proyectó un código de corte correccionalista en 1861, mientras el primer proyecto de reforma penal en que se introduce la libertad condicional especial es el de 1861, privilegiando la inclinación del derecho hacia la corrección y el mejoramiento del delincuente, con inspiración röderiana (Figueiredo Dias, *Temas básicos da doutrina penal*).

<sup>38</sup> Carrara, *Programma*, I, p. 495; del mismo, *Emmenda del reo assunta come unico fondamento e principio del diritto penale*, en "Opuscoli", I, p. 203 y ss.

del etnocentrismo hegeliano. Al menos en su versión tardía española, se sostenía que la familia había *involucionado* en los *estados nación* europeos y que éstos practicarían una nueva *involución* en un *estado Europa* y cuando la *humanidad* haya cumplido en *Europa esta grande involución* la extendería a todo el planeta<sup>39</sup>. En este sentido, el racionalismo armónico no percibió sus raíces no europeas.

8. En el siglo XIX, las condiciones de trabajo y de supervivencia de las masas humanas concentradas en las ciudades europeas eran terribles. Dickens proporcionó descripciones de este genocidio. Varios fueron los autores que ensayaron proyectar esta situación como el avance del *Geist* de la humanidad. Otra reacción al hegelianismo políticamente la más importante, fue la de *Karl Marx* (1818-1883)<sup>41</sup>, quien proporcionó un pensamiento que enfrentase a esta situación y le permitiese convertirse en bandera de lucha de los marginados del momento. Existía prácticamente un *hacer* ideológico que no podía mantenerse mucho tiempo y que el marxismo y el anarquismo pugnarían por llenar. Marx tomó de Hegel el tiempo lineal, la dialéctica y el progreso, la alienación y la *idolatría*, con la diferencia de que para Marx el motor de la historia no era la particular concepción de la razón de Hegel sino la lucha de clases. Sostenía que el hombre nace condicionado por las relaciones de producción, pero que podía actuar sobre ellas y modificarlas.

9. La alienación hegeliana tenía lugar cuando el hombre dejaba de ser para sí mismo y pasaba a ser *para las cosas*, en tanto que para Marx la alienación la producían las relaciones de producción de la economía capitalista. La dialéctica marxista proponía una visión de la historia cuyo motor —la lucha de clases— iba generando un *movimiento* triádico (de la *esclavitud* a la *servidumbre* y de ésta al *capitalismo*). La misma dialéctica de la lucha de clases llevaría del capitalismo al *comunismo*, donde Marx se encontraba igual que Hegel, porque se le cierra la historia. Así como Hegel terminaba en la *razón* del estado racional, o Nietzsche en el *Übermensch*, Marx terminaba en el *comunismo*; a partir de ese momento consideraba que el ser humano estaría libre de la alienación y comenzaría la historia, en una sociedad sin clases, porque en definitiva, lo que entonces vivió sería para él una prehistoria.

10. El derecho es, para Marx, una superestructura ideológica de dominio de la clase oprimida. *Ideología* tenía en Marx el sentido negativo de una manipulación *discursiva* que oculta la realidad<sup>42</sup>. Marx no tomó seriamente en cuenta el poder del *discursivo*; preocupación prioritariamente deslegitimante no le permitió ver con claridad su importancia para el poder, o bien no lo consideró en su momento histórico de *gran* significación. El estado no sería más que una estructura necesaria en la lucha de clases, pero tanto éste como el derecho irían desapareciendo a medida que la lucha de clases terminara, hasta ser innecesarios en una sociedad sin clases. Para llegar al *comunismo* consideraba que se debía pasar por una dictadura del proletariado, que generaría las condiciones del paso, es decir, que la lucha de clases debería terminar con la toma del poder por la clase proletaria, encargada de configurar una sociedad sin clases. Este componente romántico de la dictadura como paso previo al comunismo —que tuvo un desencuentro más notorio con Bakunin<sup>43</sup>— se torna peligroso pues es fácilmente manipulable. Su pensamiento no se aparta del etnocentrismo hegeliano, al punto

<sup>39</sup> Sanz del Río, en Sanz del Río/Krause, *Ideal de la humanidad para la vida*, p. 58.

<sup>40</sup> v. Buber, *Caminos de utopía*; Cole, *Historia del pensamiento socialista*.

<sup>41</sup> En especial, Marx, *Manuscritos económico-filosóficos*; sobre su antropología, Fromm, *Marx y el concepto del hombre*, estudio preliminar al anterior; Mondolfo, *Marx y marxismo: del materialismo al humanismo de Marx*; Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde*; del mismo, *Karl Marx*.

<sup>42</sup> Cfr. Bekerman, *Vocabulaire du Marxisme - Wörterbuch des Marxismus*, pp. 85 y 251.

<sup>43</sup> v. Capelletti, *Bakunin y el Socialismo libertario*.

considerar que el colonialismo es un fenómeno positivo que incorpora los países colonizados a la historia<sup>44</sup>.

11. En rigor, el pensamiento marxista tiene un importante contenido antropológico, su *alienación*<sup>45</sup> mejora el concepto hegeliano y lo hace más real, la importancia de las relaciones de producción se hacen evidentes, pero no altera el etnocentrismo hegeliano (la base ideológica del dominio neocolonialista), genera el riesgo de su manipulación autoritaria y corta tan abruptamente como Hegel el camino de salida de la venganza: delito y pena son producto de relaciones de cambio, que desaparecerán en el comunismo, cuando imperen relaciones de solidaridad. Al colocar como motor de la historia a la lucha de clases, elimina la idea del *Geist* y la razón hegelianas e introduce —o reintroduce— una sociología conflictivista que separará su pensamiento muy nítidamente de las corrientes funcionalistas. La autoconsciencia hegeliana pasó a ser en Marx la consciencia de clase proletaria, lo que le permitió introducir una distinción entre el proletariado consciente y el proletariado sucio (*Lumpenproletariat*)<sup>46</sup> que era la marginación (la *mala vida*) de las ciudades europeas, a las que consideraba con desprecio y afirmaba que en definitiva serían aliadas de la burguesía, definiéndola como *la putrefacción de los estratos más bajos de la vieja sociedad* o el conjunto de sujetos *degradados de todas las clases*.

12. A partir de Marx se genera el *marxismo*, que es un conjunto de teorías que tratan o pretenden ser la continuación de su pensamiento o de su método. Hay muchísimas corrientes marxistas, y aunque su enunciado y clasificación sea imposible aquí, al menos para su análisis siempre debe tenerse en cuenta una polarización primaria entre (a) las que son tributarias del *romanticismo marxista*, que es el llamado marxismo ideológico y que, por regla general, han servido para que en el marxismo institucionalizado se fortaleciese el estado totalitario; y (b) las que insisten en el aspecto metodológico o de *análisis marxista*, que tienen la virtud de subrayar la necesidad de considerar a cualquier fenómeno social en una dimensión económica y respecto de un cierto sistema de producción, lo cual muestra conflictos que de otro modo no se percibirían con claridad. La importancia de tales conflictos en el fenómeno criminal<sup>47</sup> y en el control social no puede hoy negarse con seriedad, como tampoco el papel que desempeñan en la ideología penal. El riesgo del *análisis marxista* es su proclividad al *reducionismo determinista*, que puede desembocar en un reduccionismo economicista.

13. Hegel y sus críticos, por diferentes, incompatibles e insospechadas vías, descubren la *centralidad del tema del tiempo y la venganza, y la necesidad de su superación*. Esta posición central sigue estando ocupada hasta hoy por ese complejo. Según Hegel, la venganza se superaba con la utopía del estado racional que la eliminaría, convirtiéndola en la confiscación de la víctima como indispensable para ésta. Nietzsche intenta superarla con su *Übermensch* que se impondría a los humanos que sufrían la necesidad de la venganza, destruyendo la coalición de éstos para eternizarla. Krause se inclinaba en una tendencia cósmica hacia lo absoluto, puesta de manifiesto en un constante amor y fraternidad universal entre hombres y cosas. Marx la superaba con la institución de las relaciones de cambio capitalistas y el advenimiento del comunismo con relaciones de solidaridad. En Marx y Hegel el tiempo seguía siendo lineal; en Nietzsche y Krause asumía otras formas. Los primeros no tienen otro recurso que cortar la cadena (Hegel en el estado racional, Marx en el comunismo). La pena medida en términos de estas ideologías lineales, que si bien fueron las que más claramente

<sup>44</sup> Karl Engels, *Acerca del colonialismo*.

<sup>45</sup> E. Bakerman, *Vocabulaire*, pp. 27 y 231.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 95 y 282.

<sup>47</sup> No se debe olvidar el mérito de los trabajos pioneros del criminólogo holandés Willem Adriaan (1876-1940), *Criminality and Economic Conditions*; en castellano, *Introducción a la criminología*, su obra póstuma: *Race and crime*.

plantearon el problema, no fueron las que lo crearon, sino las que pretendieron darle la respuesta más refinada y elaborada. *La centralidad descubierta por estos pensadores es lo que explica el enorme potencial simbólico del poder punitivo, por arbitrario e irracional que resulte.* Es el sustrato sobre el que construyen su poder contradictorio y competitivo todas las agencias del sistema penal. Pero no es sólo eso: la venganza y su irracional canalización es el sustrato manipulado por todos los autoritarismos. Desde este gran debate interrumpido se puso de manifiesto la centralidad del tiempo y la venganza y se pudo explicar la increíble fascinación de esta última, que impide a las propias víctimas percibir la cuestión con un mínimo de claridad. El debate no pudo continuar, porque el espacio se estaba cerrando. El pensamiento humano sufrió una de sus caídas más perpendiculares y el pensamiento penal en particular alcanzó pronto su punto más bajo; se degradó a simple racionalización simplista del vigilantismo. *El desierto avanzó.*

## § 22. El peligrosismo y la cosificación

### I. El pensamiento penal en su límite más bajo: la racionalización del control policial racista

1. La clase industrial inglesa alcanzó su hegemonía antes que las de Europa continental; a partir de ese momento el discurso contractualista dejó de serle necesario para poner límites al poder punitivo, porque había pasado a ejercerlo. Protagonizó antes que en otros países un giro hacia el saber penal reducido a saber tecnocientífico, es decir, el saber del que se retira el pensar. El primer autor que marcó esta etapa de reducción al empirismo fue *Jeremy Bentham* (1748-1832)<sup>48</sup>. El pragmatismo de Bentham ha —en cierto sentido— un adelanto de lo que luego sería el positivismo. En este aspecto ha dicho, con buena cuota de razón, que el pragmatismo es un positivismo con callos de rendimiento<sup>49</sup>. Bentham negaba cualquier derecho subjetivo anterior al estado. Por consiguiente rechazaba la Declaración Francesa de 1789 y afirmaba que el único criterio para establecer cuándo un hecho debía erigirse en delito era la pura utilidad de hacerlo, que para Bentham resultaba de un cálculo: se debía medir el grado de placer que la acción le producía a su autor y el grado de dolor que les causaba a los demás, sea que el grado de utilidad era la renta en felicidad, porque la legislación y la moral tenían un objetivo común, que era producir la mayor cantidad posible de felicidad. Dado que el derecho y la moral tenían un objetivo común (producción de felicidad), no podían distinguirse por su objeto. Lo único que para Bentham los distinguía era su extensión: había para su tesis sólo razones de tipo práctico, que mostraban los inconvenientes que acarrearía criminalizar todo lo inmoral. Esa era la única razón por la cual la moral tenía un ámbito mayor que el derecho.

2. La pauta general en que fundaba la limitación a la intervención del estado se caba para el pragmatismo benthamiano en que esta última sólo se justificaba cuando producía felicidad y en la estricta medida de ésta. De este modo se retorció el pensamiento hasta convertir a la pena en un bien: lo sería porque, si bien no produce la felicidad de quien la sufre, la produce en la suma de las felicidades individuales (utilidad pública), porque ahorraría dolor como prevención general e individual.

<sup>48</sup> Dumond publicó en francés una obra de Bentham de 1789 junto con otros escritos de este autor con el título de *Traité de Législation civile et pénale*. De algunos manuscritos de Bentham de 1776 anteriores extrajo el mismo Dumond el texto que se publicó como *Théorie des peines et de récompenses*. Esta obra se tradujo al castellano y difundió las ideas de Bentham por América Latina. *Teoría de las penas y de las recompensas*; en Chile, *Teoría del derecho Penal. Extracto de las obras de Bentham*. Sobre este autor: Atkinson, *Jeremy Bentham: his life and his work*; Philippon, *Three criminal law reformers*.

<sup>49</sup> Duguít, *El pragmatismo jurídico*. Se lo señala como fundador del derecho penal penalista (Pisani, *Studi di diritto penale*, p. 155).