

FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL

Rafael Márquez Piñero

ITER CRIMINIS – Revista de Ciencias Penales

Núm. 1 – Tercera época

Tlalpan, México – 2005

Pp. 125 - 136

<http://www.cienciaspenales.net>

## FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL

Rafael MÁRQUEZ PIÑERO\*

El Derecho no interesa solamente a los legisladores, a los abogados, si no que nos afecta a todos. Por otra parte, el filósofo trata de entender cualquier cosa y en cualquier nivel y, más aún, cuando se trata de una herramienta de cambio social: el Derecho no solamente refleja a la sociedad, sino que la cambia. Desde este punto de vista, las distintas escuelas representan el frondoso árbol del conocimiento jurídico (desde Hans Kelsen hasta Julius Stone) sin olvidar a Kant y todo lo derivado de él.

El ilustre filósofo argentino Mario Bunge formula —para sí— la problemática sobre el Derecho como técnica social de control y reforma, y advierte que se atreve a abordar dicho tema (sin ser abogado) por tres razones: primero porque el Derecho es cosa que interesa no solamente a los peritos en esta materia o jurisconsultos, a los legisladores y a los abogados, sino que debe interesarnos a todos, ya que a todos nos afecta.

En segundo lugar porque un filósofo trata de entender cualquier cosa en cualquier ámbito. Y, tercero, por su relación familiar: su abuelo paterno fue presidente de la Suprema Corte de Justicia de Argentina, su padre legislador durante veinte años, además de presidente de la Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Diputados. Bunge asevera que el Derecho va cambiando en forma pasiva (como

---

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

creía el marxista o semimarxista Ferdinand Lassalle), que realmente se trata de una herramienta de cambio social.

De esta manera, cuando en un régimen parlamentario el Congreso sanciona una nueva ley, al poco tiempo modifica la conducta de la gente afectada por dicha normativa, es decir, que si la ley es regresiva, la conducta va a ser regresiva en alguna medida. En cambio si la ley es abierta y progresista, impactará a la comunidad obligando a la gente a adoptar actitudes prosociales, etcétera. En otras palabras: el Derecho no solamente refleja a la sociedad sino que, a su vez, la cambia.

En el sentido de nuestra exposición, Mario Bunge se preocupa de algunas posturas *jusfilosóficas* fundamentales, como *jusnaturalismo*, formalismo/positivismo y realismo jurídico. Para el autor en comento, aunque el Derecho constituye un instrumento relevante para resolver conflictos de intereses, alcanzar la justicia y ejercer el control social; a pesar de lo anterior no es filosóficamente neutro.

Es sabido que la filosofía del Derecho se encuentra dividida en distintas escuelas, entre ellas el *jusnaturalismo*, el Derecho natural. Sin embargo esta expresión, Derecho natural, me parece una contradicción en los términos: no hay nada más artificial que el Derecho, que es creación del hombre. Así las leyes no aparecen en las canteras, en las minas o en los bosques, sino que el Derecho es una creación arquetípicamente humana, como puede serlo la ingeniería.

En todo caso, el añejo conflicto entre idealismo y espiritualismo, por una parte, y el materialismo por otra, se ve también reflejado en la división que hay en el enfrentamiento entre el formalismo jurídico, por ejemplo el formalismo de Hans Kelsen, el positivismo jurídico y el realismo jurídico, que viene de la tradición alemana de Savigny, Von Ihering, y que ha sido incorporado por el realismo jurídico escandinavo (K. Olivercrona) y por el estadounidense, particularmente, a partir de Roscoe Pound hasta llegar a Julius Stone.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Bunge, Mario, "El Derecho como técnica social de control y reforma", en *Isonomia*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México, ITAM, octubre-2000, pp. 121-137.

Por su parte Kant, al hablar de la polémica con la ética de la felicidad (rasgo característico de la Ilustración) se encuentra íntimamente unida con su severa crítica del método del Derecho natural, que pretende extraer de la naturaleza del hombre principios ético-materiales. En esta tesitura, Kant arremete contra el punto más débil de la posición del Derecho natural. Del conocimiento de la naturaleza humana, que nosotros sólo podemos adquirir por la experiencia, no puede deducirse ninguna ley que requiera necesidad absoluta.<sup>2</sup>

Kant, en consecuencia, separa de forma tajante la metafísica de las costumbres, purificada cuidadosamente de todo empirismo, y la antropología práctica. "Toda filosofía moral descansa completamente en su parte pura, y aplicada al hombre no toma nada del conocimiento de éste (antropología), sino que le da como a un ser racional, leyes *a priori*". Sólo después que la filosofía moral ha deducido sus leyes con independencia de las singularidades de la naturaleza humana, precisa "de la antropología para su aplicación al hombre".

Kant concluye que todo contenido ético-material se apoya en la naturaleza del hombre o, en su caso, en las circunstancias mundanas; es pura y exclusivamente empirismo y sólo puede fijarse, específicamente, para la especial situación en que se encuentra el sujeto del obrar.

Sin embargo, Kant va mucho más allá, viendo todo el contenido material de la ética exclusivamente desde la perspectiva de la ética de la felicidad característica de la Ilustración. Estrechando, sumamente, la problemática ético-material, cree que "todos los principios prácticos materiales, en tanto que tales, son de una y la misma especie, y perte-

<sup>2</sup> Welzel, Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, Madrid, Aguilar, 1979, p. 175 y ss.

"El fundamento de vinculatoriedad de las leyes morales no puede buscarse en la naturaleza del hombre o en las circunstancias del mundo en que está situado... sino sólo *a priori* en conceptos de la razón pura; todo otro precepto que se base en principios de la mera experiencia, e incluso un precepto general en determinado sentido, siempre que se apoye en fundamentos empíricos aunque sea sólo en una parte mínima, quizá sólo podrá ser una regla práctica, pero jamás una ley moral".

necen al principio general del egoísmo o de la propia felicidad”, y ubican el motivo determinante de la voluntad en nuestros apetitos”, preferencias o instintos.

Contemplado el problema desde esta perspectiva, resulta clara la conclusión de que en lo referente a los fines materiales del actuar, no sólo no resulta factible ninguna ley *a priori* de validez general, sino que dichos fines han de ser sacados del terreno de la ética: “todo lo que es empírico, no sólo es totalmente inservible como aditamento al principio de la moralidad, sino que es altamente perjudicial a la pureza de las costumbres”. El principio de la conducta moral “tiene que estar completamente libre de todo influjo de aquellos fundamentos casuales que sólo puede brindarnos la experiencia”.

De esta manera se produce el viraje que estampará su sello distintivo a la ética moderna: en vez de los problemas ético-materiales objetivos que habían constituido la preocupación primordial de la investigación *jusnaturalista* en los dos milenios anteriores, adquiere especial preponderancia la problemática de la moralidad subjetiva. El principio subjetivo de la moralidad, manifestado en primer lugar en la noción estoica de la conciencia, y que durante la Edad Media (a pesar de su gran penetración) se detuvo ante los límites dogmáticos teológicos, ahora se desarrollará libremente. La autonomía moral del individuo se convierte en “la ley fundamental del mundo moral”. Se trata del principio de la voluntad libre, “la cual tiene, necesariamente, a la vez, que poder coincidir con aquello a lo que debe someterse”.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> *Idem*, p. 176, *infine*.

Kant dice literalmente: “Sin embargo, precisamente este principio presupone un orden de las cosas ético-material objetivo, con el que la voluntad tiene que poder coincidir, si ésta ha de someterse libremente, es decir, en virtud de su propia convicción...”. Ahora bien: Kant ha atribuido validez *a priori* a un fin material: la persona moral. Por virtud de la autonomía de la libertad, la persona es soporte del orden ético universal, y con ello, como sujeto de la ley moral, fin en sí misma. “La autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana, y de toda naturaleza racional”. “El hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no meramente como un medio para su utilización caprichosa por esta o la otra voluntad, sino que tiene que ser considerado en todo momento como fin en todas sus acciones, tanto en

En cuanto a Jiménez de Asúa, al buscar la relación entre la filosofía y el Derecho penal utiliza un método dialéctico (como todos sabemos, compuesto de tesis, antítesis y síntesis), sin necesidad de contemplar la actualidad de la temática. En función de todo lo anterior, puede decirse que en nuestra época resulta un hecho innegable que en todas las comunidades se descubre la presencia de un sistema normativo, regulador tanto de la funcionalidad de los órganos colectivos como de las relaciones entre los miembros del proceso social, y la de ellos en relación con los órganos colectivos.<sup>4</sup>

La temática, en cuanto al Derecho penal, permite afirmar, aunque el asunto sea propio del filósofo (cabe recordar aquí que la filosofía tiene carácter científico, por considerarse una ciencia al cuadrado, ya que se cuestiona a sí misma y al objeto de su estudio) y haya quien estime

---

las que se hallan en relación consigo mismo como en las que se hallan en relación con los demás”. Porque la persona alcanza un valor independiente de toda consideración final en virtud de su entrega autónoma y libre a lo debido moralmente; por ello también tiene que ser reconocida por todos los demás en este su valor ético *absoluto* y sustraída a todo punto de vista utilitario. El valor de la moralidad subjetiva que adquiere la persona ética es, para toda otra persona, un bien ético-material absoluto, y el único bien ético-material de validez absoluta”.

<sup>4</sup> Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho penal*, t. II, 5ª ed. Buenos Aires, Losada, 1992, p. 13 y ss.

“Si los hombres respetan voluntariamente esas normas, el Derecho Penal sería innecesario; pero los seres humanos son constantes transgresores del orden jurídico establecido, y por ello junto al Derecho constitutivo figura el sancionador. A menudo basta una sanción de índole privada: la restitución de la cosa, la nulidad del acto. la indemnización de daños y perjuicios: pero los casos en que la importancia del bien jurídico agredido lo reclama, el Estado se ve en la necesidad de acudir a formas coercitivas más enérgicas, y la pena se impone.

“Este hecho, grandioso y terrible, que pone en manos del Estado el *ius puniendi*, debe ser sometido a investigación, empezando por su pretendida legitimidad. No es suficiente afirmar que se trata de un derecho subjetivo del Estado; es preciso calar hondo en sus fundamentos. A pesar del famoso apotegma *homines non requirunt non requirunt rationes carum rerum quas semper bident*. No basta que haya existido siempre para que se le estime como justo, y tampoco es lícito —como creyeron algunos de los partidarios del tecnicismo jurídico, con Manzini a la cabeza (Trattato, I, p. 7)— apartar estos problemas de la preocupación del penalista, afirmando que la investigación filosófica es repudiada por superflua y aun dañina, o decir, con Francisco Magri, que la penalidad no se justifica “por teoría filosófica”, sino por “un criterio de necesidad” (p. 116).

como Radbruch que el Derecho penal no tiene para qué ocuparse del *ius puniendi* y de las escuelas penales, por creer que este asunto corresponde al Derecho público en *stricto sensu*.<sup>5</sup>

Los más exaltados creen tener en cuenta estos temas en Derecho penal. El propio Jiménez de Asúa reconoce que la postura resulta lógica en los técnicos puros, como los ya señalados anteriormente, que rechazan todo asunto filosófico; pero totalmente incongruente con aquellos que estiman que el Derecho penal debe estar animado por una visión filosófica, ya que el vínculo más inmediato entre Derecho penal y filosofía se ubica en las cuestiones que plantean el *ius puniendi* y las escuelas y teorías penales.

Los más estrictos dogmáticos limitan su alcance y en vez de exponerlas como materia introductoria, preliminar de la dogmática, llevan al cabo su exposición sobre las teorías del Derecho penal y las escuelas penales en lo referente a la pena. Lo sitúan como problema previo Franz von Liszt y Roberto von Hipel en Alemania; Pessina, Impalomeni, Florian, Ferri y Battaglini en Italia; Vidal, Garruad y Donnedieu de Vabres en Francia. Por su parte, lo estudian al ocuparse de la pena, Merkel, Binding, Max Ernesto Mayer y Edmundo Mezger en Alemania, y Giuseppe Maggiore en Italia.

En la República mexicana, la dogmática jurídico-penal alemana es profusamente seguida, dividiéndose el terreno entre los técnicos a ultranza y los más contemporizadores. En cuanto a Argentina, se pronuncian abrumadoramente a favor de la fundamentación del Derecho penal y de las escuelas penales como temática preliminar: Tejedor, Ramos, Gómez, etcétera. Solamente Soler se identifica con situarlas en el tratado de la pena. Por su parte Eugenio Raúl Zaffaroni, probablemente el más distinguido penalista argentino de la actualidad, y sus

<sup>5</sup> Radbruch, Gustav, "Filosofía del Derecho", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1922, p. 141 y ss.

colaboradores, llevan su actitud a un conveniente conocimiento de la base filosófica del Derecho penal.<sup>6</sup>

Por su parte, el profesor doctor David Felip i. Saborit, al tratar la temática, también manejada por Zaffaroni, y concretamente referida a la dogmática jurídico-penal alemana, utiliza el conocimiento del injusto, remitiéndose para ello a preceptos del Código Penal Federal alemán, incidiendo en la discusión señalada del ilustre jurista argentino.<sup>7</sup>

Volviendo a la posición de Jiménez de Asúa, en nuestra época (con exclusión de un reducido número de "negadores" del derecho de penar) todos, prácticamente, se encuentran de acuerdo en reconocer que la sociedad tiene el derecho de reprimir ciertos actos que dañan su existencia. Existen autores que se refieren a la "razón" del derecho de penar (así Manuel Carnevale) que después de ese título se ocupa de "la razón y la finalidad de la pena" más que del *ius puniendi*, mientras otros hacen referencia al "deber de sancionar".

Hay otros autores (por ejemplo Vassalli) que, inspirados por quienes ponen en entredicho el Derecho subjetivo, lo denomina "potestad punitiva". Los positivistas —como sabemos— han puesto en duda la responsabilidad moral del delincuente, pero al mismo tiempo no han

<sup>6</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros, *Derecho penal. Parte general*, México, Porrúa, 2001, pp. 695-696. El autor en comentario dice: "[...] sino que todos los ciudadanos tienen —directamente y sin lugar a dudas— el deber de no cometer injustos, sólo que tal deber les es exigible en la medida en que dispongan efectivamente del correlativo derecho a comprender la naturaleza de tales injustos, sin que importe si han hecho o no uso de ese derecho de comprensión... La culpabilidad no se funda en el conocimiento efectivo —y menos aún en la efectiva comprensión— de la criminalidad de la conducta, sino en la mera posibilidad".

<sup>7</sup> Felip i. Saborit, David, *Error iuris*, Barcelona, Atelier, 2001, p. 101 y ss. El profesor catalán dice literalmente: "Hay que tener presente que (actualmente y en contradicción con las pasadas discusiones) cuando en la literatura jurídico-penal alemana se hace referencia a la conciencia del injusto se adopta como referente el concepto legal del mismo, recogido en el §17 del StGB, con independencia de que éste abarque o no todas las situaciones de culpabilidad plena"... Felip i. Saborit reproduce el §17 del StGB: "Error de prohibición. Si al cometer el hecho, al autor le falta la comprensión de estar cometiendo un injusto actúa sin responsabilidad si no podía evitar el error. Si el autor podía evitar el error la pena puede atenuarse conforme al §49 parr. I".

negado la llamada "responsabilidad social" de los violadores de la norma.

En nuestra época, la punibilidad aparece como una *necesaria función de defensa social, sin la cual resultaría imposible mantener el orden público, tal como se le entiende actualmente*. Esta situación tiene su origen y su explicación:

- I. En la *instintividad* dimanante de todo delito.
- II. En la necesidad de satisfacer tales sentimientos, todo ello con la finalidad de restablecer la tranquilidad pública.
- III. En dichos sentimientos, que sin una orientación adecuada darían lugar a una reacción brutal de las muchedumbres e incluso llegar al linchamiento de personas.
- IV. El temor de que el delito se repita, bien sea por el mismo autor o por los que inspirados por su ejemplo sienten inclinación a imitarlo; también el deseo de venganza, provocado por la indignación causada por la conducta típica, y el rechazo y el horror que inspira "el criminal", cuya conducta se encuentra en contradicción con las de las demás personas.

Por su parte, el profesor doctor Antonio Hernández Gil considera la existencia de distintos momentos en la evolución de las actividades de los seres integrantes del proceso social, es decir, de los pertenecientes a la vida comunitaria, cuya concreción se puede realizar de la siguiente manera:<sup>8</sup>

- I. El normativismo de Hans Kelsen, que constituye una teoría del Derecho.
- II. El positivismo que, partiendo de que todo lo legal es lo justo, integra una teoría de la justicia; y

<sup>8</sup> Hernández Gil, Antonio, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Madrid, Uguina, 1981, *passim*.

### III. El conceptualismo constitutivo de una teoría de la interpretación.

El profesor Hernández Gil señala que el conocimiento científico-dogmático no agota los datos ofrecidos por el Derecho, en el sentido que se circunscribe a las normas integrantes de un ordenamiento jurídico integrado por sectores. Tampoco en el ámbito de la episteme y del método que agota todos los medios posibles. Lo anterior equivale a aseverar que la identidad de un conocimiento como estrictamente jurídico se ha conseguido, en una medida muy relevante, a costa de su restricción.<sup>9</sup>

Frente al dogmatismo de los países pertenecientes al "Derecho continental europeo", y en la mayoría de Latinoamérica, el concepto del Derecho en el realismo se produce plasmándose en una corriente de pensamiento basada en el escepticismo frente a las normas. Dicha tendencia ha tenido amplio desenvolvimiento en Estados Unidos y en los países escandinavos; entre sus representantes más ilustres se encuentran Holmes, Llewellyn, Frank, Olivecrona e Illum.

Esta situación, por supuesto, alcanza su mayor manifestación en los países del denominado Common Law, que (en este aspecto específico) tiene la ventaja de no poseer cuerpos codificados (en el sentido euro-

<sup>9</sup> Hernández Gil, Antonio, *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1981, p. 96 y ss.

El profesor Hernández Gil dice literalmente: "La ciencia jurídica, fundada a partir de la escuela histórica con los ingredientes del positivismo, el paradigma de las ciencias de la naturaleza y la dogmática (denominación aplicada al específico conocimiento del Derecho como conjunto de normas) viene desde hace largo tiempo a revisión y a crítica. Un cúmulo de enfoques metodológicos distintos y dispares propugnan vías desbordadoras del esquema tradicional, que van desde la repulsa del formalismo normativista para dar entrada a operatividades atenuadas a criterios realistas teleológicos y valorativos, hasta el establecimiento de formalizaciones más rigurosas conforme a las exigencias de la lógica formal y de la deontica. También se ha abierto camino un planteamiento epistemológico por el cual se trata de obtener las consecuencias derivadas de la inclusión de la ciencia jurídica en el marco de las ciencias de la cultura... Sin embargo, el saber que se cultiva como prototipo de la ciencia jurídica no ha sufrido, pese a todo, un cambio profundo. Ésta es una cuestión pendiente y quizá en marcha, pero todavía en los primeros pasos".

peo) que produzcan adhesiones dogmáticas. La mayoría de las normas constitutivas del Derecho (en esos países) tienen su origen no en el acto legislativo sino en la fundamentación de las decisiones judiciales, "en los precedentes" desde una perspectiva eminentemente legal, más aún, desde el normativismo más exigente, el positivismo proporciona certeza y seguridad jurídicas, objetivos esenciales de todos los que nos movemos en el ámbito del Derecho, si bien deja al margen un amplio sector de conceptualizaciones entrañables que pueden restarle capacidad valorativa a dicha noción estrictamente positivista.

En cambio, los ordenamientos jurídicos que no están sujetos a la estricta rigidez del formalismo tienen un mayor dinamismo jurídico. Son algo más flexibles y se encuentran en el lugar opuesto al dogmatismo continental europeo. Pero una cosa es afirmar que el Derecho está constituido por normas jurídicas y otra muy distinta es decir que el Derecho no consiste, en absoluto, en normas jurídicas. Cabe destacar (ello es comprobable diariamente) que las normas jurídicas no tienen esas "propiedades generalizadas" que le atribuyen los dogmáticos, pero de ahí a negar en términos absolutos la integración del Derecho por normas jurídicas existe una considerable y obvia diferencia.

Este paso lo dieron los más conocidos e ilustres representantes del *realismo* estadounidense y determinados juristas escandinavos.<sup>10/11</sup> En el sentido indicado Llewelin aseveró, rotundamente: "las reglas son importantes en la medida en que nos ayudan a predecir lo que harán los jueces". Y de ahí deduce que, realmente, no constituyen más que "juguetes vistosos". Ello es así porque, en general, el realismo sustituye a las normas jurídicas por las predicciones sobre la actividad de los jueces.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Olivecrona, Karl, *Inquiries into the nature of law and morals*, Londres, 1953.

<sup>11</sup> Llewelin, Karl, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, University of Chicago Press, 1962.

<sup>12</sup> W. Holmes, Oliver, *Law in Science in Law, Collected Legal Papers*, Nueva York, 1920. Dice literalmente: "Entiendo por derecho, las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más y nada menos... Hay que hacer una ciencia del derecho descriptiva de la realidad jurídica con proposiciones empíricamente verificables. En la pretensión de encontrar hechos, el hecho más evidente, sin duda, es la decisión judicial".

Hay que decir, y conviene hacerlo así, que tal entendimiento de lo afirmado por Holmes no es fácil, entre otras razones —y no la menor precisamente— porque se requiere cierto grado de conocimiento jurídico superior, al común de la gente dentro de la vida normal.<sup>13</sup>

No me gustaría terminar sin señalar las hermosas respuestas de Hans Kelsen a esta interesantísima cuestión. La justicia es, ante todo, una característica posible pero no necesaria de un orden social; sólo secundariamente es una virtud del hombre, pues el hombre es justo cuando su conducta concuerda con un orden que es considerado justo. Pero, ¿cuándo un orden es justo? Cuando regula la conducta de los hombres de una manera tal que a todos satisface y a todos permite alcanzar la felicidad. La aspiración de justicia es la eterna aspiración del hombre a la felicidad en la sociedad. La justicia es la felicidad social, es la felicidad que el orden social garantiza.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Márquez Piñero, Rafael, *Filosofía del Derecho*, México, Trillas, 2002, pp. 53 y ss. "El anterior razonamiento, frente al hombre común y corriente, adolece (pues este hombre es fiel cumplidor de sus deberes de convivencia social) del defecto de que a ese hombre ordinario le interesa más el conocimiento de las normas a que ha de ajustar su conducta, pero a ello responden los realistas diciendo que para esas personas lo interesante es la cuestión moral, que el derecho no puede darles respuestas y que solamente su conciencia se las dará, el derecho exclusivamente predecirá el comportamiento de los tribunales, no cuáles son sus deberes o facultades".

<sup>14</sup> Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?* México, Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa. Cuadernos Jurídicos, núm. 4, 1997, pp. 1 y ss. "Cuando Jesús de Nazaret admitió que era un Rey, en el interrogativo ante el Gobernador Romano, dijo: yo he nacido y he venido al mundo para dar testimonio de la verdad, entonces Pilatos preguntó: *¿Qué es la verdad?*, evidentemente el escéptico no esperaba respuesta alguna a esta pregunta y el Justo tampoco le dio ninguna. Pues la esencia de Su misión como Rey mesiánico no era dar testimonio de la verdad. Él había nacido para dar testimonio de la justicia, de esa Justicia que Él quería realizar en el reino de Dios. Y por esta justicia murió en la cruz".

"Así surge la pregunta de Pilatos: *¿Qué es la verdad?*, y de la sangre del Crucificado otra pregunta mucho más importante; la pregunta eterna de la humanidad: *¿Qué es la justicia?*".