

LOS LLAMADOS "CLÁSICOS" Y LA NUEVA CRÍTICA AL DERECHO PENAL *

RODOLFO R. ZAFFARONI **

1. ESTADO ACTUAL DEL TEMA

En las tendencias que analizan críticamente el derecho penal en nuestros días se manifiestan dos corrientes acerca de la importancia de los llamados "clásicos". En tanto que, para unos, sólo son un antecedente de la revisión actual, para otros representan una base fundamental para ella. Puede decirse que, en tanto que para los primeros marcan un momento pasado, para los segundos conservan vigencia actual (en la segunda posición pueden mencionarse, p.ej., a Matas y a Sack) ¹.

Para Baratta los "clásicos" tienen en común con los positivistas haber intentado un modelo de "ciencia integrada" sobre la base de la "defensa social". Sostiene que, tanto los "clásicos" como los positivistas postularon principios tales como la legitimidad, bien y mal, culpabilidad, fin preventivo, igualdad, interés social y delito natural. La diferencia entre "clásicos" y positivistas se hallaría preferentemente en la explicación y no en el contenido de la idea de "defensa

* Trabajo realizado sobre la conferencia pronunciada en la Universidad Libre de Bogotá el 15 de agosto de 1985.

** Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Criminología, Universidad de Buenos Aires. Jefe nacional, Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Comercial de la Capital Federal.

¹ Matas, D., *Delinquency and It's*, London, 1988; Sack, F., *Neue Perspektiven in der Kriminologie, o "Kriminologien"*, editado por König, Sack, Frankfurt a. M., p. 425 yss. (citado por Baratta).

social", dando la sensación de que ambos apuntalarían un mismo esquema de "defensa social" con diferentes discursos y que su diferencia más significativa radicaría en el discurso de apuntalamiento fundado en la culpabilidad libre albedrío-retribución para los "clásicos" y peligrosidad-determinismo-neutralización para los positivistas².

La posición de Baratta importaría una tercera opinión, conforme a la cual los "clásicos" no serían más que una parte del discurso que debe ser superado por la crítica actual, es decir que ni siquiera representarían el papel de auténticos pioneros de la crítica que debe llevarse a cabo sobre el derecho penal.

-En la presente exposición intentaremos demostrar al respecto los siguientes puntos.

a) Que no hubo "clásicos", sino un inteligente debate entre corrientes progresistas y retardatarias, que fue violentamente interrumpido en dos momentos (la interrupción positivista y la interrupción neoidealista, en vertiente neoidealista actual o gentiliana en Italia, o en vertiente neokantiana de Haden en Alemania).

b) Que el poder manipuló el pensamiento de los protagonistas del debate prepositivista hasta presentarlo en la forma (o reducirlo a la expresión) que señala Baratta, pero que no es del todo válido identificar el debate prepositivista con la manipulación que de él hizo el poder.

c) Que el debate en sí mismo constituye la primera parte de un diálogo interrumpido que hoy se continúa, al caer las justificaciones positivistas y neoidealistas.

d) Que el esclarecimiento de esta problemática no es una cuestión anecdótica europea, sino que resulta de primordial importancia para la crítica al pensamiento penal latinoamericano.

2. ¿Hubo "clásicos"?

Es sabido que el nombre de "clásicos" fue una etiqueta ferriana a todo lo anterior al positivismo. Aunque en medida diferente, algo análogo sucedió en Alemania, al designarse como "clásicos" a todos los penalistas contrarios a von

² Baratta, Alessandro, *Criminología crítica e crítica del derecho penal*, Bologna, 1982, p. 25.

Liszt (p.ej., Binding, Birkmeyer). Lo clásico, tanto en Italia como en Alemania, fue lo opuesto al positivismo, monista en Italia (una única cadena causal material: físico-biológico) y dualista en Alemania (dos cadenas causales paralelas: material una, psicológica la otra).

El sello omnicomprensivo de todo lo prepositivista —más o menos elegante o peyorativo— es algo común a todo el positivismo: Como lo llamaba "metafísico". Lasas lo denominaba "platónico" y el propio Ferri, en algún momento y al calor de la polémica, lo llamó "espiritista"¹.

Ninguna duda cabe, pues acerca de que el marbete de "clásico" es de autoría positivista, extendido a todas las áreas con ese u otro nombre y, en modo alguno reducido al campo penal y criminológico. Esto no puede menos que llevarnos a sospechar inmediatamente de ese rótulo simplista y simplificador y a preguntarnos si no encierra una trampa ideológica. No creo que sea posible "deglutir" sin análisis un rótulo que tiene su claro origen en la ley de los estados de Conte.

Pues bien, si prescindimos del marbete, veremos de inmediato que el cubeta a una serie de autores que van desde Feuerbach hasta Binding y desde Beccaria hasta Carrara y Pessina, dejando a la vera del camino —más o menos púdica— a otros a los que parece ignorarse o descuidarse "por su menor importancia", tales como Marsat, Róder o la presencia española de Dorado Montero.

Creo que, brevemente, corresponde señalar que Feuerbach opuso, dentro de la misma corriente crítica, una derivación iusnaturalista libre e independiente, que lleve a oponer a la concepción de todo el derecho dentro del Estado (de Kant, o sea, del despotismo ilustrado)² la idea de "derechos" anteriores e independientes del Estado (iusnaturalismo liberal), que permita fundar el derecho de resistencia a la opresión (o derecho a la revolución)³. Más aún: convie-

¹ El positivismo penal italiano vincula con el monismo de Haeckel el origen de la vida. Barcelona, 1908, es tanta que el de von Liszt lo hará con el dualismo de W. Wundt (*Sistema de filosofía científica*, Madrid, 1912).

² Cfr. Abbagnano, N., *Historia de la filosofía*, Barcelona, 1972, III, p. 371.

³ Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de M. García Morente, Madrid, 1971.

⁴ Cfr. Cattaneo, Carlo, *Aspirin Feuerbach, filosofo e giurista liberal*, Milano, 1973, p. 126; Wolf, E., *Grosse facherdenker*, Tübingen, 1911, p. 148.

se señalar que Marat aceptaba el contractualismo tal cual, pero hizo de ello un planteamiento original, que impugnaba toda legitimidad positiva en una sociedad injusta, o sea, que llegaba a una deslegitimación radicalmente revolucionaria en nombre de la igualdad⁷. Esto implica que, dentro del contractualismo hubo una versión a la medida del despotismo ilustrado, otra a la del liberalismo de la burguesía ascendente, impugnando la legitimidad feudal, y otra a la de la revolución que impugnaba cualquier legitimidad, en tanto no se llegase a una sociedad igualitaria. Podríamos decir que hubo un contractualismo de la seguridad (Kant), uno de la libertad (Feuerbach) y otro de la igualdad (Marat).

El fenómeno no puede llamar la atención, porque el contractualismo era un iusnaturalismo y, como se sabe, el iusnaturalismo sirve para legitimar la opresión en la medida en que el discurso se adapta más o menos a los requerimientos del sector hegemónico, pero cuando las características represivas de la hegemonía se salen de su marco, el discurso iusnaturalista se vuelve deslegitimante, como lo demuestran la historia de los movimientos disidentes de la Edad Media europea o el liberalismo en Latinoamérica en el siglo pasado. Kant se sacudió de este fenómeno y trató de reducir o neutralizar el potencial deslegitimante del discurso contractualista, al tiempo que Marat, percatándose de lo mismo, trataba de llevarlo hasta su máxima expresión deslegitimante.

En cuanto a Feuerbach, su posición parece mucho más equívoca, aunque estimo que es debido a que aún no ha sido bien estudiado. Feuerbach no fue únicamente un hombre de gabinete como Kant, ni un revolucionario activista como Marat, sino un modelo de político moderno, que sabía cómo replegarse y cuándo hacerlo, en el marco de los espacios que le concedía la política del sur alemán a comienzos del siglo xix⁸. Fue un verdadero estratega político, que cubría su discurso con ropaje jurídico, con un pensamiento singularmente penetrante (al poner en descubierto el juego de Kant, p.ej., y al exponerlo como una supuesta respuesta a Hobbes)⁹, pero que, tácticamente, podía escribir

⁷ Marat, J. P., *Plan de législation criminelle*, París, 1794.

⁸ Sobre su vida, Radtke, G., *Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben*, Göttingen, 1988; Kipper, E., *Johann Paul Anselm Feuerbach, sein Leben als Denker, Gesetzköcher und Richter*, Darmstadt, 1988.

⁹ *Anti-Hobbes oder Über die Grenzen der höchsten Gewalt und des Zwangsrechts der Bürger gegen den Verräther*, (1791).

insensateza, tales como que se justificaba la represión de la homosexualidad porque reducía la natalidad y ponía en peligro la subsistencia del género humano¹², al tiempo que, como al descuido, la degradaba de crimen atroz e insondable a casi una simple contravención¹³. Aún no disponemos de un análisis del discurso feuerbachiano, que nos muestre qué parte de él corresponde a su estrategia y cuál a su táctica, lo que dificulta mucho su comprensión.

Resumiendo, pues, vemos que, sin salirnos del contractualismo, no hay en él un único discurso ni tampoco todos sus discursos son legitimantes. Tampoco hay una única "defensa social", porque median diferentes entendimientos de lo "social", que para Kant sería la defensa del derecho como única garantía externa del imperativo categórico, para Feuerbach en la tutela de los derechos anteriores al Estado y para Marx en una sociedad igualitaria completamente diferente del antiguo régimen. Por consiguiente, tampoco puede pensarse en un delito "natural" único, porque lo "natural" tiene para estos pensadores una connotación perceptiva, no descriptiva (como lo pretenderá luego el positivismo), y ese delito "natural", como parte del iusnaturalismo contractualista, cumple una función legitimante o deslegitimante, según la vertiente desde la cual se lo contemplase, precisamente por el carácter perceptivo (de "deber ser", no de "ser") de lo "natural".

Pero el sello ferriano de "clásicos" no se agota en los contractualistas, sino que abarca a muchos otros, como a los hegelianos, que ya se expresaban en términos de un retribucionismo talismán limitado, es decir, una especie de etización del contractualismo; y un reforzamiento de la idea y del papel histórico del Estado postulando su espontaneísmo como función primordial del derecho penal. Ferrero fue el exponente de esta corriente en Italia¹⁴, conforme a los postulados del hegelianismo napolitano¹⁵, precedido por los hegelianos alemanes (Köstlin, Albigg, Berner, etcétera)¹⁶.

¹² Así en el *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen des peinlichen Rechts*, Gießen, 1801 (traducido a nuestra versión en las sucesivas ediciones).

¹³ La destina *Abhandlung. U. Vertheilungsvertheil und Sühne der Verbrechen*, Frankfurt, 1812.

¹⁴ Ferrero, E., *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1882.

¹⁵ Nos referimos a la escuela de Vico y Spinoza.

¹⁶ Eberlin, C. R., *Meine Ansicht der Grundzüge des Kriminalrechts*.

Vimos también que el contractualismo penal se escindió en corrientes de seguridad, libertad e igualdad, pero no parece haber dado una vertiente de fraternidad. La fraternidad universal penetra con el romanticismo, con el iusnaturalismo krausista, cuya versión penal fue la de Röder¹⁴, urgentemente despreciada y relegada hasta el anonimato, al punto de reprocharle algún penalista alemán de la época a Carrara ocuparse de él¹⁵. Krause fue rescatado por los españoles de la primera república (la República de los señadores, como se la ha llamado). Un marcado idealismo, un panteísmo con reminiscencias indias, una clara vinculación con la tradición estoica y con Plotino, todo eso era el marco del progreso y mejoramiento moral que daba pie al delito "natural" del iusnaturalismo krausista¹⁶. Nada pudo ser más deslegitimante en su momento y prueba de ello fue la rápida reacción de indiferencia por parte del poder.

Podríamos seguir mencionando ejemplos del debate prepositivista, pero incluso muchos me quedarían ignorados, como resultado de la insuficiencia analítica sobre este debate de enorme riqueza, protagonizado antes de que la intervención policial positivista colocase todo bajo el rótulo de "delincias"¹⁷. Sin embargo creo que con la exposición es suficiente para demostrar que no hubo una ideología, sino un amplio debate de ideas (progresistas y reaccionarias, legitimantes y deslegitimantes), sumamente colorido y matizado, que en modo alguno proporcionaba un modelo integrado de saber oficial, y que la cuestión de la "defensa social" no fue un punto de acuerdo sino de debate y disidencia en torno de lo "social".

1945. Albig, J. F. H., *System der Kriminalrechtswissenschaft*, 1818; Birner, A. F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1855.

¹⁴ Röder, Las doctrinas fundamentales relevantes sobre el delito y la pena en sus intereses contradictorios, Madrid, 1871.

¹⁵ Es posible que haya sido Holtenhoff, pues Carrara publica la carta con insultos en *Programa* (Firenze, 324, 1, p. 405-6).

¹⁶ Sobre ello, Rivascha y Rivascha, *Manual de Krausismo y derecho*, Santa Fe, 1983.

¹⁷ Mas ejemplos de otros debates actuales en detalle, aunque no en forma completa, por supuesto, en nuestro *Tratado de derecho penal*, Bs. As., 1981, t. II.

3. LA MANIPULACIÓN DEL DEBATE PREPOSITIVISTA.

Cree que es conveniente proceder con suma cautela para no confundir dos niveles muy diferentes, cuales son el de las ideas que se debatían en el prepositivismo y el de la manipulación ideológica de ellas. Es incuestionable que el poder hizo una clara manipulación del llamado "paradigma del contrato", como lo expone claramente Favarini²⁴. La burguesía en ascenso necesitaba oponer un modelo de derecho artificial al modelo "natural" feudal, y para eso se valió de la figura metafórica del contrato. Siempre que el poder hegemónico es disputado, el grupo que lo pretende postula la artificialidad del poder y el que lo detenta su naturalidad. No cabe duda de que la burguesía en ascenso fue manipulando los distintos discursos disponibles en forma cada vez más legítimamente, a medida que se iba adueñando del poder. Tampoco cabe duda de que hubo discursos que se prestaban mucho más que otros a esta manipulación e incluso algunos cortados a su medida. En este sentido, la posición de Baratta está plenamente justificada y su juicio resulta certero, pero a condición de tener presente que su validez cubre sólo los discursos a la medida del poder y los resultados de la manipulación de los restantes por parte del poder. Quedan fuera de éste los discursos del debate prepositivista no manipulables por el poder (Marx, Krause, Magnaud, etc.) y también la parte no manipulable de los restantes (p.ej., Feuerbach).

Prueba de lo afirmado es que la obra de Marx fue olvidada casi por completo, que Krause murió en la miseria y que Windelband dice irónicamente que su obra aún no está traducida al alemán²⁵, que a Magnaud se lo redujo a un insignificante partidario del "derecho libre"²⁶ y que la figura de Feuerbach se opacó totalmente en la Alemania de los Hohenzollern y fue rescatada recién por la República de Weimar²⁷.

²⁴ Favarini, Massimo, *Introducción a ... la criminología*, Firenze, II.

²⁵ Windelband, *Historia della filosofia moderna*, Firenze, 1925, III, p. I.

²⁶ Benedetto Croce, L., *Paradigma del positivismo jurídico en el s. XX*, Milano, 1925, p. 169.

²⁷ La revitalización contemporánea de su pensamiento es E. Bloch, *Marxismus als menschliche Welt*, Frankfurt (1961).

4. LA VIOLENTA INTERRUPCIÓN DEL DEBATE MEDIANTE EL DISCURSO ENCUBRIDOR DEL POSITIVISMO

Aún hoy, en plena etapa crítica del derecho penal, se mantienen mitos como el de los "clásicos", lo que es inexplicable a la luz de la inmensa violencia y poder que respaldaron el discurso positivista. Si nos limitamos a mencionar las generalizaciones de Lombroso o las amalgamas complejas de Ferri o el monstruoso discurso de Garófalo²², por supuesto que la cuestión no tiene una explicación racional. Pero si superamos esta visión provinciana del positivismo, si salimos de la aldea del derecho penal y dimensionamos el fenómeno positivista en toda su magnitud, la cuestión resulta mucho más clara, porque vemos que se trata de un fenómeno de poder mundial, es nada más ni nada menos que el discurso encubridor de la expansión de un poder mundial de increíble violencia, que representa con el ropaje de una etapa nueva y superior del conocimiento humano.

El fenómeno industrial es mundial y no únicamente europeo. Dado que hay una gran discusión al respecto, no puedo afirmar cuándo comienza²³, pero no cabe duda de que se manifiesta en consistentes cambios europeos en el siglo XVII y que generan otros cambios en la periferia. Estos cambios experimentados hace doscientos años, entre los cuales cuenta la emancipación de nuestros países y la abolición de la esclavitud, fueron posibles gracias al subdesarrollo que Europa había provocado en América y en África²⁴, que antes del colonialismo europeo eran sociedades a las que la antropología más o menos etnocéntrica suele denominar "tradicionales", pero no sociedades subdesarrolladas. Sin el oro, la plata y las materias primas latinoamericanas y africanas, los cambios de la "revolución industrial" no hubiesen sido posibles. La hegemonía mundial, hasta ese momento se había justificado con argumentos teologizantes, al igual que la hegemonía interna, pero al hacerse

²² A nuestro juicio, la Criminología de Garófalo constituye la mínima síntesis de racionalizaciones a violaciones de derechos humanos que haya producido el positivismo.

²³ Sobre esta discusión: Tigar, S. E. - Lary, M. R., *El derecho y el ascenso del capitalismo*, México, 1981, p. 12; Dobb, Maurice, *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*, México, 1963, p. 32 y ss.; Pirenne, Henri, *Historia económica y social de la Edad Media*, México, 1963.

²⁴ Cf. Rodney, Walter, *De cómo Europa subdesarrolló a África*, México, 1982, p. 93 y siguientes.

necesaria una nueva "racionalidad" para posibilitar la hegemonía de las burguesías y el desarrollo de la etapa industrial, fue necesario cambiar el discurso de justificación de esa hegemonía mundial, tanto en lo interno como en lo internacional sobre ambos continentes y su expansión a otros.

Es obvio que a este fin, la idea del contrato, que había sido útil para que las burguesías trepasen al poder en las sociedades centrales, ya no era útil cuando de consolidar su poder se trataba. Esto estaba claro desde el momento mismo de la Revolución Francesa, que proclamaba sus principios "universales" para los franceses, pero no para los haitianos y caribeños. La libertad, la igualdad y la fraternidad eran para los blancos, pero no para los negros que debían seguir siendo esclavos, lo que no fue del agrado de los haitianos, que resolvieron independizarse de los hombres "libres, iguales y fraternos" que los mantenían como esclavos²⁴.

En el caso e *ricorsi* de las ideas, a lo "artificial" del poder se contraponen lo "natural" del poder y, lógicamente, al "contrato" (artificial) nada mejor que volver a contraponerle el "organismo" (natural). La sociedad ya no resulta de un contrato, sino que es un organismo, no habiendo modo de escapar al poder: ninguna célula puede escapar del organismo ni de sus leyes, y, como se sabe desde Platón, hay células nobles y diferenciadas que, "naturalmente", deben cumplir funciones rectoras del organismo, en tanto que otras muchas, más rudimentarias, fáciles de reproducir y absolutamente reemplazables, deben cumplir funciones subordinadas. Esta lógica dogmática fue envasada en un recipiente "científico", siendo Comte el encargado de la incompatible amalgama del organicismo y del método positivo, que habría de permanecer como polarización tensional interna del positivismo durante muchos años²⁵.

Conforme a las premisas del organicismo positivista se generaron dos "ciencias": la sociología, que proporcionaba el discurso de justificación de la hegemonía interna de la sociedad europea, y la antropología, que daba el discurso de justificación de la hegemonía colonialista²⁶.

²⁴ Es elocuente al respecto la obra de Alejo José G. Sison.

²⁵ Cf. Martineau, Des, *La teoría sociológica. Su origen y evolución*, Madrid, 1976, p. 40-41.

²⁶ Harris, Marvin, *El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de sus teorías de la cultura*, Madrid, 1982, p. 118.

El discurso muy burdamente biologicista-racista (al estilo de Gobineau) no servía al imperialismo, porque la sola tesis biologicista de la degeneración era contraria al liberalismo burgués europeo, que quería conservar las garantías para su clase (fundamentalmente la "libertad contractual"), en tanto que la tesis de la inferioridad biológica de los colonizados tampoco resultaba útil para abolir la esclavitud, que a esas alturas era un obstáculo para los fines del mismo imperialismo que la había fomentado y se había enriquecido con el tráfico humano. La explicación de la criminalidad y del colonialismo a través de un discurso de inferioridad biológica no satisfacía las necesidades del imperialismo europeo, particularmente británico, por lo cual se acudió a un gran arquitecto ideológico, que fue Herbert Spencer, el gran ideólogo de ese imperialismo²⁴.

Ello explica que, siguiendo las huellas spencerianas, Ferrí le enmendara la plana a Lombroso, poniendo de resalto los "factores sociales" del delito, y que el mismo Lombroso fuera modificando su primitiva versión de la etiología atávica del crimen hasta concluir en que el criminal "nato" puede no cometer ningún delito si se desarrolla en condiciones sociales favorables o positivas²⁵. En cuanto al colonialismo, la antropología spenceriana se aparta del racismo de Gobineau y afirma que las sociedades colonizadas son inferiores, pero no ya racialmente, como una fatalidad biológica o como un fenómeno subhumano, sino que las razas inferiores, con una adecuada tutela, pueden llegar a alcanzar el nivel de las razas superiores. Por supuesto, esa tutela se la brindaría generosamente el imperialismo británico y las élites "civilizadas" vernáculas, cóciles a sus intereses. La especie humana es para ellos un organismo (idea que ya se halla en Hegel con su "Geist" -espíritu- que sabe trágicamente -y cuyo vértice se encuentra en Prusia, por supuesto- y que en versión anglosajona y con lenguaje positivista desarrolla Spencer).

Cuando se dimensiona el fenómeno positivista desde esta inmensa perspectiva del poder mundial, ya no resulta posible dar crédito a lo anecdótico y sostener una visión reducidamente penalística de la cuestión, pues surge demasiado claramente que, por sobre todas las coyunturas, este

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Cf. Laddatta, C. M., *La apfección lombrosiana de delinquentes*, Madrid, 1967 (matricopadati), p. 224.

inmenso poder mandó enterrar un debate que le resultaba molesto e inoportuno y que en modo alguno le era funcional para sus necesidades del momento. Sin duda que fue esa la faena del positivismo y pasarla por alto implica caer en una trampa ideológica en el peor sentido encubridor de la palabra.

El debate acerca de lo "social" que tenía lugar en el pre-positivismo, en que el statu quo era defendido por los reaccionarios y criticado por los progresistas, se enterró definitivamente bajo el peso del poder de una nueva etapa de la expansión imperialista que, mediante el positivismo organizatista eliminó la cuestión, impidiendo cualquier cuestionamiento de lo "social", elevando el entendimiento más retrógrado de lo "social" de su carácter perceptivo a un carácter descriptivo, al tiempo que metía a todos los protagonistas del anterior debate bajo el rútilo de "clásicos", entre los cuales incluía a los mismos partidarios del concepto de lo "social" que consagraba, como merecido castigo por haberlo sostenido perceptivamente. El juego de biribiríloque mediante el cual pudo hacer pasar lo perceptivo (idealista) a lo descriptivo (realista y materialista) fue la absurda combinación continua entre organizatismo idealista y método positivo, lo que dio por resultado un iusnaturalismo y un "delito natural" descriptivos, pretendidamente verificables mediante los sentidos, que llegó a su formulación más burda de la mano del ultrarreaccionario Garófalo.

En el pensamiento penal, la artificiosa amalgama continua fue puesta de manifiesto por Dorado Montero, quien anuló el delito "natural" garofaliano y la responsabilidad penal "por ser célula" ferriana, pero que, por lo mismo fue totalmente ignorado, sin que ni siquiera se le tomase en cuenta para clasificarlo¹⁴. Dado que no podía enigmatisarse como "clásico", se prefirió descartarlo por "utópico", ocultándose así que su utopía era la consecución lógica de la destrucción del maridaje ilícito inventado por Comte.

Creo haber demostrado, pues, que el positivismo no fue un mayor ni más avanzado grado o ulterior etapa del saber científico, sino la expresión ideológica encubridora de un acto autoritario realizado por el inmenso poder del avance imperialista, que, al inaugurar una nueva y más brutal etapa

¹⁴ Sobre Dorado Montero y Ferrero, Manuel de, *El centenario del nacimiento de Dorado Montero*, Santa Fe, 1982; Antón Otero, *Prof. La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca, 1951.

de control mundial decidió clausurar policialmente un debate ideológico esclarecedor.

5. ULTERIORES ETAPAS DEL ENCUENTRO IDEOLÓGICO

a) El neidealismo gentiliano (fascista)

Cuando ya se tornó insostenible la insólita amalgama confiata, fue necesario justificar que las cosas continuasen como estaban (o tal vez peor), pero por otros caminos, ya que aquél quedaba prohibido. Nada más lógico, pues, que desvincular el discurso de cualquier contacto con la realidad y reducirlo a su máxima expresión tecnocrática. Ese fue el momento italiano del iusismo jurídico, en que se sancionó el Código de Rocco, de clara y confesa ideología fascista¹⁴, pero se lo presentó al público y al mundo con alevosía técnica, como un producto sin ideología, aséptico, jurídicamente puro. Es el momento en que Manzini repudia la filosofía¹⁵ y se hace la gran apología del positivismo jurídico. De este modo se logró algo aun peor que el positivismo, que fue la síntesis más reaccionaria y represiva de la historia jurídica, que estribaba y si no lo resulta suficiente neutraliza al mismo tiempo, pero siempre presentada con el rostro de una obra de la más depurada técnica jurídica, completamente aséptica ideológicamente.

b) El neokantismo alemán

La vuelta pospositivista al idealismo también se impuso en Alemania, siendo el instrumento más eficaz la vía del neokantismo de Baden, que nutrió décadas enteras de la dogmática jurídico-penal (hasta la irrupción de Welzel, aunque retorna en nuestros días)¹⁶.

Este método permitió esquivar el "ser" del "deber ser" y con ello impedir que la "pura" ciencia jurídica fuese interferida por cualquier otro dato de la realidad o que el legislador tuviese que reconocer algún límite. Omnipotencia legisla-

¹⁴ Lo decía expresamente el ministro Alfredo Rocco en la *Relazione al Re*, publicada en la "Gazzetta Ufficiale", 26 de octubre de 1930.

¹⁵ Manzini, V., *Tratado de derecho penal*, Ed. Aa., 1948, t. I, p. 13.

¹⁶ La temprana crítica de Welzel al neokantismo en *Rechtswissenschaft und Philosophie*, en "Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie", Berlin, 1924, p. 71-82.

tiva e impotencia judicial e interpretativa fueron el resultado lógico de la teoría del conocimiento según la cual los valores (que no "son", pero "valen", sin decir para quién)²⁶ son las únicas mirillas a través de las cuales puede abisbarse el conocimiento. La indefensión del juez y del intérprete, que era la consecuencia natural de esa tesis, sirvió para instruir a generaciones de juristas en todo el mundo.

c) Otra "nueva"

Por vía neocartesa-gentiana (fascista) o neokantiana, el debate oculto por el positivismo continuó encubierto y acallado, como algo pasado de moda, propio de un momento histórico superado por el progreso científico. Un neofeudalismo social "resocializado" de muy baja calidad y poca elaboración también contribuyó a este encubrimiento, y una reacción retributiva a ultranza, sin mucha fundamentación filosófica, sino pretendidamente tecnocrítica, no hizo más que continuar el mismo resultado. Pese al notorio empobrecimiento del discurso, y su carencia absoluta de raigambre en corrientes más generales de pensamiento, a su contenido a todas luces reaccionario y elitista, su valor permaneció en pie hasta el empuje de la crítica sociológica. Los escasos esfuerzos realizados desde el campo filosófico, se enfrentaban al muro infranqueable de la tecnocracia. El idealismo alemán no permitió que la tentativa ontológica de Heidegger y su limitación a la omnipotencia legislativa²⁷ pasasen de traducirse en cambios estructurales en la teoría del delito. Fue recién la crítica sociológica con el estallido del límite epistemológico de la criminología, lo que nos enfrenta hoy con una crisis del saber jurídico-penal, que permite dimensionar en toda su magnitud la enorme pobreza filosófica que se hallaba en la base de todo el saber anterior.

5. LA VUELTA AL DEBATE DESAMARCO

Hoy se han marchado los policías positivistas y se arrinconan los guardias epistemológicos del neocartesianismo. Nos hemos quedado solos, bajo los retratos de los abuelos y bi-

²⁶ La crítica es de Heidegger, introducción a la metafísica, Bt. An. 1971, p. 232.

²⁷ Heidegger, *Wacht und Recht*, en "Abhandlungen", p. 318.

asustados, reaccionarios y progresistas. Sinceramente, se me ocurre casi imposible no percibir que en la denuncia de la selectividad del sistema penal campea el origen revolucionario de Marat, o que en el abolicionismo "verde"²⁷ no hay un entronque con la fraternidad universal krausista, o que la denuncia de cualquier delito "natural" de cualquier modelo integrado deriva de la contradicción que puso de manifiesto el viejo y olvidado profesor salamantino.

Esto no implica, naturalmente, una subestimación de la crítica sociológica contemporánea, reduciéndola artificialmente a una mera reiteración conceptual, sino una revaloración del debate pregontrista que, al revelar su enorme riqueza conceptual, muestra a la actual crítica como integrado una continuidad histórica, lo que reafirma su valor.

La circunstancia de que los valores de igualdad y de fraternidad orienten, expresa tácitamente, la crítica contemporánea, y que ella reniegue de cualquier delito "natural" de modelo integrado, para mostrar al derecho penal como una decisión política (del poder), hacen que estas características se vinculen a los pioneros argumentos de Marat y de Magnaud, del krausismo y de Dorado, respectivamente, sin perjuicio de reconocer las naturales variables y el enriquecimiento argumental y conceptual como resultado del curso histórico y de la experiencia recogida en la superación de los discursos encubridores.

No es mi intención hacer aquí el análisis de las corrientes conservadoras ni de las reaccionarias. No creo que pueda hacerse un análisis del llamado "nuevo realismo criminológico norteamericano"²⁸, cuya actitud, más que conservadora es francamente reaccionaria y cuya calidad intelectual es tan ordinaria que no permite estrascarla sino con el irracionalismo más rudimentario, quizá de elaboración aún inferior al de Rosenberg. En cuanto a Luhmann, su etnocentrismo, que coloca en la cúspide a las sociedades altamente industrializadas, es susceptible de proporcionar la base de un nuevo spencerianismo²⁹. El neoretribucionismo a ul-

²⁷ Nos referimos al abolicionismo de Hulsman (Hulsman, L. - Bernal de Celis, J., *Pena e penalet*, París, 1982).

²⁸ Van der Haag, Ernst, *Punishing Criminals. Concerning a very Old and Painful Question*, New York, 1973.

²⁹ Sobre ello, Baratta, Alessandro, Integración-preventiva: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, en "Doctrina Penal", ene-mar, 1985.

tramas (que debe distinguirse cuidadosamente del derecho penal de culpabilidad, que sí pretende hallar en ésta la medida máxima para la reacción penal) no puede ocultar su vinculación con el idealismo y especialmente con el kantismo taliano.

No obstante, en cuanto a las corrientes reaccionarias y conservadoras, es mucho más difícil hallar su vinculación con los debates prepositivistas, porque continúan contaminadas con el positivismo y, en consecuencia, su discurso se ha engobrecido notoriamente en comparación con el nivel de sus predecesores prepositivistas. A nadie se le ocurriría comparar la pobre fundamentación de un retribucionista contemporáneo a ultranza, por ejemplo, con Kant, lo cual revela que el discurso penal reaccionario y conservador actual, en comparación con el prepositivista, es mucho más pobre, en tanto que el discurso crítico actual es mucho más rico, en los mismos términos de comparación. Podría precisarse aún más esto, afirmando que el discurso actual neoretributivo conserva cierto nivel en la medida en que permanece más vinculado al idealismo de corte kantiano, en tanto que pierde nivel cuanto más contenido de positivismo o pragmatismo se halla y más reaccionario se vuelve²¹.

Este fenómeno tampoco es casual: la situación actual no puede justificarse en meros términos de admisión del statu quo sino a través de un discurso muy pobre y rudimentario. Ello obedece a que, cuando las situaciones se van tornando más irracionales, la chatura del discurso de justificación es una necesidad ineludible. Así, el nazismo no toleró el nivel de elaboración del discurso irracionalista de Nietzsche o de Schopenhauer, y se vio necesitado del discurso irracionalista de mucho más bajo nivel de Rosenberg o de C. Schmidt²². Los discursos de justificación conservadores y las pretensiones represivizantes reaccionarias en los países centrales no son en este momento más que versiones centrales más o menos acentuadas de la rudimentaria "doctrina de la seguridad nacional" periférica²³. Por ende, no

²¹ No existe compensación alguna, por ejemplo, el alto nivel de elaboración teórica del neoretribucionismo de Giuseppe Beddo, con la orfandad total de van der Haag.

²² Cf. Lefranc, G., *El nazismo o lo alemán*, México, 1963, p. 8.

²³ Sobre la idea de una "seguridad nacional" en los países centrales véase Beddo, Edward Joseph, *La crisis criminal en los países del Atlántico Norte*, en "Criminología", cit. 1961, n.º 142.

pueden ser sino ideológicamente oscuras, pragmáticas, afilísticas, con constantes confusiones de niveles, plagadas de sofismas —en el mal sentido de la expresión—, reforzados con muros tecnocráticos y epistemológicos infranqueables a los datos de la realidad.

De cualquier modo, en la medida en que el analista pueda destripar el camino y hallar alguna raíz ideológica coherente en ellos, se pone en claro que son el resultado de la decadencia del idealismo positivista.

Con estas breves consideraciones creo haber demostrado suficientemente que la crítica actual al derecho penal es una continuación de la crítica prepositivista, enriquecida con la enorme experiencia conceptual acumulada en el curso de la superación de las mistificaciones positivistas y neoidealistas, lo que acarrea un nivel mucho más elevado de elaboración conceptual, en tanto que, los discursos actuales que justifican el statu quo en los sistemas penales o que demanden la represivización de ellos, son la misma elaboración ideológica de justificación prepositivista, empobrecida conceptualmente por su contaminación ideológica con los discursos encubridores del positivismo y del neoidealismo, lo que los acarrea un nivel sumamente inferior de elaboración teórica.

3. PERSPECTIVA LATINOAMERICANA

Nos resta intentar ahora una valoración del debate prepositivista desde el ángulo de la crítica que estimamos que debe emprenderse en Latinoamérica. ¿Se trata de un debate que nos resulta ajeno? ¿Es una discusión protagonizada en el centro en el siglo pasado y su conocimiento latinoamericano actual es un mero juego de eruditos? Esta es la cuestión a dilucidar.

Por principio, debemos tener bien claros los efectos del discurso del poder imperialista especialmente británico en nuestra área en la pasada centuria. Es sabido que en América latina la emancipación fue un proceso que culminó en la hegemonía de las élites criollas. El poder mundial había decapitado las culturas indias, diezmado a la población y transplantado brutalmente a os sobrevivientes de las cárceles esclavistas de África, al amparo de un discurso etnocéntrico de base teológica, que iba desde lo más rudimentario

hasta tesis firmemente elaboradas que pretendían eruditamente hallar huellas del apóstol Santo Tomás en todas las culturas indias²⁴. La emancipación no cambió la situación de las clases sometidas, pues fue emancipación para los criollos (o quizá sólo para algunos de ellos), pero no para los indios y los negros. Las élites criollas instalaron en las respectivas capitales sus nuevas "minimetrópolis" y la "metrópoli grande" pasó, por regla, de Madrid a Londres. De allí vino también el spencerianismo, que justificó las hegemonías locales de las élites y la hegemonía internacional británica.

Según los puntos más destacados del spencerianismo instrumentado por las élites verdaderas, una raza paleolítica, contemplativa e indiferente, mezclada con una raza europea primitiva, que no había logrado superar la Edad Media, y una raza africana extremadamente impresionable y emotiva, no podían estar preparadas para el modelo democrático liberal central. Siendo ésa la diferencia fundamental entre la América del Sur y la del Norte, se hacía necesario que las élites iluminadas, repelidas por las razas superiores, tutelasen a las masas sudamericanas hasta que éstas llegasen a ser civilizadas o aminoras. Éste fue el discurso spenceriano de las élites criollas, expresado en palabras más o menos claras, según las circunstancias históricas, desde Sarmiento hasta Bulnes, desde la Patagonia hasta el río Bravo y aún más al norte²⁵, sin perjuicio de algunas matizaciones con acentos más marcadamente gubinearos (racistas-biológicos) y algunas tentativas sincréticas pretendidamente teologizantes.

En general, las élites que se autodenominaron "liberales", asumieron el discurso spenceriano del "progreso" iluminado (por ellas, claro está), en tanto que las autodenominadas "conservadoras" asumieron el discurso anterior, o sea el etnocentrismo teologizante. Unas y otras tuvieron coquetos ideológicos gubinearos, ora disputaron entre ellas, ora se pusieron de acuerdo, transaron, pactaron o se simbio-

²⁴ Sobre ello: Lafaye, Jacques, *Quetzalcóatl y Guadalupe. La formación de la conciencia nacional en México*, México, 1963; García, Pierre, *La destrucción de las religiones autóctonas, mesoamericanas y andinas*, México, 1977.

²⁵ Valga como ejemplo para todos, Sarmiento, Domingo F., *Civilización y barbarie de las razas en América*, en "Obras Completas", Bs. As., 1952, XXXVII-XXXVIII.

tizaron, conforme a los momentos y circunstancias históricas de cada país.

El liberalismo originario de los gestores de la emancipación fue descartado apenas las élites criollas se asentaron en el poder. Inmediatamente procedieron a cambiar su ideología liberal por la de "liberal para el futuro", y de este modo, liberalismo y democracia resultaron antagónicos. Las masas populares marginadas se vieron alienadas entre una ideología que les departista la democracia en un problemático futuro y otra que directamente la prometía en el "más allá". En síntesis, dos democracias "escatológicas", pero ninguna real y terrena⁴¹.

El discurso positivista fue, por ende, el discurso de la segunda dominación colonialista y de la hegemonía de las élites criollas, es decir, el discurso del imperialismo británico, de la misma forma que el discurso teologizante fue el de la primera dominación colonialista y de la hegemonía de la élite española. Mediante el discurso positivista se justificó la marginación de las "razas inferiores" y de los "inmigrantes degenerados" (especialmente en el llamado "Cono Sur", donde el proyecto imperialista se propuso cambiar directamente la población, que trataban con "razas hereditarias" a América ("razas" entre las cuales estaban, por supuesto el anarquismo, el socialismo y el gremialismo)⁴².

El discurso liberal auténtico hizo, pues, un paso metódico en muchos de nuestros países y, en general, imperó sólo hasta el asentamiento de las élites criollas, y si en alguna medida se continuó luego, fue en permanente pugna, sin representar un papel de efectivo poder político. Incluso en los períodos en que tuvo vigencia, porque las élites no se habían asentado, que en algunos países fueron muy prolongados, como se trataba de tiempos de intensa lucha, aun internacional (como en México), tampoco fue un discurso que pudo ser muy finamente elaborado y debatido.

Como consecuencia de todo eso, el debate prepositivista penal no se trasladó a Latinoamérica y, si lo hizo, fue con escasas repeticiones. No hubo aquí una real reproducción del mismo. Esto implica que la crítica contemporánea

⁴¹ Cf. J. J. Linde, *El positivismo en México: nacimiento, apogeo y decadencia*, México, 1964, p. 219.

⁴² Al respecto, Vignati, Hugo, *La locura en la Argentina*, Bs. Az., 1982.

inaugura prácticamente una línea argumental en nuestra América, donde los discursos que imperaron, importados del centro, fueron casi exclusivamente el positivista, el neodesarlista gentiliano y el neohumanista sudoccidental, al que en los últimos años se agrega el neoliberalismo.

Esto puede generar la falsa impresión de que la crítica es totalmente nueva, de que como tal responde a afanes de extremismo radical (que en el ámbito latinoamericano son fácilmente estigmatizables)⁴⁷ y que aparece como una solución de continuidad en la línea supuestamente progresiva del pensamiento penal, que se pretendería cortar de este modo arbitrariamente, cuando la realidad es que eso que se nos presentó primero como la superación científica de la metafísica y luego como la "paz dogmática", era precisamente la solución de continuidad del pensamiento penal que hoy cabe apartar.

Desde este punto de vistas que entiendo de suma utilidad y casi imprescindible el análisis del pensamiento europeo prepositivista en Latinoamérica, no para reproducirlo tardamente, sino para vivenciar con claridad la función policial desempeñada por el positivismo y por los idealismos, que mandaron no pensar. Cae que es urgente, en el ámbito docente, entrenar a los estudiantes en estos debates, para descalificar definitivamente la justificación que redujo el debate penal a una serie de argumentaciones toscas y primitivas, con pretensión de "ciencia", ocultando la enorme riqueza ideológica del penalismo prepositivista que, lógicamente reducido a los medios disponibles en su momento histórico, planteaba ya las grandes líneas directrices de los principales temas críticos. Es fundamental esta tarea cuando hoy, ante nuestros ojos, los penalistas de la "seguridad nacional" se aferran a las justificaciones y se presentan como los "científicos" a los ojos de un público desprevenido y desinformado, en buena parte por la acción represiva y de censura ejercida por los regímenes a cuyo servicio incondicional han estado esos ideólogos.

Creo no errar si afirmo que la crítica penal tiene por función primordial poner de manifiesto las manipulaciones

⁴⁷ Es ilustrativo que un intelectual europeo de indiscutible ideología liberal, como Constantino Lascaris, durante el período más conservador de las luchas políticas europeas que rodean el Atlántico y que no se hacen distinciones entre los distintos matizes del marxismo en Latinoamérica (*Desarrollo de las ideas filosóficas en Cuba*, Río, San José, 1982, p. 108).

ideológicas del poder, y para ello, el primer paso debe ser estudiar los escollos puestos por él, rechazando las etiquetas y rescatando el valor de los pensamientos que despreció el poder. Comencemos, pues, rescatando los penalistas a nuestros propios marginados.