

Funcionalismo alemán o sobre la ética penal (ensayo interdisciplinario)

*Felipe Lamas**

Resumen

El presente trabajo se desarrolla mediante una metodología distinta a la utilizada en los formatos académicos tradicionales –sean artículos, manuales o tratados–; se vale de un recurso pedagógico que, prácticamente, no es tenido en cuenta: la literatura –como herramienta de transmisión–, buscando profundizar en enfoques educativos que se encarguen no solo de los contenidos, sino, a la vez, de cómo transmitirlos.

En cuanto a la temática de fondo, el objetivo es investigar una de las corrientes filosóficas más trascendentes en cuanto a la teoría de la pena: la filosofía del idealismo alemán. Señalando algunas variables interpretativas que se han dado sobre la teoría hegeliana (la cual desde siempre fue señalada como *retributiva/absoluta* por la dogmática penal), la idea es poner en jaque ese pretensio carácter absoluto, y, a la vez, mostrar la gran carga simbólica-funcional que Hegel imprime en su teoría, la cual se aleja de la retribución kantiana para aproximarse a una teoría de profundo carácter simbólico como es la *prevención general positiva*.

Palabras clave: Filosofía del idealismo alemán, dogmática penal, literatura jurídica, interdisciplinariedad metodológica, teoría de la pena, modelo kantiano, perspectiva histórica, modelo hegeliano, prevención general positiva.

* Abogado, docente del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho (UBA), felipe.lamas@outlook.com.

German Idealism or Criminal Ethics

Abstract

This essay aims to develop itself using a different methodology to the traditional academic format –may these be articles or manuals–, making use of a very valuable pedagogic resource which is not taken into account: Literature –as a transmission tool–, going further into new educational policies that handles, not only its contents, but the way in which knowledge is transmitted.

As regard to the substantive issue, the purpose is to investigate one of the main philosophical current in terms of the theory of punishment: “German idealism philosophy”. Highlighting some interpretational variables that have been given about the Hegelian theory (which has always been pointed out as retributive/absolute by criminal law), the idea is to refute its so called absolute character and, simultaneously, show the symbolic-functional weight that Hegel prints on his theory, turning away from the Kantian retributive justice and approximating to a theory with a strong symbolic component as it is the positive general prevention.

Keywords: Philosophy of German Idealism, Criminal Dogmatic, Legal Literature, Interdisciplinary Methodology, Theory of Punishment, Kantian Approach, Historical Perspective, Hegelian Approach, Positive General Prevention.

I. A modo de introducción

El movimiento “Derecho y Literatura” comparte con varias corrientes de la teoría jurídica una finalidad crítica desde la cual se ha señalado que la educación jurídica tradicional enfatiza las voces de algunos individuos y grupos de nuestra sociedad;¹ en esta línea se argumenta que la lectura de textos literarios favorece la posibilidad de una comprensión empática de otras realidades humanas.

1. Roggero, *Derecho y Literatura. Textos y contextos*, Buenos Aires, Eudeba, 2015, p. 12.

Autores como Ian Ward, dentro de este movimiento interdisciplinario, han argumentado que una educación jurídica liberal debe buscar captar la “sensibilidad de los estudiantes de derecho”. Esto encuentra su síntesis en la frase que Ward evoca del *Emilio*:² “verlo sin sentirlo, es no conocerlo”.

De modo tal, en el presente ensayo se propone a la ficción como herramienta que pueda servir, precisamente, para ampliar la empatía del lector y su comprensión, buscando brindar una experiencia de lenguaje que vaya más allá de la información.

II. Parte primera: Idealismo funcional alemán

*La interdisciplinariedad entre derecho y literatura es algo de lo que
sí se puede hablar, pero en voz baja.*

Enrique Marí, *La teoría de las ficciones*, 2002

*Si uno está interesado en las relaciones entre campos que a tenor
de las divisiones académicas al uso pertenecen a departamentos diferentes,
no se le acogerá como “constructor de puentes” como podría esperar
sino que ambas partes tenderán a considerarlo un extraño y un intruso
intelectual.*

Rudolf Carnap, *Biografía intelectual*, 1992

A. *Weltgeist*

Quizá la descripción más precisa para el Río de la Plata sería la de un mar al revés (siempre manso y de aguas dulces), pero mar en el corazón, eso sí. Nunca un río común, corriente, de costas a la vista. Alguna vez escuché la palabra estuario, pero este río no solo desemboca en el mar, sino más bien es parte del océano; vendría a ser una gran bahía al revés.

Esa mañana la ciudad brillaba al sol, escampada, sobre las aguas del Río de la Plata. Más allá de la ribera se veía una ruta marcada por el reflejo del sol sobre las aguas, como si fuera una de esas alfombras de gala, pero esta era una alfombra de luz brillando con toda su expresión, se trataba de una clara senda

2. Rousseau, citado en Ward, “La educación jurídica y la imaginación democrática”, *Derecho y Literatura*, Buenos Aires, Eudeba, 2015, p. 111.

hacia altamar. Una ruta más plateada que dorada sobre el río que se perdía en la blancura de un cielo cada vez más celeste, más alentador, como ofreciendo buen augurio al viajero. Daba la impresión de ser el camino que a paso seguro lo llevaría a uno hacia el inconmensurable bienestar. Pero aquel no sería un estado de bienestar ordinario, serían las aguas (y las tierras) calmas de altamar. Lugar donde La Calma –con mayúscula– gobernaría a una cultura colorida con un milenario legado de tolerancia.

Desde mi atalaya, mirador implacable, sin dudas uno de los mejores observatorios del paisaje porteño (el enorme ventanal de la biblioteca) podía divisar, a vista de pájaro, una mañana de ciudad a la ribera. Estaba sentado en un punto de observación memorable. Y alguien, en algún lugar de los más banales que debe tener esta ciudad en medio del frenesí, pretendía que yo abandonara aquel ventanal de sueños para estudiar ciertos remedios o conceptos que me salvarían de la ignorancia, vida de mediocridad y potencial miseria. Eran muchas amenazas como para ignorarlas y dejar de lado lo que sería mi única salvación. De todos modos, por más que ese alguien, todos esos, que pretenden mis labores, mi estudio y obligaciones, jamás dejarían de controlarme, de examinarme, cómo enojarme con este centinela, cómo enojarme con todos los que corren con el cansancio de la hormiga por mi ciudad dándole la espalda a la ribera, si desde el firmamento yo tampoco puedo ver la senda hacia altamar. Ahí adentro, en el frenesí de la ciudad, la calma nunca jamás se escribe con mayúscula.

Un viaje sin fecha de regreso, a vuelo de pájaro. Eso es lo que me ofrece cada día, cada hora, ese ventanal: una invitación perfecta que rechacé; y sigo rechazando, aunque no dejo de imaginarme ese viaje por caminos de paisajes en flor cada vez que diviso por la ventana ese último límite de lo lejano.

B. Volkgeist

En aquel horizonte profundo, cruzando el mar, vive mi sueño. Mejor dicho cruzando el Río de la Plata por esa senda hacia aguas adentro, porque en aquellas tierras de altamar encontré el lugar (que no es una isla utópica de Moro ni alguna de esas otras islas pacíficas de volcán, ni de cultura oriental ni occidental), simplemente era un pueblo perdido –una cultura perdida– supongo que en algún confín olvidado y recordado de la memoria, o de mis sueños, en una fábula de navegantes sitiada por sueños errantes y palabras de amor, lugar perdido, escondido entre vetas en el mar.

Para ser un poco más claro podría decir que entre tanto sueño empecé un viaje, cruzando el mar, de eso no hay duda, cruzándolo para poder llegar, en algún momento, a divisar esas tierras: lo primero que pude ver fueron todas esas casas de costa; el sol empezaba a esconderse mientras se prendían las primeras luces amarillas y anaranjadas de cara al mar, el cielo fue tomando varios colores antes de oscurecerse. Ni bien empezaron a divisarse todas las luces invadiendo el caserío pude sentir un aroma inconfundible: el perfume de las piedras entre el mar, de algún puerto remoto.

Evidentemente me vieron llegar cuando arribé navegando. Debe haber sido porque en esas tierras no están acostumbrados a recibir visitantes; se trataba de unas gentes de lo más cálidas, para recibirme tomó la palabra aquel anciano con semblante amazónico: “Me llamo Jubiustrá”, dijo al empezar a hablar; me acuerdo como si fuera hoy, inclusive puedo verlo: Jubiustrá es una clase de anciano nunca antes visto, único. Único hasta que conocí a los demás. Más tarde me di cuenta que otros, montones de los viejos de esa tierra, logran ese inconfundible perfil de maestro vital. La gente mayor es dueña de un rol fundamental, de consulta y admiración. Son centro de esa tierra. Todos ahí anhelan llegar algún día y conseguir la sabiduría que solo los más viejos pueden conseguir, por eso disfrutaban tanto el envejecer; es un proceso de sabiduría, una experiencia de conocimiento.

Jubiustrá es uno de los patriarcas del lugar. Cuando él habla cubre de calma su entorno, de tolerancia, parece relatar embrujos o ciertas magias que lo transportan a uno a la naturaleza impoluta, al sinfín de la selva virgen, a un entendimiento virgen: como el de un niño que aprende palabras frente al todopoderoso conocimiento de sus padres, de sus adultos; porque Jubiustrá es un gran sabio no por ser un aficionado al conocimiento, sino por cómo domina el arte de transmitirlo; increíblemente me acuerdo de todos los consejos que me dio esa noche. Me notó tan interesado con la charla que se quedó al lado mío hasta que amaneció, seguramente fue porque yo era el primer visitante en muchísimos años –eso me dijeron–, no es fácil dar con las tierras de altamar. Entre tanta conversación terminamos hablando del ventanal de la biblioteca y de cómo yo imaginaba estas tierras cuando miraba a través del Río de la Plata. Le expliqué que en realidad no es un río sino un estuario, pero él ya lo sabía; Jubiustrá es un enterado de cuanto existe en el universo.

Él sabía sobre todo lo que yo estudiaba en la biblioteca, cuando le comenté mi interés por el derecho penal me respondió entusiasmado diciendo que conocía a muchos de los pensadores relacionados a la materia, a montones de juristas y filósofos; así fue que comenzamos a charlar sobre derecho penal, sobre sus ideas acerca del dolor, distintas teorías, filosofías del derecho... “¡Filosofía del derecho!”, dijo Jubiustrá, y lo repitió, entonces lo mencionó a Hegel —a quien yo estaba estudiando por esos días y tanto nombran los tratados de derecho penal—, y enseguida dijo que eran grandes amigos y que me lo presentaría (en ese momento empecé a dudar de lo que estaba escuchando), entonces le respondí que no podía ser posible porque Hegel murió hace muchos años; pero Jubiustrá me dijo que eso no era problema y que la muerte nunca fue algo importante porque le llevamos mucha ventaja. Por supuesto no entendí a qué se refería pero en ese momento volvió a insistir como al pasar: “Mañana mismo te lo voy a presentar”. Así, quedé a la expectativa sin entender de qué estaba hablando en realidad, ya demasiado cansado como para intentar adivinarlo. Esa madrugada terminé durmiendo en la casa de Nacib, un lugareño muy amistoso de los que me recibieron esa noche. Estaba tan cansado que dormí hasta la mañana del día siguiente.

Cuando me desperté, bien temprano, Jubiustrá estaba esperándome para ir a esa feria donde se juntaban dentro de unas carpas muy grandes, por la mañana, a conversar. Simplemente a charlar sobre distintos temas. “Asisten personalidades muy distinguidas”, me comentó Jubiustrá mientras caminábamos hasta el lugar.

Ni bien entramos a esa carpa de feria Jubiustrá me mostró, señalándome a cada uno, todas las grandes personalidades de las que me había hablado, había filósofos y otros pensadores, clásicos, modernos, de la antigüedad, de la ilustración y posteriores; eran como los retratos de los libros los muestran, imposible pero ahí estaban. “¡Acá está el querido Hegel!”, me dijo mientras se acercó y lo abrazó. Era Hegel.

—Él es un gran admirador de tu obra —le dijo Jubiustrá a Hegel refiriéndose a mí.

—Mucho gusto —contestó Hegel mientras me dio la mano.

Era Hegel. No puede existir alguien tan extremadamente parecido a todos los retratos que yo había visto. “Así y todo no puede ser”, pensé en voz baja.

—Habría que investigar hace cuánto murió Hegel —comenté en una reacción instintiva.

—Lo que habría que investigar es este trabajo milenario de pensar para producirse, estos viajes de descubrimiento a los cuales se lanza el pensamiento para descubrirse a sí mismo³ —respondió Hegel.

C. Sobre la grande Babilón

Esa mañana nos quedamos conversando juntos, durante gran parte del día, Hegel se mostraba entusiasmado al responder mis preguntas y la conversación se puso todavía más interesante cuando varios de los que estaban presentes se fueron acercando para escucharlo y opinar, se unieron a la charla grandes filósofos y hombres del derecho que habían asistido esa mañana a las carpas de feria.

El tema que más interesó a todos, entre tanta idea y filosofía, sin dudas fue el asunto del dolor, del castigo como tal. “Así como en todos los tiempos y en todos los pueblos se han impuesto penas, de igual modo la reflexión filosófica no ha sido ajena al espíritu del tiempo y del pueblo, ha habido ideas acerca del sentido de la pena”,⁴ dijo uno de los juristas desde la mesa donde estaban los más antiguos: en esa mesa tenían modales muy formales, se sentaban bien derechos, algunos con barbas extrañas y ropas elegantes; los primeros en intervenir tenían un moño o especie de corbatín que les abarcaba del cuello hasta la cintura. Eran Karl Binding y Max Ernst Mayer:

—A esas ideas y sistemas se las llamaba *teorías del derecho penal*. En esa designación hay una muy antigua pero injustificada pretensión; en verdad no es el Derecho penal, sino la pena, no la totalidad sino una mitad es el objeto de consideración: “el porqué del dolor. El porqué del hacer justicia penal”;⁵ por ello las teorías del Derecho penal son *teorías de la pena*⁶ —sentenció Binding mientras Mayer asentía con la cabeza.

3. Hegel, *Historia de la filosofía*, Buenos Aires, Gradifco, 2009, p. 29.

4. Mayer, Max Ernst, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial B de F, 2007, p. 515 (Obra en alemán: *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts*, año 1915).

5. El texto entre comillas es un agregado propio.

6. Binding, *Compendio de la Parte general del Derecho penal*, 7ª edición, 1907, p. 203; en el mismo sentido Mayer, Max Ernst, loc. cit., quien a su vez cita el pasaje transcrito y se vale de dicha obra para concordar en la mayoría de los puntos del capítulo.

En ese momento Jubiustrá intervino diciendo que quizá podía resultar interesante un relato que él conocía sobre la “génesis de la historia penal” –así la llamó–, y dejó en claro que las primeras civilizaciones en legislarla, allá por tiempos remotos, lo hicieron desde la retribución, como concepto absoluto (y señaló a Hegel como haciendo hincapié en el carácter absoluto de su teoría). “Toda historia necesita un pueblo que la cuente”, dijo Jubiustrá e hizo una pausa antes de empezar:

—Este pueblo nació en un gran valle fértil, regado por dos grandes ríos, el Tigris y el Éufrates. Mesopotamia significa “entre ríos”, por tal motivo así se llamó al gran valle. Para remontarnos a los orígenes del pueblo que amanejó en sus riberas, es necesario advertir que su etnia fue el denominador común que amalgamó la historia. Al hablar de etnia no se debe hacer referencia a ninguna denotación biológica, sino cultural y lingüística. La cultura y las lenguas semitas pasaron por muchos pueblos que fueron marcando nuestra historia. Pero un pueblo en particular marcó la diferencia dejando su sello en la eternidad: el pueblo babilonio.

Babilonia y tantas otras civilizaciones semitas fueron marcando nuestra cultura actual. Para fijar el inicio de la retribución como uno de nuestros paradigmas culturales, podríamos elegir entre varios pueblos, por ejemplo el hebreo –también semita–, que compiló un conjunto de libros que llamaron “La Ley” (Torá); a estos libros en la era cristiana se les otorgó el nombre de “Pentateuco”, o mayormente conocidos como “Antiguo Testamento”; obra que más tarde se unió a un supuesto nuevo testamento para así concebir la llamada Biblia cristiana (atravesando, intrínsecamente, el “derecho común” –*corpus iuriscanonicum* y *corpus iuris civile*–, fuente directa de nuestro derecho penal indiano).⁷

Pero dentro de los documentos jurídicos, códigos y distintas normas que promocionaron estas prácticas de “justicia” retributiva, existe uno que es sin lugar a dudas el documento fundacional de la retribución: el Código de Hammurabi.

Con más de tres mil setecientos años de antigüedad,⁸ el código de Hammurabi rigió el sistema de justicia babilonio (fundado en el concepto

7. Levaggi, *Historia del derecho penal argentino*, Perrot, 1978, p. 17 y ss.

8. Castro Dassen y González Sánchez, *Código de Hammurabi*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1966, p. 17; véase también Reither, *Panorama de Historia Universal*, Buenos Aires, Eudeba, 1977, p. 26.

del tali3n); as3 fue legislado y permanece documentado en una gran piedra tallada que alberga las normas en cuesti3n, que, a3n hoy en d3a, se encuentra en perfecto estado. Este c3digo debe su nombre al soberano de Babilonia a la saz3n, el rey Hammurabi, aquel grande babil3n: matriz cultural de las teor3as absolutas.

As3 termin3 su relato Jubiustr3 mientras todos lo escuchaban en silencio. Y as3 se quedaron, pensando en aquellos tiempos remotos de antigua Mesopotamia, donde la pena se escribi3 a la medida de la retribuci3n.

D. Sobre la vista de mar

Despu3s del relato de Jubiustr3 varios de los presentes dentro de estas enormes carpas de feria se fueron acercando para escuchar y conversar; la mayor3a eran alemanes (como no es de extra3ar cuando se habla de derecho penal).

En las tierras de altamar, ciertos d3as –y solo ciertos d3as–, se alcanza a ver todo el mar en primavera (y esta ma3ana era uno de esos d3as), por eso decidimos seguir la charla afuera de las carpas. Sacamos mesas y sillas.

Hab3a juristas del siglo XIX, otros de comienzos del siglo XX, inclusive hab3a contempor3neos que hoy en d3a contin3an escribiendo. Algunos permanec3an callados, otros daban sus puntos de vista:

–La teor3a m3s antigua del derecho penal de la que tenemos conocimiento, es la del sofista Prot3goras.⁹ Es una teor3a relativa y se dirige contra la retribuci3n y el criterio del tali3n que dominaba en las 3pocas anteriores¹⁰ –opin3 Mezger, quien se present3 para dejar en claro que las teor3as absolutas no son indiscutidamente las m3s antiguas teor3as del derecho penal.

–Interesante –respondi3 Jubiustr3. –Pero tal vez lo m3s importante no sea saber cu3l es la teor3a m3s antigua, sino tener en claro desde hace cu3nto se vienen discutiendo estas posturas en cuanto a la pena. As3 como usted, se3or Mezger, se3ala que Plat3n le hizo decir a Prot3goras: “El que castiga de forma racional castiga no por lo injusto ya cometido, porque ya no es posible que lo que ya sucedi3 deje de suceder, sino por las faltas que puedan sobrevenir, para que no reincida el propio autor ni otros que observan

9. 480-411 a.C.

10. Mezger, *Derecho penal. Parte general*, 6^a edici3n, 1955, Editorial Bibliogr3fica Argentina, p. 381.

cómo es castigado”;¹¹ es decir, así como se puede señalar que estas teorías relativas se vienen dibujando desde Protágoras; nada impide suponer que el mismo Protágoras haya tomado estas ideas de otro sofista o quién sabe hasta qué rincón del pasado se pueda remontar la discusión entre lo absoluto y relativo para justificar la legislación del dolor.

Se acercaron hasta el lugar dos personas, un hombre calvo y de barba perfectamente recortada y peinada, todavía más erguido que los demás, con unos lentes muy anticuados sin patillas que se sostenían solos sobre su nariz con una soguita que iba hasta su chaleco; y otro hombre de una apariencia bastante más actual. “Son Franz von Liszt y Hans Welzel”, me comentó Jubiustrá al oído como con cierto orgullo de compartir con ellos las tierras de altamar.

—La idea de fin: difícil saber si sea anterior o posterior al pensamiento retributivo —comentó von Liszt.

Después de una breve pausa Liszt se quitó esos anteojos sin patillas que se sostenían sobre su nariz, y siguió:

—Lo que sí podría asegurar es que durante decenios, sobre todo los anteriores al tiempo en que comencé a escribir ya por el siglo XIX, ejerció la concepción de la pena retributiva un dominio indisputado en la comunidad de los penalistas; sea que se apoyara en Fichte o Kant, en Herbart o en el señor Hegel, aquí presente.¹²

Entonces intervino Welzel, quien había llegado junto con Liszt, y agregó:

—Podríamos decir que a partir de ese momento la vida científica se cristalizó alrededor de dos escuelas. Una de las escuelas dio a llamarse “escuela moderna”, fue fundada por el señor von Liszt. Ella vio en el derecho penal un medio finalista racional.¹³

Así disertó Welzel, con la cabeza en alto, orgulloso de formar parte de tal modernidad, de tal nueva escuela racional. Y para finalizar su punto agregó:

11. Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, Pamplona, Civitas Ediciones, 2006, p. 28.

12. Liszt, *La idea de fin en el Derecho Penal*, Serie J. de enseñanza del derecho y material didáctico, núm. 15, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad de Valparaíso de Chile, México, 1994, p. 57.

13. Ídem (en el mismo sentido Welzel agrega que el trabajo de los clásicos se dirigió ante todo a la dogmática —obra principal: *Die Normen*, de Binding—; mientras que la escuela moderna tuvo por objetivo principal investigar las causas del delito, con el método causal de las ciencias naturales y encontrar los medios apropiados para su supresión).

—En un antagonismo en parte agudo, estaba la escuela de los “clásicos”, con el señor Karl Binding a la cabeza (y señaló hacía las sillas donde se encontraba Binding junto a Hegel), ellos guardaron la ideología conservadora autoritaria, delimitada por el Estado jurídico y la idea de retribución de Kant y Hegel.¹⁴

A Hegel le gustaba escuchar. Y mucha gente le habló. Mientras lo señalaban él permanecía inmutable; podían llamarlo autoritario y conservador —tal como lo estaban haciendo—, podían llamarlo demócrata o libertario, pero él permanecía inmutable disfrutando de oír a los demás.

III. Parte segunda: Esquivando la bravura del sol o sobre lo finito del saber en los juristas y el gran conocimiento de los filósofos

Recibiendo al verano y promediando la primavera, época de estudiantes ansiosos por terminar, entre todas las novelas y romances, el clima va cambiando. Jubiustrá explicaba: “Andar por la vereda del sol buscando un lugar donde calentarse es una sensación sumamente placentera en cualquier estación, pero por estas fechas ya no es tan recomendable porque los días como hoy, cuando se alcanza a ver todo el mar al rayo de verano, es preferible refugiarse en algún reparo, sobre todo si es un reparo de palmeras como en estas tierras tropicales de altamar. ¡O mejor aún! Propongo esperar un poco y continuar esta charla bajo algún claro de luna, con unas copas y compañía. Inclusive nos va a dar tiempo para antes pasar por las destilerías de mis bebidas preferidas”.

Y así fue, nuestra conversación siguió esa misma noche. La charla nos pasó de las carpas de feria a la vereda donde se veía el mar, y, de ahí, nos volvió a mover hasta algún lugar de la noche.

En altamar se dice que a la noche la inventaron los sabios. De las fiestas se dice lo mismo. Por eso todas las noches hay algún festejo, algún motivo por el que brindar:

—¡Salud! —gritó Jubiustrá y varios de los presentes lo seguimos alrededor de una gran mesa redonda, era una mesa realmente interesante la de esa noche, en la que nos encontrábamos casi todos los que habíamos ido por la mañana a las carpas de feria.

14. Welzel, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1956, p. 18.

Sonidos de guitarras y tambores bajaban desde los morros hasta meterse entre las luces que se encendían en el pueblo. Repicaban los pies abajo de nuestra mesa como las manos del conguero: “Esos cueros de tambor son la lonja de mi corazón”, confesó Jubiustrá después de brindar. El clima de esa noche era ideal para quedarse charlando sea cual fuera el tema de conversación; pero como los presentes eran varios de los mismos que venían intercambiando opiniones desde la mañana, todos en la mesa querían seguir sobre las mismas ideas.

Si bien la conversación siguió girando en torno al dolor (sobre el dolor y su fin), hubo algo que cambió radicalmente: la llegada de un hombre modificó sustancialmente esta reunión.

Este hombre, en quien todos centraban sus miradas, permaneció, en un principio, observando, escuchando las opiniones que se esgrimían en la mesa. Varios seguían señalando a Hegel, delimitándolo: “En la retribución se ve agotado su contenido...”¹⁵ decía un jurista; daba la impresión de que todos querían demostrar cuán bien conocían las teorías de Hegel (tan bien como para juzgarlas y sentenciarlas), quizá se lo querían demostrar a él, quizá solo querían conversar entre olor de tabaco y aguardiente. Realmente era una imagen pintoresca la de estos filósofos en esa mesa nocturna disertando sobre idealismo alemán:

—Estas teorías¹⁶ solo centran su sentido en la retribución,¹⁷ quedando liberadas de cualquier consideración finalista¹⁸ —comentó otro de los que se sumó por la noche, llamado Jescheck.

—¡Exacto! Está agotado el contenido de la pena con la realización de una retribución justa.¹⁹ Esa es la “idea” de la pena para Hegel, como fin en sí misma²⁰ —sentenciaron Mayer y Welzel mirando a Hegel.

—La idea aparece sencillamente como la imposición querida de una mal dirigida a la compensación²¹ —reafirmó Jescheck.

15. En este sentido señala Welzel que las teorías absolutas ven en la retribución justa no solamente justificada la pena, sino también garantizada su realidad y agotado su contenido (Welzel, loc. cit., p. 235).

16. Referencia a las *teorías absolutas de la pena*.

17. Así el aforismo “*Poena absoluta ab effectum*”.

18. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, Comares, 2002, p. 75.

19. Welzel, loc. cit., p. 236.

20. Mayer, Max Ernst, loc. cit., p. 515.

21. Jescheck, loc. cit.

—¿Solo de eso se trata? ¿Con la imposición de un mal por otro mal se agota esta teoría? De ser así ¿cómo algo tan básico se sostuvo durante tanto tiempo? —preguntó Jubiustrá.

—Lo que ha asegurado a la teoría de la retribución una influencia tan significativa durante tantos años, inclusive hasta tiempos recientes, fue la filosofía del idealismo alemán: tanto Kant, quien intentó fundamentar el ideal de retribución y justicia, e imponerlo frente a todas las concepciones utilitaristas del fin; como Hegel, quien llega a conclusiones similares,²² ¿no es así, señor Hegel? —interpelaron al filósofo alemán, pero Hegel no pudo responder porque fue interrumpido por aquel hombre que había llegado por la noche, en quien todos centraban sus miradas.

Al escuchar esa pregunta este hombre se asomó para responder entre los demás e inmediatamente todos lo dejaron hablar abriendo un espacio como si se tratara de un gran profesor haciéndose cargo de una clase acéfala: no se trata de otro de los tantos juristas o filósofos de la mesa; este hombre es Immanuel Kant:

—¿Están preguntando si las conclusiones de Hegel y las mías son similares? Precisamente mi fundamentación es enteramente una abstracción²³ (abstracción de cualquier realización práctica), por eso jamás podrán comparar mi filosofía moral con la de Hegel —contestó Kant, y siguió. —Mi planteo precisamente busca alejarse de cualquier concreción de la realidad, de cualquier regla práctica o de la costumbre. ¿O acaso no creen que es de la más urgente necesidad elaborar por fin una filosofía moral pura que esté enteramente limpia de todo cuando pueda ser empírico y perteneciente a la antropología?²⁴ Una metafísica de las costumbres es indispensablemente necesaria y lo es no solo por razones de orden especulativo para descubrir *a priori* los principios en nuestra razón, sino porque las costumbres mismas están expuestas a toda clase de corrupciones.²⁵

22. Roxin, *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad* (traducción del original alemán *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Munich, 1992, pp. 26-47), MAIER (comp.), *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, p.16.

23. Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, Las cuarenta, 2012, p. 97.

24. Ídem, p. 26.

25. Ídem, p. 27.

A. Reino universal de los fines en sí

Nuestra mesa, bajo un claro de luna, prácticamente prescindía de las luces que se encendieron a nuestro alrededor. Jubiustrá decía que la luz de luna es la melaza nocturna: “Quita las amarguras –explicaba–, por eso es aún mejor que aquellas luces amarillas y anaranjadas de cara al mar”. Como mencioné anteriormente, el clima de esa noche era ideal para quedarse charlando sea cual fuere el tema de conversación, pero nadie en la mesa dejó de escuchar atentamente a Kant mientras él parecía relatar un cuento de filosofía: “Se trata del Reino universal de los fines en sí: el magnífico ideal de la voluntad absolutamente buena”.²⁶ Más que un cuento, Kant parecía relatar cierta historia de un Reino metafísico:

—En la idea de una voluntad absolutamente buena, sin condición limitativa de alcanzar tal o cual finalidad, hay que hacer una abstracción enteramente de todo fin a realizar.²⁷

Dicho esto, Kant hizo una pausa con la mirada sobre el mar, como buscando las palabras precisas, y continuó:

—Todas las ciencias tienen una parte práctica, que consiste en tareas que ponen algún fin como posible para nosotros, y de imperativos, que dicen cómo puede conseguirse tal fin. Estos pueden llamarse imperativos hipotéticos, pero no imperativos categóricos, ya que no se trata de si el fin es racional y bueno, sino solo de lo que hay que hacer para conseguirlo.²⁸

Antes de continuar, justo cuando Kant volvió a hacer una breve pausa, vimos acercarse desde la orilla las siluetas de dos personas.

Nuestra mesa era una de las más cercanas a la costa, por eso sorprendía que alguien apareciera desde ese lado como por arte de magia, pero ahí estaban esos dos individuos, como para demostrar la magia de las tierras de altamar. Al igual que ocurrió con Kant, todos los dejaron pasar abriendo un espacio como si se tratara de dos grandes maestros a los que estaban esperando para completar el tribunal que deliberaría junto con Kant sobre nuestra cuestión. Se trataba de dos filósofos del derecho penal –nada más preciso–, un hombre y una mujer con un búho sobre el brazo. La mirada del ave era profunda, perfecta como la textura del plumaje que la cubría.

26. Ídem, p. 66.

27. Ídem, p. 96.

28. Ídem, p. 66.

Jubiustrá me comentó por lo bajo que la mujer del búho venía de París, que había estudiado en la Sorbona en los días de *Al vent*²⁹ y se habría vuelto la mayor discípula de Hegel en las tierras de altamar: “El búho que trae es un regalo de él, es un mochuelo de Atenas;³⁰ el hombre que llegó junto con ella, en cambio, no viene de la Sorbona sino de la Universidad de Bonn, es un profesor de derecho penal y filosofía del derecho a quien todos conocen como un profundo investigador de la obra hegeliana; seguro lo conozcas, es Günther Jakobs”, me explicó Jubiustrá. Antes de que tomaran asiento, Kant los saludó efusivamente, fue el único que se paró para abrazarlos; por su parte, Hegel, saludó a los dos recién llegados con un movimiento de cabeza y cierta sonrisa que denotaba camaradería. Nadie lo dijo pero no quedaron dudas: la mesa estaba completa.

Mientras Hegel le servía algo de vino a la mujer del búho, Kant intentó interiorizar a los recién llegados:

—Les estaba explicando que mi fundamentación no debe buscarse en la naturaleza antropológica del hombre o en las circunstancias del universo en que el hombre está puesto —como propone Hegel, por ejemplo³¹— sino *a priori* exclusivamente.³² ¡El magnífico ideal de un Reino universal de los fines en sí! Realizado por máximas cuya regla prescribe el imperativo categórico: el principio formal de estas máximas se basa en obrar como si debieras servir al mismo tiempo de ley universal.³³ Lo repetiré una vez más: es la idea de una voluntad absolutamente buena, hay que hacer una abstracción enteramente de todo fin a realizar.³⁴

29. La letra del *Al vent* está escrita en forma de grito, de proclama, precursora en gran medida del existencialismo contracultural que adoptarían los movimientos juveniles en todo el mundo, durante la décadas de los 60 y 70. Expresa de modo magistral el espíritu de libertad de un joven que es el mismo *viento del mundo*.

30. El ave de Minerva no emprende el vuelo sino hasta el atardecer, lo cual suele interpretarse como el momento en que llega la sabiduría, o, de otro modo, que una historia no se entiende sino hasta su final.

31. El texto entre guiones es un agregado propio.

32. Cualquier otro precepto que se funde en principios de la mera experiencia nunca podrá llamarse ley moral (Kant, loc. cit., p. 26).

33. El magnífico ideal de un Reino universal de los fines en sí al cual se puede pertenecer como miembros cuando nos conducimos escrupulosamente según máximas de la libertad, como si ellas fueran leyes de la naturaleza, produce en nosotros un vivo interés por la ley moral; ello no conlleva condición limitativa de alcanzar tal o cual finalidad (Ídem, pp. 96 y 98).

34. Ídem.

—Pero, hay algo que no estoy entendiendo —intervino un jurista insistiendo en la pregunta que había hecho unos minutos atrás, y siguió. —Si usted, señor Kant, intenta fundamentar el ideal de retribución y justicia, e imponerlo frente a todas las concepciones utilitaristas del fin, ¿acaso Hegel no llega a conclusiones similares? ¿No son ambas teorías llamadas absolutas por imponerse a fines sociales?

Ante esta pregunta uno de los recién llegados contestó categóricamente:

—Se dieron muchas interpretaciones sobre Hegel mediante una descripción de carácter superficial;³⁵ sin embargo, el desarrollo del lado social del delito se halla en el centro de la teoría de la pena de Hegel³⁶ —respondió Jakobs, contundente.

Todos los juristas de la mesa se quedaron atónitos sin saber qué decir; aquellos que estaban tan erguidos se empezaron a encorvar, los de barbas perfectamente recortadas y peinadas, los de lentes anticuados, todos vieron sus discursos cuestionados. En ese momento la mujer del búho remató:

—Esto significa que, si bien Hegel describe al Estado moderno como esa racionalidad que existe en el mundo, la razón en sí y por sí, ello no es una expresa referencia a un fin en sí mismo (como lo hace Kant sin dudas al respecto), sino que es en miras de otro fin determinado: en el plano del Estado las instituciones tienen por finalidad la satisfacción de todas las voluntades libres, la realización plena y la satisfacción de la vida en común.³⁷

B. Desde Minerva volando

La noche cambió de color. En lugar de repicar los pies abajo de la mesa al ritmo de las lonjas que sonaban, las que repicaban eran algunas manos nerviosas de los juristas que se habían quedado sin palabras de un momento para el otro cuando la mujer del búho y Jakobs —a quienes todos sabían profundos conocedores de las teorías hegelianas— tacharon de superficiales sus interpretaciones. Sin embargo Jubiustrá volvió a establecer el clima jovial y de charla amena al buscar una explicación:

35. Jakobs, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 9.

36. Jakobs, *La pena estatal...*, loc. cit., p. 28.

37. Farinatti, *Hegel demócrata. En torno a la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 44.

—Estas interpretaciones superficiales pueden deberse a que en aquella época en la que Hegel esbozó su pensamiento, quizás él no haya podido plantear una teoría que abiertamente desarrolle contenidos sociales, los cuales eran señalados con el estigma utilitarista. Por este motivo tal vez tampoco lograron interpretarla enteramente los juristas que fueron analizándola —explicó Jubiustrá con una sonrisa.

—Es posible, jamás hubiera tenido éxito al injertar el brote del pensamiento del fin en el tronco de lo absoluto durante los decenios en los que la concepción de la pena retributiva ejerció un dominio indisputado en la comunidad de los penalistas³⁸ —agregó Liszt. —Ni siquiera aun cuando se lo hubiera propuesto afanosamente habría tenido éxito. Solo en algo estuvieron de acuerdo en esa época: en la reprobación sin miramientos, y me atrevo a decir, en la estigmatización científica de todas aquellas teorías que se atrevieran a hacer de la idea del fin su punto de partida³⁹ —terminó de explicar Liszt.

La mujer del búho, esta vez con ánimo de apaciguar, agregó:

—Es un terreno donde las definiciones son fáciles de malinterpretarse: es el terreno de la Ética —dicho esto, el búho sobre su hombro emprendió vuelo hacia los morros.

Hegel hizo un movimiento con su mano (no estaba pidiendo permiso sino, más bien, anticipando su voz), se había decidido, de una vez por todas, a compartir su razón. Y con voz firme soltó:

—Es la Ética.

Dejó que esa palabra se adueñe de la atmósfera del lugar; recién en ese momento continuó:

—Lo Ético objetivo aparece en lugar del *bien abstracto*:⁴⁰ no debe ser reducido al vacío principio de la subjetividad moral.⁴¹ La eticidad es la Idea de la Libertad.⁴² Es aquella Idea en aras del Derecho,⁴³ de la libertad universal.⁴⁴

38. Liszt, loc. cit., p. 57.

39. Ídem.

40. Hegel, *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Edhasa, 1988, Barcelona, p. 227.

41. Ídem, p. 229.

42. Ídem, p. 227.

43. Ídem, p. 222.

44. Ídem, p. 228 (para terminar de comprender el concepto remitirse a Hegel, *Fenomenología del espíritu*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2015, p. 261).

Todos nos quedamos observándolo callados mientras el búho se perdía entre las últimas luces sobre los morros de mar; en ese instante de silencio Hegel sentenció:

—Ahí yace su fin motor.⁴⁵

C. Regiones de la verdad demasiado misteriosas o de cómo acariciar la ingenuidad

Entre copas la charla se fue tornando nuevamente amena; todos concordaban en que las definiciones en el terreno de la ética son un problema ya desde el momento en que Sócrates las planteaba. “El idealismo alemán, y Hegel como uno de sus abanderados, son una expresión más de la fecundidad del terreno ético”, explicó Jubiustrá. Entonces la mujer del búho, ya sin su ave a cuestas, lo cuestionó:

—Jubiustrá, no creo que el idealismo alemán sea solo una expresión más dentro de las definiciones éticas; Hegel traza otra clase de pincelada en este gran cuadro; dibuja un nuevo límite: el límite entre la Eticidad y la Moralidad.

Inmediatamente Kant, que también representaba al idealismo alemán, pero con el estandarte de la Moralidad, fue quien cuestionó a la mujer del búho:

—Estimada, ¿acaso usted no cree que sea necesario elaborar una filosofía moral pura, enteramente limpia de todo cuando pueda ser empírico?⁴⁶ Lo moralmente bueno, la idea de una voluntad absolutamente buena, no basta que sea *conforme* a la ley moral, sino que tiene que suceder *por* la ley moral.⁴⁷

—¿Lo moralmente bueno? Definición difícil de manejar —dijo Jubiustrá.

Antes de que Kant pueda responder, algunos de los juristas se adelantaron a dar ciertas explicaciones y vuelos de retórica que enlazaban razonamientos de materiales no muy nobles; entonces Jubiustrá replicó con simpleza:

—La mayor parte de las personas defenderían bravamente su derecho a seguir usando la palabra “bueno” y dirían que tiene un significado por sí misma. Sin embargo, su uso implica un verdadero problema intelectual; nos veríamos en grandes aprietos para decir lo que hay en común entre

45. Ídem, p. 227.

46. Kant, loc. cit., p. 26.

47. Ídem, p. 27.

la habilidad corporal y el sabor de un vino.⁴⁸ Podríamos decir que Platón elevó esta cuestión al nivel de doctrina filosófica.

Estas últimas palabras de Jubiustrá me hicieron pensar que cuando se intenta desarrollar una teoría, supongamos que filosófica, la mayoría de las veces suele ocurrir que ese concepto ya se ha tratado de forma muy parecida, con algún otro nombre, por algún otro pensador, a veces algunos años atrás, a veces centenares atrás, a veces milenios.

Hegel, por su parte, agregó:

—Si se considera solo como un “mal” aquello que se determina como superación del delito, se puede ciertamente juzgar como irracional “querer un mal meramente porque ya existe un mal anterior”.⁴⁹

Al mismo tiempo otros de los presentes seguían sobre aquellas definiciones éticas en torno a este o aquel “mal” o a lo “moralmente bueno” —en palabras de Kant—; entonces Jubiustrá explicó que, para Platón, dos cosas estaban simultáneamente en contradicción: por un lado la existencia de principios morales absolutos, y, por otro lado, el conocimiento científico como quimera en perpetua fluencia.⁵⁰ Y concluyó:

—Para Platón era impensable una solución escéptica, entonces hizo la otra cosa que quedaba como única posible. Sostuvo que estos principios morales absolutos existen, pero no pueden ser identificados con nada del mundo perceptible. Existen en un mundo ideal, fuera del espacio y del tiempo:⁵¹ en regiones de la verdad demasiado misteriosas para el razonamiento terrenal.

Al parecer a todos les interesó el asunto de aquellas regiones misteriosas de la verdad; la charla se tornó hasta con humor cuando hablaban unos sobre

48. Guthrie, *Los filósofos griegos. De Tales a Aristóteles*, México, Fondo de Cultura Económica, 1953, p. 90.

49. Hegel, *Filosofía...* loc. cit., p. 160 (Hegel cita, a su vez, el presente pasaje transcrito en la *Filosofía del Derecho*, de la obra de Klein, *Tratado de derecho penal*, apartado 9, Halle, 1795; la traducción de este pasaje ha variado según la versión de Angélica Mendoza de Montero, de Editorial Claridad y la versión de Juan Luis Vermal, de Edhasa, donde se traduce el término “mal” como “perjuicio”).

50. Según la teoría heraclitiana del mundo, el conocimiento científico era una quimera en perpetua fluencia (Guthrie, loc. cit., p. 96.)

51. Ídem.

otros sin escucharse demasiado, intentando dar algunas respuestas atadas con alambre. “Quizás lo que haya en estas regiones de la verdad sea lo más suave de la ingenuidad como corolario del idealismo”, esbozó Jubiustrá.

—¡Hay otro corolario del idealismo! —exclamó la mujer del búho. —Se trata del Estado y su Eticidad: el Estado como modelo opuesto a la concepción individualista de la sociedad civil y sus grupos (familia y corporación).⁵² El Estado como espíritu objetivo, opuesto a la moral subjetiva.⁵³

—¿El Estado como idealismo alemán? —preguntó uno de los juristas.

—Para el idealismo hegeliano el Estado es el eterno Héroe retador de los molinos del egoísmo⁵⁴ y moralidad individual que soplan a contraviento de la Libertad General. Es la reconciliación de lo individual y lo universal.⁵⁵

52. Farinatti, loc. cit., p. 43.

53. Ídem, p. 66.

54. A propósito de la concepción del Estado en Hegel, hay autores que realizan un interesante análisis sobre la respectiva finalidad de la pena que ha de corresponder a tal concepción estatal: Frister (*Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, 2011, p. 61), por ejemplo, plantea la pregunta de si puede ser un contenido estatal imponer la “realidad” de ese Derecho racional —y la pena como su manifestación— no solo para promover el bienestar general (eso ya sería una teoría relativa de la pena), sino en razón de sí mismo. Hegel contestaría que sí —según Frister— porque concibe al Estado distanciándose conscientemente de la idea de Estado de la Ilustración, especialmente del contrato social; no como servidor de la sociedad, sino como el “racional en sí y por sí”, en el que razón y derecho se realizan en función de sí mismos. Pero una idea de Estado de esa índole es tenida hoy, con razón, por superada —continúa explicando Frister—, la misión del Estado moderno consiste tan solo en salvaguardar y promover el bienestar de sus ciudadanos; dado que la realización de la justicia en razón de sí misma no es cometido del Estado, ella tampoco puede ser el fin de la pena estatal. Mir Puig (*Derecho penal. Parte general*, B de F, 2010, p. 80), señala que un Estado moderno como el actual no podría dar acogida a esta teoría, ya que la concepción actual del Estado buscaría mantener deslindados los campos de la Ética-moral y el Derecho porque no admite que la Ética o religión puedan imponerse por la fuerza de lo jurídico. Sin embargo, autores como Armin Kaufmann (*La misión*, 1982, p. 120) niegan que teorías como la hegeliana defiendan una “pura retribución” que exigiera castigar a todo hecho injusto y culpable. Así, siguiendo esta última línea, en el presente trabajo se instala la posibilidad de replantearse al Estado hegeliano, ya no como el encargado de imponer una moral religiosa o justicia determinada sobre la tierra, sino con el objetivo de establecer la libertad general de la sociedad reconciliando lo individual y lo universal. Lo cual se evidencia al delimitar los conceptos de “moral”, por un lado, y “ética/Eticidad” en términos hegelianos, por otro lado.

55. Farinatti, loc. cit., p. 43.

D. Que son campanas de palo

—Lo universal se tiene que garantizar.

El secreto estaba en la atmósfera que Hegel generaba con cada silencio; haciendo correr una corriente termal entre quienes lo rodeábamos, lograba mantenernos en plena vigilia:

—La reconciliación de lo individual y lo universal —continuó Hegel— conlleva también que una gran masa no caiga por debajo de cierto nivel de subsistencia solo para concentrar en pocas manos riquezas desproporcionadas;⁵⁶ en tanto que, al igual que el arbitrio, también otras circunstancias casuales, físicas o que dependen de condiciones exteriores, pueden reducir a los individuos a la pobreza; por ello el Estado toma con los pobres el lugar de la familia en cuanto a las necesidades de la sociedad, como la posibilidad de adquirir cultura, cuidados sanitarios o administración de justicia.⁵⁷

Entonces la mujer del búho con cierta emoción intervino diciendo:

—La filosofía debe “honrar la necesidad” en aras de la “hermosa totalidad” hegeliana. Desde la antigüedad subyace esta idea del Estado como corolario del idealismo: ya Platón explicó que su objeto al fundar la Ciudad Estado no fue ofrecer una felicidad especial a una clase determinada, sino a toda la ciudad.⁵⁸ Este es un idealismo clásico y moderno.

—Algunas veces —respondió Jubiustrá —se pierde el eje central de una teoría filosófica por querer extraer un concepto aislado de ella, como puede suceder en el trabajo de los juristas con las Teorías de la pena.

—La teoría de la pena es una de las materias peor tratadas en la moderna ciencia positiva del derecho, porque en ella el entendimiento no es suficiente, sino que se trata esencialmente del concepto⁵⁹ —reafirmó Hegel.

Jubiustrá nos contó que al escuchar todas esas palabras sobre las penas, las necesidades y la pobreza le venía a la mente un recuerdo, cierta poesía que comenzó a recitar, y decía más o menos así: “Para él son los ca-

56. Hegel, *Filosofía...* loc. cit., p. 309.

57. Ídem, p. 307.

58. Guthrie, loc. cit., p. 86.

59. Hegel, *Filosofía...* loc. cit., p. 160.

labozos,/ Para él las duras prisiones,/ En su boca no hay razones/ Aunque la razón le sobre,/ Que son campanas de palo./ Las razones de los pobres”. Supongo que pocos logramos reconocer esos versos de José Hernández, los alemanes parecían desconcertados; pero como mencioné anteriormente, Jubiustrá es un enterado de cuanto existe en este mundo.

E. De lo general y lo positivo en la prevención o sobre la conclusión

Uniforme, casaca, camión, había otros metidos en camisolas antiguas, zapatitos de tacón tenía la mujer del búho, pero todos en esa mesa oíamos atentos cada vez que el maestro alemán, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, decidía hablar; sobre todo esta vez, cuando mencionó su propia teoría de la pena y comenzó a explicarla:

—La violación o lesión de los deberes jurídicos del Estado,⁶⁰ por acción u omisión, es una primera violencia;⁶¹ pero la violencia pedagógica o violencia ejercida contra el salvajismo e ignorancia, aparece realmente autónoma y no como resultado de otra violencia.⁶² La vulneración que afecta al delincuente no es solo justa en sí; en su acción de un ente racional, está implícito un Universal.⁶³ La determinación de los individuos es llevar una vida universal, y la unión como tal es el verdadero contenido y fin.⁶⁴

En ese instante, Jakobs agregó:

—La teoría hegeliana recibe una configuración que en poco se diferencia de mi teoría de la prevención general positiva.⁶⁵ Dado que en Hegel el dolor es además un elemento simbólico, donde la máxima configurada por el autor, y su compensación, son irrelevantes, siendo relevante la del or-

60. O bien violación de un contrato (el contrato, como apariencia del derecho, continúa apareciendo en lo injusto) u obligaciones acerca de la familia (Ídem, p. 155).

61. La fuerza o violencia tomadas abstractamente son injustas (Ídem).

62. Ídem (la traducción de este pasaje ha variado según la versión de Angélica Mendoza de Montero, de la Editorial Claridad, y la versión de Juan Luis Verma, de Edhasa; sin embargo, los cambios son insignificantes).

63. Ídem, p. 161.

64. Ídem, p. 319.

65. Jakobs, *Derecho penal. Parte general...* loc. cit., p. 23.

den jurídico.⁶⁶ Él interrelaciona hecho y pena ya no como hechos externos (como lo hace Kant), sino dotados de significación.⁶⁷

Una vez más todos los juristas que venían juzgando y sentenciando la teoría hegeliana volvieron a caer en la cuenta de todo aquello que habían pasado por alto: se habían cansado de señalar un pretendido carácter maniqueo, donde la lisa y llana retribución de un mal restablece un concepto de derecho que nada significa.

Pero Hegel había sido muy claro: el Derecho –con mayúscula, como La Calma de altamar– significa Libertad, Libertad General, su fin motor es la determinación de los individuos para llevar una vida universal.

F. Idealismo de altamar o una conclusión con otras palabras

Hace cientos de años en carabelas austeras surcaron los océanos para llegar a Eldorado y a la fuente de la eterna juventud; sin embargo, se toparon con las artes del indio americano. Hoy los océanos se surcan en transatlánticos gigantes y nadie logra dar con las tierras de altamar: se trata de un desencuentro perfecto.

Creo haber mencionado que las tierras –y aguas calmas– de altamar, no forman un Estado ordinario, sino aquel lugar donde La Calma gobierna a una cultura colorida con un milenarismo legado de tolerancia. Se trata del idealismo de altamar. A Hegel le parece razonable, sin embargo al muy idealista ni Eldorado del Cándido lo convencería, él sigue insistiendo en ese Estado extraordinario, en aquel Héroe retador de molinos del egoísmo.

66. Ídem, p. 31.

67. Hegel se da cuenta de que la pena necesaria corresponde, en sus palabras, “al poder de la sociedad ya seguro de sí mismo”, es decir, que en sociedades consolidadas puede rebajarse la medida de la pena, pues en ellas es más reducida; de nuevo en sus palabras, “la peligrosidad de la acción para la sociedad”. Por eso Hegel ha dicho que la pena y su respectivo Código Penal pertenecen, ante todo, a su tiempo al estado en que se encuentre la sociedad civil (Ídem, p. 23).

Bibliografía

- Binding, Karl, *Compendio de la Parte general del Derecho penal*, 7ª edición, 1907.
- Castro Dassen y González Sánchez, *Código de Hammurabi*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1966.
- Farinatti, Alicia, *Hegel demócrata. En torno a la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2013.
- Frister, Helmut, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.
- Guthrie, W. K. C., *Los filósofos griegos. De Tales a Aristóteles*, México, Fondo de Cultura Económica, 1953.
- Hegel, G. W. F., *Fenomenología del espíritu*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- *Historia de la filosofía*, Buenos Aires, Gradifco, 2009.
- *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Edhasa, 1988.
- Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- *La pena estatal: significado y finalidad*, Pamplona, Civitas Ediciones, 2006.
- Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, Comares, 2002.
- Levaggi, Abelardo, *Historia del derecho penal argentino*, Buenos Aires, Perrot, 1978.
- Mayer, Max Ernst, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2007.
- Mezger, Edmund, *Derecho penal. Parte general*, 6ª edición, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1955.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2010.
- Reither, Joseph, *Panorama de Historia Universal*, Buenos Aires, Eudeba, 1977.
- Roxin, Claus, *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad* (traducción del original alemán *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Munich, 1992), Maier (comp.), *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.

Von Liszt, Franz, *La idea de fin en el Derecho Penal*, Serie J. de enseñanza del derecho y material didáctico, núm. 15, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad de Valparaíso de Chile, 1994.

Welzel, Hans, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1956.