

Las raíces filosófico-jurídicas del pensamiento penal español contemporáneo

Por JOAQUIN CUELLO CONTRERAS

Cáceres

A D. Manuel de Rivacoba y Rivacoba

I. INTRODUCCIÓN

Una de las interpretaciones más lúcidas de la Ilustración que se ha hecho es la de Max *Horkheimer* y Theodor W. *Adorno*¹, para quienes el de la Ilustración es un concepto *dialéctico* que refleja cómo todos los pasos dados por el hombre en el terreno de la *Teoría* y de la *Praxis*, persiguiendo su emancipación, crean nuevas formas de dominio. La historia, desde 1789, se repite. Y, tras la experiencia de los totalitarismos, en el siglo XX, referida para los autores citados especialmente al Auschwitz nazi, ni siquiera queda lugar para el optimismo.

Dialéctica de la Ilustración significa volver a lo que la Revolución Francesa quiso representar en el mundo de la realidad política y Kant en el mundo de las ideas; para superar esa tesis, junto con la antítesis de lo que su realización positiva dejaba en la sombra (dominio técnico de la naturaleza convertido en dominio técnico del hombre y, con ello, la pérdida de su libertad), mediante la síntesis de principios contrapuestos que se complementan en una unidad superior. Esta «Dialéctica de la Ilustración» se refleja muy claramente en el Derecho penal, y muestra que los principios que hoy lo inspiran, siendo los mismos de la Ilustración, son distintos, sintetizándose en una unidad más elevada no prevista en el momento de su surgimiento.

El Derecho penal se define en la actualidad, fundamentalmente, como Derecho *protector de bienes jurídicos* imprescindibles para la convivencia. De esta manera, se trata de distinguir el orden jurídico de otros órdenes, como la Moral; pero, sobre todo, se quiere preservar el máximo de

1. *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, Amsterdam, 1968.

libertad individual aun para aquello que, siendo nocivo para el individuo (p. ej. el consumo de drogas), no afecta para nada a la vida en sociedad. El origen de esta idea está en la Teoría del delito de los penalistas ilustrados, para quienes el Derecho penal sólo debía proteger derechos subjetivos del individuo; con lo que la Moralidad y el orden público quedarían fuera del Derecho penal.

Que el concepto ilustrado de bien jurídico era insuficiente lo han demostrado, con posterioridad, las Ciencias sociales: Existen intereses y estructuras sociales, como el orden socio-económico, la administración de justicia o el orden constitucional, imprescindibles para la convivencia, y susceptibles de protección penal. Sin embargo, la experiencia de los totalitarismos, para los que el individuo no era nada y el Estado lo era todo, ha obligado a anteponer el individuo a la comunidad (estando prohibido sacrificar aquél a ésta) mediante la institucionalización de los Derechos fundamentales inalienables; con lo que se rehabilita la concepción ilustrada del Derecho penal².

En íntima relación con la idea de Derecho penal protector de bienes jurídicos, aparece la orientación de la pena a la *prevención del delito*. El origen de las llamadas *Teorías de la prevención* se encuentra en Paul A. J. von Feuerbach, un penalista ilustrado que se preguntó si la orientación de la pena a la retribución de Kant (quien, como heredero del pensamiento teológico anterior, quiso identificar el delito, como el pecado, con el mal mismo que debe ser expiado en nombre de la justicia) no sería cruel, respondiéndose que ello se evitaría con la fundamentación de la pena retributiva en la *prevención del futuro delito*³, ya que el castigo del delincuente serviría de escarmiento («coacción psicológica») de futuros infractores. No es, por tanto, casualidad que el mismo Feuerbach acuñara otro de los principios del Derechos penal moderno: el principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). De esta manera, a través del principio de legalidad de los delitos y las penas, se conseguiría establecer el catálogo de bienes jurídicos que en cada momento el legislador quiere proteger; se motivaría con ello al posible infractor, que sabría en cada momento qué prohíbe el legislador estatal; y se podría definir la culpabilidad jurídico-penal como voluntad de lesión del Derecho, prescindiendo de toda consideración metafísica a la hora de definir el delito y fundamentar la pena.

Los principios de prevención del delito, legalidad y culpabilidad han evolucionado desde entonces. La experiencia de que la prevención del delito puede llevar a anular la libertad del individuo que ha delinquido y conduce al defensismo social y al positivismo antropológico negador de la libertad y patrocinador de la sustitución de la pena por medidas de seguridad y corrección poco respetuosas de los Derechos humanos; la comprobación de que el principio de legalidad no se fundamenta hoy en la pre-

2. Vid. KNUT AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972.

3. VON FEUERBACH, P. A. J.: *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven Rechts*, I. Teil, 1799, reedición de 1966, p. 38. Sobre ello: NAUCKE, W.: *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962, p. 44.

vención del delito sino en la garantía de que el Estado no va a auto-otorgarse facultades inexistentes en el momento de comisión del delito⁴; y la reflexión, que cada día se impone más, acerca de que ni se trata de identificar el principio de culpabilidad con la idea de expiación por un mal, ni se trata de prescindir de tal principio (ya que la culpabilidad sirve para preservar la libertad frente al poder coercitivo del Estado), sino que, más bien, con el principio de culpabilidad, se trata de fundamentar el Derecho penal, moderno y liberal, junto con los principios de protección de bienes jurídicos, prevención del delito y legalidad (a los que añadir el de la resocialización, entendida como evitación de la de-socialización de quien ha cumplido una condena penal), en normas jurídicas *válidas*, aceptables para un destinatario razonable (es decir, que fundamentan su validez en principios situados más allá de su mera positividad); todas estas consideraciones permiten la superación de los principios ilustrados del Derecho penal moderno en una unidad superior cuyo lazo de unión se basa, no tanto en el hecho de que cada uno de tales principios limite a los otros en sus pretensiones de universalidad que desemboquen en abusos (ya que tales principios se limitan en sí mismos)⁵ sino, más bien, en el hecho de que *todos ellos* son imprescindibles para obtener una comprensión cabal de lo que debe ser el Derecho penal. Pero el espíritu de lo que ello supone estaba ya implícito en las primeras formulaciones históricas de los principios. No es, por tanto, extraña la frecuencia con que autores tenidos por clásicos están presentes en la discusión actual sobre el fundamento del Derecho penal y de la pena estatal.

Por lo que se refiere al Derecho penal español, en concreto, ha de reconocerse que, si bien existen documentos importantes que avalan la penetración de las ideas ilustradas de primera hora, como el Discurso sobre las penas de Manuel de Lardizábal (1792) o el Código penal de 1822, se trata de obras en las que el elemento tradicional y el elemento moderno se insertan en una unidad abigarrada difícil de discernir. Si por Ilustración se entiende un cambio radical respecto a lo anterior y la fundamentación de realizaciones teóricas y prácticas en nuevos cánones basados en un presupuesto ya netamente antropológico (no teológico), el primer movimiento completo y bien articulado que se da en España de auténtica y definitiva modernidad en el *krausista*. A continuación se analizará el programa ideológico y la teoría del conocimiento krausistas (I): su Filosofía del Derecho (II); la primera obra de carácter rigurosamente científico de Derecho penal, la de Luis Silvela, inspirada en la teoría del conocimiento krausista (III); las primeras concepciones puramente jurídicas sobre el delito (IV); y la teoría de la pena de Silvela, basada en el Correccionalismo de Röder, también de inspiración idealista y krausista (V).

4. Vid. CUELLO CONTRERAS: *Culpabilidad e imprudencia*, 1989 (en prensa), Introducción.

5. CUELLO CONTRERAS: *Libertad y resocialización*, en *Homenaje a Agustín Fernández Albor*, 1989 (en prensa).

II. LA FILOSOFÍA KRAUSISTA

El Krausismo español es, ante todo, un amplio movimiento de reforma moral, política y jurídica⁶ cuya historia e influencia en las distintas épocas de la historia reciente están bastante bien documentadas⁷. El interés, ahora, se circunscribirá a un par de nombres, los de *Sanz del Río* y *Giner de los Ríos*, los padres del Krausismo español; y, más específicamente, a algunas de sus obras (las anotaciones al Ideal de la Humanidad y la Introducción de la Metafísica analítica de *Sanz del Río*, y los Principios de Derecho natural y las Lecciones de Psicología de *Giner de los Ríos*), por su interés para el Derecho penal y su carácter de fundamento de la nueva Filosofía.

La Filosofía de K. Cr. Krause se inserta en el ámbito del Idealismo, alemán, uno de cuyos herederos y superadores quiere ser él. Dentro de este movimiento filosófico se dan tradiciones muy diversas, pero existen una serie de rasgos que lo definen desde *Kant*.

Los rasgos de la filosofía krausista, así ubicada, son los de *racionalidad, autonomía de la persona humana, eticidad e historicidad*, aspectos en los que, para evitar interpretaciones erróneas, debe desglosarse la caracterización general de *racionalismo armónico* de la nueva filosofía⁸.

Con esta nueva filosofía no se tratará ya de enriquecer una tradición segura de cuño teológico que entendiéndose la racionalidad y la libertad como atributos concedidos gratuitamente al hombre para permitirle su acceso directo a Dios. Se tratará, por el contrario, de descubrir en ellos las únicas armas con las que describir la trayectoria inversa, o sea, la que el hombre ha de transitar, solo, hacia el género humano y hacia Dios; no de la repetición de un modelo preconcebido.

6. Vid. ARAQUISTÁIN, L.: *El pensamiento español contemporáneo*, 1962, p. 15; LÓPEZ-MORILLAS, J.: *El Krausismo español*, 2.^a ed., 1980, p. 12; TERRÓN, E.: *Sociología e ideología en los orígenes de la España contemporánea*, 1969, p. 199.

7. Vid. DÍAZ, E.: *Estudio preliminar a Minuta de un testamento*, de Gumersindo de Azcárate, 1967, pp. 10 ss.

8. Los términos «racionalismo armónico» con que se caracterizan los fundamentos de la Filosofía krausista (vid. LÓPEZ-MORILLAS: *Krausismo español*, pp. 31 ss.; DÍAZ, E.: *La Filosofía social del Krausismo español*, 2.^a ed., 1983, pp. 49 ss., 56 ss. y RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, M. DE: *Krausismo y Derecho*, 1963, pp. 28 ss., 40 ss.) no remiten a estructuras preexistentes a la razón y a las que ésta deba doblegarse. Sobre el pensamiento institucionalista, que entiende que la razón jurídica debe limitarse a reconocer y configurar jurídicamente las instituciones, como, p. ej., la familia, respetando su estructura inmutable, vid. HENKEL, H.: *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2.^a ed., 1977, pp. 355 ss. Lo mismo cabe decir del «organicismo» con que, a veces, se caracteriza al Krausismo (vid. DÍAZ: *Krausismo español*, pp. 57, 199). Ambos términos («armonicismo», «organicismo» reflejan, más bien, aquí, la necesidad sentida por la Metafísica krausista de armonizar la razón natural con la razón metafísica (o, como dice DÍAZ, E.: *Krausismo español*, p. 51, la ciencia con la filosofía), la parte con el todo, la multiplicidad con la unidad, lo concreto con lo abstracto. La filosofía de Krause, precisamente, en lo que tiene de corriente idealista, se opone al pensamiento historicista, una de las inspiraciones del «institucionalismo», y es una reacción contra la Escuela histórica. APEL, K.-O.: *Transformation der Philosophie*, vol. II, 1973, pp. 216 ss., ha criticado el pensamiento de Arnold Gehlen, inspirado en el institucionalismo, que entiende que el hombre hace y se desarrolla entre instituciones; pero, como dice Apel, de la misma forma que una institución tan característica del hombre como el lenguaje no puede entenderse sino como el uso que los hombres hacen del mismo (como «meta-lenguaje»), también las restantes instituciones están abiertas al empleo que de ellas quiera y pueda hacer el hombre de hoy. Este Tribunal de la «sociedad abierta», su Logos, lo constituye hoy, en las democracias occidentales, el parlamento.

a) *El Ideal de la Humanidad para la vida*

La obra de Krause *Ideal de la Humanidad para la vida*, publicada por primera vez en Alemania en 1811, y traducida al español por Sanz del Río en 1860, es un escrito pragmático donde tanto su autor como el traductor —a través de las notas e introducción— resumen los objetivos y fundamentos de su filosofía.

El Ideal de la Humanidad para la vida está condensado en la filosofía del *racionalismo armónico*, con el que se quiere expresar cómo es posible que la Humanidad se realice a través de la *razón* y de la *libertad*. Sin conciencia de los *límites* dentro de los cuales la Humanidad puede realizar estas facultades esenciales del hombre, no podrá disfrutar de ellas. El límite del acceso de la razón humana a la aprehensión de la realidad sobre la que el hombre ha de actuar (experiencia), ese límite es el que tiene que ser superado por la libertad: Si la Humanidad tuviese continuo acceso a la verdad sería esclava de ella, habiéndola de obedecer ciegamente, es decir, sin poder ejercer la libertad. Es, por tanto, la conciencia de dicho límite de la razón, determinado por la *doble naturaleza* del hombre: el hombre es *espíritu*, en cuanto participa, en cierta medida, del conocimiento de la Idea a través de la razón, pero es también *naturaleza*, producto de la Idea, como cualquier otro objeto de la Naturaleza (por eso ni siquiera puede conocerse exhaustivamente a sí mismo); es esa conciencia del límite de la razón humana la que obliga a la Humanidad a ejercer la libertad, la segunda facultad propiamente humana, a través de la cual el hombre, ni naturaleza pura en cuyo caso habría de limitarse a dejar hacer lo que la Idea ha puesto en él, como cualquier otro objeto de la Naturaleza, ni espíritu puro (en cuyo caso no haría falta ejercer la libertad, poseída *de facto*), puede trascender su propia limitación, asumiéndola, para, a partir de ahí, ejercer la libertad mediante la razón.

Lo propio y genuino del hombre es el *hecho racional*, «el acto más común de la vida», «una obra hecha con arte, según los medios dados, bajo idea y plan previsto en forma de Ley, para un fin racional hasta su entero cumplimiento»⁹. Mediante el «hecho racional» el hombre no aplica directamente la idea que inspira el hecho, ni conoce la idea a que responde el acto que quiere regular (ninguna de las dos ideas puede conocerlas el hombre), sino que tiene que «crearlo». Se trata de un «arte», no de una ciencia pura, ejecutado a través de unos «medios dados» (limitados a la razón humana), aunque inspirado en la Idea, que ocupa una posición intermedia garantizadora del conocimiento humano, al que no otorga conciencia de certeza absoluta. El «hecho» ha de cumplir un fin «racional» que tampoco coincide con el objeto pues, si así fuese, participaría de su Naturaleza y no sería racional («Este sentido de la idea o ideal ninguna limitación tiene aquí en el objeto»).

El *racionalismo armónico* no es ni idea pura ni naturaleza pura, sino un mixto de ambas que debe ser armonizado. «Demos si se quiere, al ideal el nombre de plan, proyecto, regla según el fin y esfera a que se dirige; siempre aquí se manifiesta un estado siguiente a la concepción de la idea

9. KRAUSE, *Ideal de la Humanidad*, p. 28.

pura, y antecedente a la aplicación última de la misma»¹⁰. Para conseguirlo hay que renunciar a la pretensión de seguridad del conocimiento humano. A demostrar cómo es posible el conocimiento pese a la carencia de certeza irán encaminadas las páginas más selectas de la Metafísica analítica, el «organon» del Ideal de la Humanidad krausista, su teoría del conocimiento.

Contemplando la profundidad del ser humano, su doble carácter de espíritu y naturaleza consciente de su limitación que lleva a la armonía interior asumiendo dicha limitación, se comprende que *Sanz del Río* identifique el Ideal de la Humanidad con la contemplación de la interioridad del hombre, donde hallar la «universal igualdad entre todos», que llama a la armonía, y, así, desde el interior del hombre, realizar las metas de la Filosofía práctica que deben motivar una vida fundada en la bondad.

Esta referencia a la «igualdad entre todos los hombres», y lo que hace iguales a todos los hombres es el *lenguaje*, viene a demostrar que el conocimiento sólo es posible como *comunicación*, con lo que ello significa, a la vez, de acuerdo empírico, ya existente, sobre lo que es y puede ser el conocimiento, y de aspiración a ampliar y mejorar cada vez más las condiciones del consenso entre todos los hombres. De esta manera, en cuanto se amplía la comunidad de comunicación, se amplía también la posibilidad de mejorar las condiciones del conocimiento humano; aunque nunca exista la posibilidad de alcanzar las condiciones que aseguren con certeza absoluta el conocimiento. Pero, no obstante, la llamada a las posibilidades de mejorar las condiciones en que es posible el conocimiento humano, ése es el Ideal de la Humanidad para la vida. De esta forma se sintetiza el máximo posible de razón con el máximo posible de libertad, en los límites de la condición humana que lleva al racionalismo armónico. El Ideal de la Humanidad, por tanto, consiste en la comunicación y su progresivo mejoramiento entre los hombres. No un ideal individualista, sino de la comunidad que forman individuos libres y racionales.

b) *La teoría del conocimiento krausista*

Es sintomática la fecha de publicación en España de la Metafísica analítica, eje central de la Filosofía krausista: 1860; el mismo año de la publicación en nuestro país del Ideal de la Humanidad. Lo que significa que *Sanz del Río* sabía la importancia de ambos escritos: éste, el programa de la Escuela, el objetivo antropológico propugnado: aquél, el instrumento, la Teoría del conocimiento krausista.

La Metafísica analítica persigue *guiar el conocimiento* para que no se extravíe¹¹. La *Razón filosófica*, la Ciencia, se caracteriza por anticiparse idealmente a los hechos, contemplándolos en su causa, fundamento y relaciones particulares con los restantes hechos; anticipándose a todo lo que hace o piensa el hombre, no afectado por, ni encerrado en el tiempo, igual. Pero, para asegurar su discurrir, necesita de la *Razón metafísica* que,

10. KRAUSE: *Ideal de la Humanidad*, pp. 27 ss.

11. SANZ DEL RÍO, J.: *Introducción al Sistema de la Filosofía Metafísica*. Primera parte. Analítica, 1860, p. II.

en su *aspecto moral*, obliga a la Razón filosófica a preguntarse por el «bien real», es decir, por el objeto del conocimiento, antes de emplearse en la labor de su consecución¹². La Filosofía, es decir, la ciencia, no puede dotarse de su propio objeto, sino que éste ha de otorgárselo la Metafísica. En lenguaje moderno se diría que la ciencia es libre en su investigación, pero qué deba investigarse no es competencia exclusiva de los científicos, sino de la comunidad para la que debe trabajar el científico. De esta forma es controlada. La Filosofía, además, necesita de la Metafísica en su *aspecto intelectual*, para preguntarse por el *interés* del conocimiento¹³. Una vez establecido el objeto del conocimiento, hay que preguntar, lógicamente, por el *para qué* del mismo, es decir, la utilidad social que debe guiar el conocimiento, como hoy diría Jürgen Habermas¹⁴; la Pragmática del conocimiento. Finalmente, en el *aspecto social y humano*, la Razón metafísica debe ayudar a la Razón filosófica preguntando por lo inmutable del hombre en todos los tiempos y lugares, para evitar particularismos que sólo sirven para desconcertar el espíritu común, la esencia humana. La Razón metafísica sirve, pues, para corregir los errores que la Razón filosófica ha sufrido en la historia y sufre cuando es empleada en los más diversos lugares del mundo¹⁵.

La Razón filosófica, a través de la Razón metafísica, no se distingue, pese a que supone su mediación y superación, de la Razón natural. La *Razón natural* krausista es algo así como el «estado de naturaleza» de los filósofos de la Ilustración, más una abstracción que una realidad¹⁶. Es una *abstracción* porque siempre ha estado y estará mediada por la Razón filosófica de los distintos pueblos y épocas históricas; pero, en su abstracción, precede a la Razón filosófica, pues es en ella donde han de buscarse aquellos principios («unánimemente reconocidos») de Metafísica conforme a los que orientar la Razón filosófica.

Un ejemplo de que la Razón filosófica es desenvolvimiento de la Razón natural lo suministra la propia historia de la Filosofía idealista, que muestra cómo la Razón natural, para realizarse, debe enajenarse en Razón filosófica *histórica*, aun a riesgo de extraviarse, pues en dicho extravío y posterior recuperación reside la forma de su propio y necesario desarrollo¹⁷. Sólo tras el titánico y fracasado esfuerzo idealista por alcanzar la sabiduría

12. SANZ DEL RÍO: *Metafísica*, p. IV.

13. SANZ DEL RÍO: *Metafísica*, p. V.

14. HABERMAS, J.: *Conocimiento e interés* (trad. de Manuel Jiménez, José F. Ivars y Luis Martín Santos, revisada por José Vidal Beneyto), 1982, pp. 193 ss.

15. SANZ DEL RÍO: *Metafísica*, p. VII.

16. Cfr., no obstante, HÖFFE, O.: *Politische Gerechtigkeit*, 1987.

17. Razón filosófica versus razón natural, lo mudable frente a lo inmutable; al Krausismo le interesa más lo segundo que lo primero. Pero entiende necesario el conocimiento de lo mudable para comprender lo inmutable —para reconstruir la razón natural de la que se ha desviado la razón histórico-filosófica—. En este sentido, su pensamiento es historicista. SCHNÄDELBACH, H.: *La Filosofía de la Historia después de Hegel* (trad. de Ernesto Garzón Valdés), 1980, pp. 21 ss., distingue tres maneras distintas de entender el historicismo: 1. «Como una actitud que se atiene exclusivamente a lo positivamente dado y que desconfía de todo lo que, por vía de interpretación, va más allá de él». 2. Como entendimiento de que «la validez de los conceptos y las normas mínimas» constituyen «algo históricamente dado»; como un «total relativismo histórico en el ámbito del conocimiento y de la moral». 3. Como «proceso de la 'historización funda-

absoluta podía llegarse a tomar conciencia del límite de la Razón filosófica que sirve de acicate para superar la barrera que separa al sujeto cognoscente del objeto a conocer, sin confundirlos, en una unidad superior. Frente a *Hegel*, la Metafísica krausista reivindicará que la certeza del conocimiento es imposible, pero que, en su lugar, por semejanza al Saber absoluto, el hombre puede mejorar las condiciones en que discurre el conocimiento, es decir, perfeccionando la participación de todos en la comunidad científica mediante reglas de racionalidad de, y para, quienes participan en el proceso del conocimiento.

Es más, la Filosofía krausista representa, y se entiende a sí misma, como un ataque frontal a la Filosofía hegeliana del Saber absoluto, al negar precisamente el conocimiento absoluto, es decir, que la certeza del conocimiento sea posible¹⁸. En su lugar sostiene que sólo cabe hablar de conocimiento humano *por semejanza* con el saber absoluto. *Sanz del Río* sostiene, incluso, que sin conciencia de las limitaciones humanas no es posible el conocimiento¹⁹. El hombre no se conoce suficientemente ni siquiera a sí mismo (ésta es una de sus limitaciones), pero puede mejorar su conocimiento si reconoce dicha limitación interna (la derivada del inconsciente, p. ej.).

En el Krausismo siempre estará presente un hiato que nunca podrá colmar el hombre si no es mediante el Ideal de la Humanidad en que se traduce la propia limitación de la razón humana, a superar mediante la ampliación de su ámbito, la cual nunca deja de estar sometida a los límites de su naturaleza, en ejercicio de la libertad, para ampliar la comunidad comunicativa de todos los hombres.

Del Krausismo, por tanto, nunca podrá decirse lo que se ha dicho de *Hegel*, que la unidad del sujeto y el objeto no resplandece por ninguna parte; por la sencilla razón de que la filosofía krausista es una filosofía de los límites de la superación de la distancia que media entre el sujeto cognoscente y el objeto a conocer, y una filosofía de la libertad, lo más opuesta a la necesidad del actuar humano que habría deseado *Hegel*²⁰. Como tampoco podrá decirse que convierta a la Filosofía en Teodicea, como *Leibniz*, pues su confianza en que el hombre puede mejorar sus conocimientos le impide resignarse a una vida contemplativa.

Lo que sí es característica esencial del Krausismo es la de no renunciar a la Metafísica, para colocar a la Filosofía en posición de preguntarse por la última razón de las cosas del hombre, no resignado a mero «homo

mental de todo nuestro pensamiento acerca del hombre, su cultura y sus valores (Ernst Troeltsch)'. Para Schnädelbach (pp. 175 ss.), esta tercera modalidad de historicismo no está superada, pero debe practicarse con «intención práctica», es decir, concibiendo, «al mismo tiempo, a la relación del hombre con su historia como una relación con él mismo, como una tarea de mediación entre teoría y praxis» (Habermas). El historicismo krausista se aproxima a esta tercera modalidad, en lo que tiene de superador del Idealismo absoluto hegeliano.

18. SANZ DEL RÍO: *Metafísica*, p. XXXI.

19. SANZ DEL RÍO: *Metafísica*, pp. XXXII, XXXIV.

20. Vid. SCHULZ, W.: *Vernunft und Freiheit*, 1981, p. 68.

sociologicus», que se conforme con ver lo que los hombres hacen en el mundo, y que sirva de reflexión sobre las condiciones, fundamento y fines de la ciencia en el mundo moderno.

Como ha puesto de relieve recientemente Karl-Otto Apel²¹ el «sujeto trascendental» de la Metafísica sólo puede estar constituido, hoy, por la *comunidad comunicativa* que forman todos los que toman parte, o pueden tomarla, en el proceso del conocimiento y que, mediante el *lenguaje*, procede a la necesaria fundición entre el sujeto y el objeto del conocimiento que los signos del lenguaje hacen posible, pues éstos tienen una estructura interna aprendida por todo el que domina una lengua (*semántica*), remiten a los objetos exteriores (*semiótica*) y son empleados y entendidos por los sujetos que se comunican a través de él (*pragmática*).

Mediante el lenguaje puede obtenerse un consenso fáctico sobre el objeto del conocimiento, al que llamar conocimiento; pero dicho consenso fáctico siempre está abierto a la «ultimate opinio», es decir, a su sustitución por otro mejor²². Por eso tenía razón *Sanz del Río* cuando identificaba lo Absoluto con el fin y soporte del conocimiento pues, de no ser así, el conocimiento no existiría; pero, al mismo tiempo, acertaba también al renunciar a la posibilidad de sabernos poseedores, fácticamente, de esa última verdad. El concepto de «validez del conocimiento» sólo puede ser un *principio regulativo del consenso crítico*²³, que coloca en la realidad, de forma eficaz y contrafáctica, la comunidad de comunicación. De esta manera, en la medida en que los sujetos comunican el conocimiento no adquieren más conocimientos, pues los principios del consenso no son deducibles trascendentalmente, como ya vio claramente *Sanz del Río*, pero pueden aspirar a establecerlos paulatinamente, mediante una progresiva ampliación de la comunidad comunicativa real²⁴ en que se ha convertido hoy el Ideal de la Humanidad krausista.

III. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO KRAUSISTA

a) *El Derecho natural y la fundamentación del Derecho positivo*

Al distribuir las materias de la Enciclopedia jurídica en los Principios de Derecho natural, concebidos por *Giner de los Ríos* entre 1873 y 1883²⁵, constituida por la *Filosofía del Derecho*, la *Historia del Derecho* y la *Ciencia filosófica histórica del Derecho*, considera que el estudio debe comenzar por la *Filosofía del Derecho*, pues antes de estudiar el Derecho en su evolución histórica (*Historia del Derecho*), incluida su forma actual, y antes de ocuparse de la comprobación de cómo los hechos jurídicamente relevantes

21. La obra de Kar-Otto Apel está contenida, fundamentalmente, en su *Transformation der Philosophie*, dos volúmenes, 1973.

22. Vid. PAETZOLD, H.: *Kommunikation und Reflexion* (ed. por Wolfgang Kuhlmann y Dietrich Böhler), 1982, p. 129.

23. PAETZOLD: *Kommunikation und Reflexion*, p. 129.

24. PAETZOLD: *Kommunikation und Reflexion*, pp. 131 s.

25. GINER, F. y CALDERÓN, A.: *Prolegómenos del Derecho. Principios de Derecho natural*, 1916.

se ajustan o no, en más o en menos, a los principios del Derecho²⁶, que también pueden evolucionar con el transcurso del tiempo (*Ciencia histórico-filosófica del Derecho*), se debe abordar el estudio de la *Filosofía del Derecho*, ya que lo inmutable «no necesita para su formación de lo transitorio». Sin embargo, acompaña a esta última afirmación de un signo de interrogación²⁷.

Lo mismo vuelve a ocurrir en la lección segunda. Según *Giner*, «la filosofía del Derecho (o Ciencia del Derecho Natural) es la Ciencia que considera a este objeto (el Derecho natural) en sí, prescindiendo de los cambios del mismo, que son asunto de su historia»; y vuelve a acompañar esta reflexión de la misma interrogación²⁸.

Para *Giner de los Ríos*, el Derecho natural es soporte del Derecho, criterio de adecuación a la justicia o no del Derecho positivo. Y es ese criterio el que fundamenta la validez del mismo, como instancia trascendental al Derecho positivo en sí (su mera vigencia formal) que fundamenta la vigencia de un Derecho existente e, incluso, la aceptación a aceptabilidad de un cambio legislativo.

En el mismo sentido, establece *Giner* que mediante el método *analítico* podemos conocer el Derecho como inmediatamente se nos ofrece; tarea nada difícil, si no fuera porque el concepto de Derecho requiere, además, que conozcamos su fundamento (que lo convierte en Derecho justo), sólo proporcionado por el método *sintético* o deductivo²⁹. Esta metodología de *Giner* refleja muy bien la teoría del conocimiento de *Sanz del Río*: Lo transitorio y lo inmutable del Derecho se condicionan mutuamente. «Ninguno de estos métodos, analítico y sintético, es por sí solo suficiente para la formación de la ciencia, siendo necesario el empleo de ambos que internamente se armonizan y completan»³⁰.

De esta forma, la duda manifestada por *Giner de los Ríos* al abordar el estudio de la Filosofía del Derecho encuentra su explicación y solución en la Metafísica krausista. El Derecho vigente no obtiene su legitimidad de la mera vigencia, y debe buscarse algo situado por encima del mismo como instrumento de control de legitimidad y de transformación. Pero, como quiera que los principios de legitimación no pueden residir en un (inexistente) orden metafísico inmutable, deben ser entendidos como algo que también se transforma con el transcurso del tiempo, es decir, algo sometido al criterio de la historicidad. Los principios de legitimación del Derecho no son estáticos sino *discursivos*. Esta característica de la fundamentación del Derecho presenta aproximadamente la siguiente fisonomía: La validez de las normas jurídicas se fundamenta en una serie de criterios de comunicación entre interlocutores competentes que exponen sus argumentos en favor o en contra de un juicio de valor que se trata de introducir, o de uno ya existente que se cuestiona, siendo argumentos de raciona-

26. GINER: *Derecho natural*, p. 7.

27. GINER: *Derecho natural*, p. 7.

28. GINER: *Derecho natural*, p. 9.

29. GINER: *Derecho natural*, p. 11.

30. GINER: *Derecho natural*, p. 11.

lidad y tradicionalidad (la cual hace referencia a un trato de favor para el juicio ya existente, que no se modifica mientras no se vea claramente invalidado) los que van a decidir la validez de la norma que sustentan. Estas teorías discursivas descansan, pues, tan sólo sobre el respeto a las normas de comunicación relativas a la preferencia del mejor argumento, fundamentando la validez de los juicios de valor en el Derecho. Como decía *Sanz del Río*, la verdad no puede deducirse trascendentalmente, pero puede obtenerse discursivamente, mediante la ampliación de la comunidad comunicativa, el Ideal de la Humanidad, y mediante la intervención de quienes participan en ella.

Acierta también *Giner de los Ríos* en el tema de las *fuentes del conocimiento* del Derecho porque, si bien antepone como fuente primera del Derecho la propia interioridad del hombre (su conciencia), entiende, al mismo tiempo, que la *razón* en que se ve transformada la *conciencia* — que «no sólo conoce el hombre a sí propio, sino que conoce también todo lo que con él se relaciona, que es *todo lo que puede conocer*»³¹ — le permite al hombre conocer el Derecho de dos maneras: «O inmediatamente, examinándolo tal como desde luego se nos ofrece y sin atender a otra cosa que a él para conocerlo, o bien de un modo mediato, cuando nos preguntamos la razón, el fundamento, el *porqué* del Derecho mismo que consideramos, como deducido de un principio superior»³². De esta forma, lo que quizá no sea asequible al individuo como conocimiento directo de Derecho o de lo justo, puede resultarle comprensible en atención al respeto de las reglas del discurso que se ha seguido y a los argumentos de pragmática trascendental que se han esgrimido en favor y en contra del juicio.

b) *El significado de la libertad en la Filosofía del Derecho de Giner de los Ríos*

La *libertad* es el segundo punto fundamental de la Filosofía del Derecho de *Giner*. La libertad es el elemento esencial de la idea del Derecho, en torno al cual giran los demás: el *orden* o *armonía* de todas las esferas jurídicas, y la *utilidad* o fin social del Derecho³³.

Giner de los Ríos entiende la libertad como *determinabilidad*, en el sentido de capacidad del individuo para acomodarse a las «circunstancias de la vida»; lo que no sería pensable «si fuese infinita y absoluta la razón»³⁴. La libertad que sirve para que el hombre realice la voluntad del Derecho es la *libertad moral*, «aquella propiedad en cuya virtud realiza el hombre el bien sin otro motivo que el bien mismo, debiendo por tanto, para calificar un acto de moral o inmoral, atenderse tan sólo a la intención del agente»³⁵. La idea de moralidad y de juricidad o utilidad no sólo no son incompatibles sino que se completan a través de la libertad.

31. GINER: *Derecho natural*, p. 10.

32. GINER: *Derecho natural*, p. 10.

33. GINER: *Derecho natural*, pp. 20 ss.

34. GINER: *Derecho natural*, p. 22.

35. GINER: *Derecho natural*, p. 23.

Para *Giner de los Ríos*, al estar dirigido el Derecho a la libertad del hombre, su carácter coactivo deberá pasar a un segundo plano, de tal forma que no puede decirse que condicione el actuar libre del hombre —para quien el Derecho es, ante todo, exigencia de su propia «inmanencia»—; y sólo se explica, en lo que el Derecho tiene de legislación *estatal* externa. Pero aun en este aspecto del Derecho «transitivo» (del Estado para el individuo), la coactividad sólo será relevante bajo dos condiciones: «que el individuo se ponga en abierta oposición a la ley», «y que sea subsanable su falta de obediencia por medio de la fuerza»; «cosas ambas que tienen lugar en el menor número de casos»^{36 37}.

Debe subrayarse, pues, una vez más, el escepticismo krausista sobre la *coactividad* del Derecho (incluido, en primer plano, el fin preventivo de la pena), que lleva a *Giner* a decir: «no puede ser considerada la coacción, por tanto, como un signo característico del Derecho, según pretenden muchos todavía»³⁸.

Si el fundamento del Derecho no es uno *coactivo* sino *normativo*, quiere decir que la *validez* dependerá de que se acierte a configurarlo de tal forma que sea aceptable («Anerkennung»), para sus destinatarios como motivo del actuar. El Derecho no se basará en la fuerza, sino en el poder de convicción de sus mandatos³⁹.

Este tema ocupó ya a los juristas-teólogos de los siglos XVI y XVII, cuando contraponían la *voluntad* del legislador a la *razón* de la norma⁴⁰;

36. GINER: *Derecho natural*, p. 28.

37. Merece la pena retener, por tratarse de un tema fundamental que desborda los límites del Derecho penal, alcanzando también a la Filosofía del Derecho y al Derecho constitucional, lo que en los textos antes citados de *Giner de los Ríos* puede leerse sobre el *delincuente por convicción*. Pues, ¿quién mejor que el delincuente por convicción se pone «en abierta oposición a la ley»?

¿Tiene sentido sancionar penalmente al delincuente por convicción? La respuesta de *Giner* es, implícitamente, negativa, pues para él si no es posible «subsana su falta de obediencia por medio de la fuerza», y por esto se caracteriza básicamente el delincuente por convicción, no debe emplearse la fuerza.

En otros casos, p. ej. frente a los terroristas, sí tendrá sentido «subsana su falta de obediencia por medio de la fuerza». Pero aun así, *Giner de los Ríos* llega a concluir que los casos en que hay que acudir a la coactividad, aunque haya habido «abierta oposición a la ley», son los menos.

En el segundo grupo de casos, el de quienes rechazan el ordenamiento jurídico en sí mismo (se puede incluso limitar la consideración de abiertos contradictores de la ley a este subgrupo, pues el auténtico delincuente por convicción, en realidad, desearía respetar la ley, pero se ve en la necesidad de infringirla por un motivo superior de conciencia y, por eso, podría sostenerse que no se colocan en abierta oposición a la ley en sentido estricto, gratuitamente) sí pasará a un primer plano el carácter coactivo del Derecho. Pero también es éste un caso excepcional, de rechazo total del ordenamiento jurídico, que confirma la regla general: La coactividad no es un rasgo característico fundamentador del Derecho.

38. GINER: *Derecho natural*, p. 29.

39. Vid. CUELLO, J.: *El fundamento normativo del Derecho penal*, en *Anuario de Derecho penal*, 1982, p. 312.

40. Precisamente cuando Alfonso de Castro escribe en su obra *La fuerza de la ley penal* (1550) (vertida al castellano por Laureano Sánchez Gallego, 1931, que se cita), se había producido ya dentro de la Escolástica la polémica sobre la esencia voluntarista o racionalista de la norma. En esta polémica se pronuncia el propio de Castro en favor de la *tesis voluntarista* acerca de la fuerza de la ley, en contra de la *tesis racionalista*, sustentada por un teólogo de la talla de Santo Tomás de Aquino, como lo refleja ya al principio de la obra, al definir el Derecho penal. «Ley es la voluntad recta del que dirige a un pueblo en nombre de éste, promulgada de palabra o por escrito, y con intención de que los súbditos queden obligados a la obediencia» (Libro I, p. 12). Tesis voluntarista que trata de equilibrar con el argumento de la razón («Claro está

y vuelve a plantearse, como una constante histórica, en el siglo XIX, en que aparece como alternativa a los planteamientos positivistas que habían llevado a entender que la voluntad sesgada del infractor sólo podía ser anulada por la fuerza intimidante de un legislador con poder coactivo, pues parecía que —superada la fase metafísica del Derecho— no existía ya asidero racional en que fundamentar el Derecho, y éste sólo podía basarse en la realización de determinados objetivos sociales. La Filosofía del Derecho krausista tiene el mérito de volver a planteamientos metafísicos acerca de la fundamentación del Derecho, producto de la tradición idealista a que claramente pertenece; pero superando —en lo fundamental— su fuerte arraigo moral, al introducir también la idea de utilidad social.

El Derecho puede traducirse en fuerza coactiva, pero sólo en última instancia. Antes de eso, adquiere validez sólo si está fundado en la racionalidad de sus exigencias y en la finalidad social (utilidad) que persigue como totalidad. Al constituir un mandato normativo *práctico*, exige entenderlo como norma de actuación en una situación determinada para sus destinatarios (todos). Sólo con estos presupuestos puede pretender el Derecho servir a una finalidad ulterior de fomento de los valores ético-sociales de acción entre sus destinatarios.

De esta manera, además, se puede plantear en el Derecho penal el problema del *conocimiento* de la validez de la norma infringida, «fundamental para la teoría de la culpabilidad, dado que un reproche de culpabilidad resulta impensable sin una norma 'válida' y sin capacidad de conocer esa 'validez'»⁴¹. De la doble vía de acceso al conocimiento del Derecho, elaborada por Karl *Binding* para el Derecho penal, conocimiento directo y actualizado de la norma objetiva o autodeducción, algunos autores han extraído, erróneamente, sus teorías acerca de la validez del derecho, que hacen descansar bien en la voluntad del legislador (heteronomía), bien en la de individuo (autonomía) (p. ej., *Laun*), irreductibles entre sí, cuando en realidad no se puede prescindir de ninguna de estas dos perspectivas para comprender cómo el Derecho puede actuar sobre la motivación humana. Como ha dicho Armin *Kaufmann*, «en lugar de la 'ciencia del legislador' y de la razón del individuo como fuentes de *conocimiento* se pone la voluntad del Estado y la voluntad individual como fuentes de la validez del Derecho. De esta manera, de las posibilidades objetivas de conocimiento, situadas unas al lado de las otras, se pasa a la oposición de heteronomía y autonomía como teorías de la validez, una oposición que no se resuelve mediante artificio alguno»⁴².

que exige prudencia del legislador para que sepa discernir lo que debe legislar»). Incluso por lo que se refiere al destinatario de la norma es la ley un acto de voluntad; pues la ley manda, prohíbe o castiga, y éstos son efectos de la ley que se refieren a la esfera de la voluntad (pp. 13, 16). Vid. NAVARRETE URIETA, J. M.ª: *Alfonso de Castro y la ley penal*, en *Revista de la Escuela de Estudios penitenciarios*, 1959, p. 1.408.

41. KAUFMANN, A.: *Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna* (trad. de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés), 1977, p. 223.

42. KAUFMANN: *Teoría de las normas*, pp. 225.

Es precisamente a través de la *segunda vía* de acceso al conocimiento del Derecho objetivo por donde penetra con toda claridad en el Derecho penal la necesidad de su *fundamento normativo*, en cuanto conciencia por parte del individuo de que la comunidad tiene que estar necesariamente reglamentada por una *voluntad común* de quienes la componen, lo que demuestra que la adquisición del conocimiento del Derecho no tiene que producirse coactivamente sino a través de un «conocimiento libre».

El Derecho es, ante todo, heteronomía, en tanto que obliga al individuo a salir de su «interioridad» y contemplar la necesidad de regulación jurídica de la vida comunitaria. Esta facultad, tan bien caracterizada en la Filosofía jurídica krausista, permite conciliar «autonomía» y «heteronomía», ya que el Derecho es sentido como necesidad interna del individuo, de sometimiento al Derecho objetivo.

En cambio, otra característica típica de la concepción del Derecho krausista, la de dar primacía a la autonomía sobre la heteronomía, puede pasar a un segundo plano, pues aunque aquella nunca puede anteponerse a ésta (p. ej. en un caso de conflicto entre la concepción subjetiva y la norma objetiva conocida), es lo cierto que, en Derecho penal, sin dicha representación subjetiva no existe responsabilidad; con lo que la tan temida contraposición, que sí representaría un grave problema, es evitada por *Giner de los Ríos*.

Cuestión distinta, y realmente necesitada de corrección en la Filosofía jurídica y Psicología krausistas, es la de que, al exigir una decisión de voluntad coloreada jurídicamente en la base de todo acto jurídicamente relevante, se cierra el paso a la posibilidad de considerar como existente una responsabilidad penal allí donde no hubo voluntad subjetiva de lesionar la norma jurídica, al tiempo que se crea el peligro de estimar la culpabilidad allí donde únicamente hubo una voluntad subjetiva de lesionar el Derecho que no se corresponde con lesión de norma objetiva alguna (*concepción subjetiva de la culpabilidad*)⁴³. Pero en ningún caso significa este «subjetivismo» una confusión entre el Derecho y la Moral.

c) *El Derecho y la Moral*

Con ello se puede pasar a un tema de la Filosofía del Derecho de *Giner de los Ríos* que permite discernir perfectamente el *orden jurídico* y el *orden moral* y evitar, así, la frecuente acusación de «eticismo» contra el krausismo⁴⁴.

Si bien la libertad del individuo es lugar común del Derecho y de la Moral —lo que obliga a hacer compatible el mandato jurídico, dirigido a la utilidad, y el destino moral del hombre— no es la Moralidad la fuente del Derecho, pues, según *Giner*, el Derecho es *independiente* de la voluntad. Antes bien, «lejos de ser un producto de la actividad humana, es una

43. *Vid. infra.*

44. *Vid. DÍAZ: Krausismo español*, pp. 94 ss. de una parte, y RIVACOBAY RIVACOBAY: *Krausismo y Derecho*, pp. 53 ss., de otra. Cfr. también, LÓPEZ CALERA, N. M.^a: *En torno al concepto de Derecho en K. Ch. Fr. KRAUSE*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1962 (n.º 2, fascículo 2), pp. 353 ss. 368 ss.

ley a que esta actividad debe acomodarse»⁴⁵. Pero, como quiera que dentro de la Moralidad (lo que el hombre debe hacer como mandato de autolegislación) entran también finalidades sociales en su favor particular y en el de los demás, existe una *Moralidad para el Derecho*, «en cuanto éste, como un bien que es en sí, debe ser también realizado por el hombre, sólo por el puro motivo de ser bien»⁴⁶. Ambas esferas, por tanto, están deslindadas, con independencia de que el Derecho tenga un sustrato ético, en el sentido de obligación moral de acatamiento interno del Derecho justo por parte del individuo⁴⁷.

IV. LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

a) *La Dogmática penal en el pensamiento de Luis Silvela*

La obra de Luis Silvela *El Derecho penal estudiado en Principios y en la Legislación vigente en España*, compuesta de dos volúmenes, publicados por primera vez en 1874 y 1878 respectivamente, es tenida por los autores españoles de forma prácticamente unánime — con independencia del valor intrínseco que se le atribuya — como el primer Tratado de Derecho penal español en sentido moderno⁴⁸.

Los caracteres que hacen de la obra de Silvela un Tratado de Derecho penal son, en primer lugar, que se ocupa a lo largo de todo el volumen primero, de definir el Derecho Penal como *ciencia*; y si bien repite prácticamente en el volumen segundo todo lo dicho en el primero acerca de la teoría del delito y de la pena, entiende los principios allí formulados y desarrollados como criterios de reflexión crítica sobre el Derecho Penal positivo. Eso le da a su obra carácter científico.

La *Ciencia del Derecho*, según Silvela, se elabora aplicando a su objeto de estudio, del que ya existe un saber «vulgar», la *Filosofía* y la *Historia*⁴⁹. El conocimiento filosófico, de un lado, aspira a lo absoluto; el histórico, en cambio, quiere captar lo concreto. El conocimiento absoluto a que aspira la Filosofía es inalcanzable directamente, y sólo cabe una aproximación al conocimiento del Derecho a través de sus diferentes manifestaciones históricas. Por eso, entre la *Filosofía del Derecho* y la *Ciencia histórica del Derecho* surge una nueva ciencia, que viene a sintetizar el ideal de la justicia y las condiciones históricas determinantes del Derecho positivo actual para perfeccionarlo⁵⁰, o *Ciencia de Derecho positivo*⁵¹.

45. GINER: *Derecho natural*, p. 30.

46. GINER: *Derecho natural*, p. 24.

47. Vid. DREIER, R.: *Recht-Moral-Ideologie*, 1981, pp. 97 s.

48. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A. Prólogo a: *Principios de Derecho penal español*, de Juan del Rosal, tomo I, 1945, p. 13.

49. SILVELA, L.: *El Derecho penal estudiado en Principios y en la Legislación vigente en España*. Primera parte, 2.ª ed., 1903 (la primer edición es de 1874), pp. 5 s.

50. SILVELA: *Principios*, I, p. 6.

51. SILVELA: *Principios*, I, p. 6.

Objeto de estudio de la *Ciencia del Derecho penal* son el delito, la pena, sus relaciones mutuas y el cumplimiento de la condena⁵². El concepto de delito, lo merecedor de punición, no lo determina el Derecho penal, sino que le viene dado de antemano; por eso se dice que la naturaleza del Derecho penal es «sancionadora»⁵³. Consustancial al concepto de delito es, también, la *intencionalidad*, al constituir el criterio con que se mide la infracción en que consiste el delito. En un doble aspecto: como intención que impulsa al sujeto a cometer el delito y como intención perseguida por el Derecho penal con la pena respecto al sujeto responsable y respecto a los demás⁵⁴.

La peculiar *naturaleza del saber jurídico*, como saber práctico, es también determinante del método para su estudio. Como Derecho *existente* es objeto de *análisis*, es decir, descomposición de los elementos que lo forman, relaciones entre ellos y conjunto que constituyen, tal como los concebimos en nuestra razón (como concepto) y como lo concibe el legislador («externamente») ⁵⁵. Mediante el método *sintético*, por su parte, se pueden deducir las consecuencias que, a través de un procedimiento lógico puro, deben derivarse de sus principios⁵⁶. El primer método (el analítico) nos proporciona nuevos conocimientos, pero ayuda a ordenar los ya existentes; por el segundo (sintético), en cambio, «llegamos a lo que nos es desconocido, sacando de los principios todas las consecuencias que son susceptibles de presentar y adquirimos, por tanto, las ideas discursivas»⁵⁷.

Los caracteres esenciales del Derecho penal como ciencia pueden resumirse en los siguientes términos:

1. El Derecho penal es una *ciencia normativa*. La Ciencia del Derecho penal es impensable sin el sujeto responsable, pues su libertad permite identificar al autor con el hecho, jurídicamente relevante, realizado. El acto aparece como meta a realizar por quien sabe hacer uso de su libertad en esa dirección. Esta apetencia de «desenvolvimiento» del bien es anterior a toda representación del premio o castigo que pueda seguir a su perpetración. El valor del acto, por tanto, no reside en el hecho externo, sino en el obrar recto; en el acto, no en sus resultados⁵⁸.

2. El Derecho penal es una *ciencia teleológica*. La voluntad que caracteriza al acto jurídicamente relevante es presupuesto u *objeto del Derecho*, en tanto que la finalidad social que se persigue con la normación de la voluntad constituye el *fin del Derecho*, trascendente al individuo actuante; por lo que la obligación de actuar u omitir no es una obligación subjetiva, sino que está al servicio de un fin social⁵⁹. El Derecho se ha cumplido

52. SILVELA: *Principios* I, p. 11.

53. SILVELA: *Principios* I, p. 19.

54. SILVELA: *Principios* I, p. 19.

55. SILVELA: *Principios* I, p. 29.

56. SILVELA: *Principios* I, p. 30.

57. SILVELA: *Principios* I, p. 30.

58. SILVELA: *Principios* I, p. 39.

59. SILVELA: *Principios* I, p. 43.

cuando: 1.º) se han dado las condiciones para que surja el deber de actuar; 2.º) el sujeto ha actuado para realizar tal fin⁶⁰.

3. El Derecho es una *ciencia valorativa*. El Derecho no se conforma con que el actuar humano se ajuste a sus mandatos, sino que penetra y valora los motivos que han llevado a la infracción cuando comprueba hechos que objetivamente (externamente), lo contravienen. El acto externo debe provenir de la libre voluntad, debiéndose fijar, a continuación, el grado en que el hecho externo se ajusta al interno (así, «el que evidentemente tuvo intención de causar lesiones leves, de las cuales, sin embargo, murió la víctima, tal vez por circunstancias casuales o por su descuido, no es homicida»⁶¹).

De otra parte, el orden jurídico, por su naturaleza, sólo puede repararse mediante la imposibilidad moral de que su infractor vuelva a atacarlo, no bastando con la privación material de su libertad. La imposibilidad moral requiere la colaboración del propio infractor, mediante la «mejora y enmienda de aquella voluntad opuesta a él (el ordenamiento jurídico), transformándola en sumisa y observante de sus leyes»⁶². El medio jurídico para ello es la pena adecuada a la esencia del Derecho, dependiente de la libre voluntad del condenado. La pena que puede servir a esta finalidad es la que coloca al culpable «en situación de que el dolor moral y el remordimiento nazcan, poniéndole en condiciones para que enmiende y reforme su conducta en lo sucesivo»⁶³. La pena, en *Silvela*, es doblemente funcional, pues sirve a una finalidad defensiva de la sociedad y a otra de resocialización del individuo; algo nunca evidenciado hasta entonces en los autores de la Escuela clásica, y de signo claramente correccionalista⁶⁴.

Tras las consideraciones hechas por Luis *Silvela* en torno a la Ciencia del Derecho penal, procede a definirlo en los siguientes términos: «Conjunto de aquellas condiciones libres, para que el Derecho que ha sido perturbado por los actos de una voluntad opuesta a él, sea restablecido y restaurado en todas las esferas y puntos a donde la violación llegó. Es el Derecho para el restablecimiento del Derecho; es la restauración del Derecho por el Derecho mismo; es una posición o situación del Derecho, o mejor el Derecho que nace y se constituye en consecuencia de una transgresión voluntaria»⁶⁵. El Estado, por su parte, es «el Derecho en estado de realización, de cumplimiento, el Derecho mismo como vivo», mediante actos voluntarios del hombre⁶⁶. El acto de decisión jurídica, y su acatamiento, se basan en la idea de justicia, y no en la voluntad arbitraria. Perturbado el orden así representado (bien de forma civil, o por error, bien conscientemente, o en forma criminal), debe ser restablecido por el perturbador mismo, la sociedad y el Estado (función judicial), anulando el

60. SILVELA: *Principios* I, p. 54.

61. SILVELA: *Principios* I, pp. 54 s.

62. SILVELA: *Principios* I, p. 58.

63. SILVELA: *Principios* I, p. 61.

64. *Vid. infra*; también: *Principios*, I, p. 63.

65. SILVELA: *Principios* I, p. 64.

66. SILVELA: *Principios* I, p. 66.

efecto negativo de la perturbación, y afirmando el Derecho en las relaciones en que ha sido desconocido⁶⁷.

b) *Valoración crítica*

Luis *Silvela* es un *positivista* que parte del Derecho actual para tratar de comprenderlo y desarrollarlo como *ciencia*. La principal labor del penalista, según *Silvela*, consiste en emplear un *método sintético* con el que deducir las consecuencias —a través de un procedimiento lógico puro— que deben derivarse de los principios del Derecho penal. Estos principios, como todo el Derecho penal, han sido establecidos por el legislador histórico, y al jurista sólo le corresponde constatarlos y ordenarlos mediante un *método analítico*. Constatado el principio, comienza la labor del penalista en orden a alcanzar *nuevos conocimientos* jurídicos.

La distinción que establece *Silvela* entre el método analítico y el método sintético es típicamente kantiana⁶⁸, y se la sugirió la lectura de los krausistas españoles. En cualquier caso, el eco que de esta metodología se hizo un jurista positivista, como *Silvela*, es su propio mérito y representa un paso importante en el estudio del Derecho penal como *ciencia*.

Para llegar hasta aquí ha sido necesaria la superación del Derecho natural y su sustitución por la Filosofía del Derecho (después Teoría del Derecho)⁶⁹, es decir, el abandono de toda consideración del Derecho desde un determinado sistema de valores incommovibles. Tal orden no existe, y de existir, no sería vinculante, como tal, para el Derecho⁷⁰. En su lugar se coloca la *Ciencia del Derecho positivo*, contrastándolo con una determinada idea de justicia —tan grata a la Filosofía krausista—, y que evoluciona con el transcurso del tiempo (*historicidad* del Derecho positivo) —no identificable con el concepto de historicidad de la Escuela histórica—⁷¹.

En cambio, la representación de que el Derecho penal tiene que partir del *sujeto responsable de sus actos* remite a un conjunto de circunstancias previas a la propia valoración jurídica, y vinculantes para el mismo legislador. La configuración del hecho delictivo como acto del hombre responsable, obliga a entender el Derecho penal como conjunto de normas encaminadas a motivar a sus destinatarios (*carácter de ciencia normativa*), en orden a un fin que trasciende el propio Derecho (*carácter de ciencia teleológica*) y que, como tal, es objeto de valoración (*carácter de ciencia valorativa*), en cuanto se comprueba si ha sido el sujeto quien, mediante su libre voluntad, ha infringido la norma.

67. SILVELA: *Principios* I, p. 69.

68. Vid. KAULBACH, F.: *Immanuel Kant*, 2.ª ed., 1983, pp. 119 ss.

69. Vid. WELZEL, H.: *Gedanken zur Begriffsgeschichte der Rechtsphilosophie*, en *Festschrift für Wilhelm Gallas* (ed. por Karl Lackner y otros), 1973, pp. 1 ss. Sobre la relación *Rechtsphilosophie-Rechtstheorie*, vid. las consideraciones críticas de KAUFMANN, A. en *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (ed. por Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer), 1977, pp. 9 ss. (con bibliografía).

70. WEISCHADEL, W.: *Wirklichkeit und Wirklichkeiten. Aufsätze und Vorträge*, 1960, pp. 230 ss.

71. Vid. GONZÁLEZ VICÉN, F.: *Deutsche und Spanische Rechtsphilosophie der Gegenwart*, 1937, pp. 19 s.

c) *Dogmática y Política criminal*

Al menos desde la publicación de la obra de Claus Roxin *Política criminal y Sistema de Derecho penal*⁷² se ha revelado la necesidad de llenar de contenido material unas categorías del Derecho penal, como las dogmáticas, que llegaron a convertirse en puras *formas* dentro de las cuales concebir el sistema de Derecho penal. Desde entonces la influencia de la Política criminal ha ido en aumento.

Ante esta situación es lógico que se cuestionen la medida en que la elaboración del sistema de Derecho penal necesita de un método dogmático y de un método político-criminal, los ámbitos abarcados por la Dogmática y la Política criminal y los distintos problemas que una y otra han de resolver en la *unidad* del sistema.

Del haz de temas que encierra tal programa es crucial responder a la pregunta sobre la necesidad de un planteamiento dogmático en la construcción del sistema penal actual; un planteamiento que se caracteriza por proporcionar los *límites* dentro de los cuales puede procederse a practicar las metas de Política criminal que se propongan (planteamiento político-criminal) en un Estado de Derecho, lo que explica su naturaleza *formal*. Pero basta pensar en las consecuencias que se derivarían de renunciar a tales límites, p. ej. el que exige respecto a la culpabilidad jurídico-penal que el sujeto cuya responsabilidad se cuestiona hubiese podido, al menos, actualizar la norma lesionada, para darse cuenta de que las categorías dogmáticas también cumplen una importante función de Política criminal, de la que constituyen *presupuestos mínimos*.

Históricamente, por otra parte, la elaboración del Derecho penal como *ciencia* arranca del estudio de esos «presupuestos mínimos» que deben respetarse a la hora de construir un sistema de Derecho penal. Luis *Silvela* va muy lejos cuando restringe el tratamiento del Derecho penal como ciencia a los principios *sintéticos* (hoy diríamos dogmáticos) que inspiran la legislación penal, pues, según él, sólo ellos permiten aumentar los conocimientos jurídicos; pero, al igual que posteriormente hará el Finalismo, acierta al distinguir los diferentes problemas y métodos a que deben someterse en Derecho penal el *ser* (del que se ocupa preferentemente la Dogmática) y la *valoración* (de la que se ocupa preferentemente la Política criminal).

La *Dogmática penal* pregunta, básicamente, por las estructuras del comportamiento sometido a responsabilidad penal. Respetadas dichas estructuras (del ser), el Derecho penal es muy libre de proceder a valorarlas conforme a las metas (de Política criminal) perseguidas en un momento dado. La *Política criminal* pregunta por las finalidades que, respetada la estructura básica del comportamiento a regular, quedan a la libertad del legislador. El legislador penal, por tanto, es soberano a la hora de seguir una u otra política criminal; pero no lo es, obviamente, a la hora de esta-

72. La primera edición alemana de la obra es de 1970 (2.ª ed., 1973). La traducción española de la primera edición alemana, a cargo de Francisco Muñoz Conde, es de 1972.

blecer que cualquier finalidad que quiera perseguir debe respetar la estructura del ser del hombre y su manera de motivarse a actuar.

A esta dualidad de problemas, los del *ser* y los de la *valoración*, subyace, a su vez, una *dualidad metódica*: Deben distinguirse aquellas preguntas que plantea la *estructura de la norma penal*, como la de qué comportamiento humano puede ser penalmente relevante (a esta pregunta es, precisamente, a la que responde la concepción finalista del delito afirmando que sólo lo será el teleológicamente dirigido, pues únicamente él puede ser objeto de normación), de la cuestión valorativa fundamental, en la que sólo es competente el legislador y, en su caso, los tribunales de justicia, acerca de si aquel comportamiento, susceptible de valoración jurídica, merece y debe ser valorado por el Derecho penal como delictivo.

De aceptarse estas premisas, la labor de la Ciencia penal será muy distinta según que se ocupe de temas relacionados con la estructura de la norma penal, o del problema de la valoración jurídica: En el primer caso, deberá dirigirse la investigación a sugerirle al legislador qué debe respetar, necesariamente, para que sus mandatos sean lógicamente coherentes. En el segundo caso, en cambio, no podrá proporcionarle criterios de estricta normación; y deberá limitarse a la tarea, más modesta si se quiere, de contrastar las decisiones *puramente* valorativas del legislador y de los tribunales de justicia con los principios del Derecho penal (fundamentalmente con la idea de los fines de la pena). Lo que, a su vez, podrá servir en el futuro al legislador y a los tribunales de justicia para orientar sus decisiones; pero nunca servirá como una regla fija que éstos deban seguir estrictamente, pues, si así fuese, la Ciencia penal se estaría arrogando competencias que no le corresponden, prejuzgando las decisiones del legislador democrático y de unos tribunales de justicia definidos constitucionalmente como independientes.

Fue, con toda seguridad, la mayor precisión del método dogmático la que llevó a *Silvela* a reservar para él la Ciencia del Derecho penal. Ello no quiere decir, sin embargo, que la Política criminal no sea una ciencia; si no lo fuese, quedaría sometida al puro decisionismo una importante parcela del sistema penal. La ciencia de la Política criminal presenta características coincidentes con lo que en otras ramas jurídicas constituye el método de aplicación del Derecho conforme a fines regulativos más complejos y abarcadores que la mera subsunción legal.

V. LA NOCIÓN DE DELITO

La obra de Francisco Giner de los Ríos «*Lecciones sumarias de Psicología*» (1874) tiene una importancia capital en la formación del concepto de «acción voluntaria» de nuestra doctrina tradicional sobre el delito. La estructura de la acción y de la conciencia moral de Giner de los Ríos va a influir en autores como Luis Silvela y Pedro Dorado Montero en unos términos tales que originarán consecuencias importantes en la Dogmática de la culpabilidad de las primeras concepciones doctrinales sobre la Teoría del delito de la Ciencia española del Derecho Penal. Silvela y Dorado Montero, con seguridad por influencia de la Psicología gineriana, a la que

citan, entienden la culpabilidad en unos términos que recuerdan mucho la concepción del Derecho penal teológico⁷³. Para ellos no hay más culpabilidad que la que tiene su origen en la violación intencional de la ley. Las consecuencias a deducir de estas premisas van a ser numerosas; la fundamental de las cuales será que Dorado Montero llegue a negar la posibilidad de incluir en un concepto de culpabilidad tan restringido la imprudencia.

Un krausista como Giner no podía comenzar el estudio de la *voluntariedad* sino desde la «conciencia moral». Mediante el acto voluntario, según Giner, el hombre «se propone el logro de un bien», guiado por la «conciencia moral», o estado del espíritu dado por el conocimiento de la ley y el poder de cumplirla⁷⁴. La conciencia moral no explica la motivación del acto concreto, ya que éste debe haber sido querido (y, por lo tanto, previamente conocido) por un motivo ajeno, externo a la conciencia, que ésta hace suyo. La conciencia lo que hace es dirigir el acto a esa meta extrínseca⁷⁵. La voluntad *racional* así formada, «obra en todo caso en vista del fin absoluto de la vida, si bien, y de todo el anterior sistema de exigencias particulares que en este fin se contienen para cada individual situación»⁷⁶. Según Giner de los Ríos⁷⁷, «el espíritu, cuando obra como propia causa de sus estados, puede hacerlo siempre en *armonía con las leyes de la actividad que emanan fundamentalmente del objeto*; consistiendo, por tanto, la plenitud de la libertad (libertad racional) en la estricta observancia de los principios objetivos de la vida».

La primera objeción que cabe hacer a Giner de los Ríos es que la representación subjetiva del «bien» varía de sujeto a sujeto y que, por tanto, sobre esa base no se puede construir un sistema jurídico (ni de ética)⁷⁸. Su teoría, en este punto, es una *subjetivista*, que obliga a seguir criterios también subjetivos acerca de lo justo y de lo injusto absolutamente inviables. Para Giner, p. ej., no cabría distinguir entre la tentativa inidónea de delito y el delito putativo en el ámbito de los delitos de omisión impropia. Para él, tan autor sería quien yerra sobre las circunstancias que le obligan a ejercer su posición de garante, correctamente apreciada por él, como quien, erróneamente también, ha creído que existía para él un deber de garante inexistente. Sin embargo, mientras que el primer caso contiene una tentativa idónea (punible), en el segundo la omisión es penalmente irrelevante pues, como dice Armin Kaufmann, «la errónea suposición de los presupuestos de que nace el deber no puede suplir la ausencia del fundamento objetivo de su nacimiento»⁷⁹. Un médico, según Giner,

73. Vid. CUELLO CONTRERAS, J.: *La influencia de la Teología en el Derecho penal de la culpabilidad*, en *Homenaje a Antonio Beristain*, 1989 (en prensa).

74. GINER, F.: *Lecciones sumarias de Psicología*, 1.ª ed., 1874, 2.ª ed., 1878, p. 211, citado según: *Obras completas*, vol. IV, 1920.

75. GINER: *Psicología*, p. 212.

76. GINER: *Psicología*, pp. 218 s.

77. GINER: *Psicología*, pp. 212 s.

78. Vid. D. BIRNBACHER en Dieter Birnbacher y Norbert Hoerster (eds.), *Texte zur Ethik*, 2.ª ed., 1978, p. 271.

79. KAUFMANN, A.: *Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad* (trad. de Joaquín Cuello Contreras), en ADP 1984, p. 14.

no actuará imprudentemente respecto a la muerte de su paciente si está convencido de que, en contra de lo que opinan los restantes médicos, su tratamiento es el mejor y salvará al paciente, pues, con Günter Jakobs, diría que él no pudo prever un fatal desenlace. De esta forma, su comportamiento sería *conforme a Derecho*, al convertirse tal previsibilidad subjetiva en criterio de conformidad o no a Derecho, de conformidad o no a cuidado. La norma, sin embargo, no depende, en su existencia, de que el destinatario compruebe en cada caso si su infracción producirá la lesión del bien jurídico; por eso, tal incapacidad por parte del sujeto no excluye la infracción de la norma⁸⁰.

Una segunda objeción se dirige contra la «idea de bien» en Giner, que éste interpreta como idea absoluta, objetiva. El bien no es concebible en estos términos, y, aunque lo fuera, no sería accesible al hombre⁸¹. Lo que, en definitiva, busca Giner de los Ríos es un criterio de bondad, algo que justifique por qué hacer A es mejor que hacer B, y cree que para ello existe en el hombre una posibilidad de estimar que A es bueno y mejor que B. Ahora bien, según este punto de vista, unido al subjetivismo ya denunciado y criticado, no cabe *comunicación humana*, principio fundamental del Derecho natural gineriano⁸²; pues si alguien llegase a un juicio moral o jurídico al que valorar como bueno en sí mismo, y no se preocupase de buscar razones compartidas por todos acerca de la bondad de su juicio (lo que ya supone el abandono del subjetivismo), sería imposible realizar el ideal de validez jurídica que aparecía en sus *Principios de Derecho natural*.

Si se entiende lo sustentado en las *Lecciones de Psicología* no en un sentido *fuerte* (según el cual es ilícito lo que el infractor tenga por tal), sino en un sentido *débil* (según el cual basta la representación subjetiva del ilícito, aunque los hechos no coincidan con tal valoración subjetiva, para que exista o no infracción), se salvará el ideal de validez del Derecho, pero seguiremos padeciendo los defectos del *subjetivismo* que hace un momento se denunciaba y ejemplificaba.

Lo que falta en la Psicología de Giner de los Ríos es un *presupuesto ontológico* que le impida incurrir en los excesos del subjetivismo: Es la totalidad de la persona la implicada en hechos relevantes ética y jurídicamente; pero se trata de proyectar la personalidad sobre una realidad heterónoma, externa y objetiva. El mandato jurídico, o de ética social, remite siempre a una norma objetiva de conducta ontológicamente arraigada, es decir, que obliga a omitir o actuar en orden a mantener o transformar la realidad exterior; que exige, por tanto, de sus destinatarios contemplar y actuar *sobre* la realidad. Que ello no excluya posibles responsabilidades en casos donde la representación subjetiva de los hechos no coincide plenamente con su discurrir objetivo, tal como lo demuestra, en Derecho

80. KAUFMANN, A.: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert* (ed. por Gerhard Dornseifer y otros), 1982, pp. 166 s.

81. KAUFMANN, A.: *Strafrechtsdogmatik*, p. 286.

82. *Vid. supra*.

penal, la punición de la llamada «tentativa imposible», no debe ser confundido, como hace en definitiva Giner de los Ríos, con la noción subjetiva de lo ilícito, impune porque no se da la más mínima representación de la norma (objetiva) que obliga a actuar de una determinada manera⁸³. Por eso, también la doctrina del *injusto personal* parte de un concepto objetivo de la *antijuricidad*.

Una posición extrema de la tesis psicologista de Giner de los Ríos es la de Dorado Montero (*La Psicología criminal en nuestro Derecho legislado, 1910*), para quien el concepto de *voluntariedad* del CP descansaría fundamentalmente sobre el elemento subjetivo; lo que le lleva a negar carácter delictivo de la *imprudencia*, pese a que acierta en la exigencia de un elemento objetivo, o «dañosidad social», pues, según él, si no ha concurrido una voluntad, también dañada, de lesión, lo que no ocurre en la *imprudencia*, no habrá delito⁸⁴. De esta forma se cierra la posibilidad de deducir una responsabilidad penal en aquellos casos donde el autor sí se representó la posibilidad del «daño» y, con ello, la posibilidad de lesionar (objetivamente) el Derecho (*antijuricidad*). Estas circunstancias, conocidas por el autor, no sólo son, en la concepción actualmente dominante sobre el delito, presupuesto ontológico de toda responsabilidad penal (dolosa o imprudente) sino, al mismo tiempo, en algunos casos, el posible fundamento de la *culpabilidad* de su autor, cuando éste se ha podido motivar, a través del conocimiento de tales circunstancias, para actualizar la norma que está infringiendo⁸⁵.

Las teorías del delito de Luis Silvela y de Pedro Dorado Montero fallan en el ya aludido presupuesto ontológico-objetivo. La una por defecto, al entender la *voluntariedad* del delito como puro concepto normativo que lleva al ya clásico «¡Puedes porque debes!», y da lugar a una especie de «falacia normativa» que pretende extraer un *ser* de un *deber ser*; lo que no permite explicar determinados aspectos del dogma de la culpabilidad jurídico-penal y desemboca en presunciones como, p. ej., la que se deriva de considerar que todo acto que infringe una norma jurídica que el autor conoce, permite estimar la culpabilidad también en lo que se refiere a la otra norma, también lesionada, desconocida por él, sin consideración ulterior acerca de si, efectivamente, tuvo la posibilidad de comprobar que infringía la segunda norma⁸⁶. La segunda, en cambio, por exceso, al exigir de la responsabilidad penal algo más que la realización del hecho delictivo por quien pudo motivarse a evitarlo, suponiendo, más bien, una voluntad éticamente coloreada (de influencia psicológica gineriana) *dirigida* a la lesión intencional del ordenamiento jurídico, lo que le impide estimar punible el comportamiento imprudente⁸⁷.

83. KAUFMANN, A.: *Strafrechtsdogmatik*, p. 161.

84. DORADO MONTERO: *Psicología criminal*, 2.ª ed., 1910, p. 46.

85. En contra, sin embargo, HORN, E.: *Verbotssirrtum und Vorwerfbarkeit*, 1969, p. 140, que, en este aspecto, coincide con quienes entendían que la culpabilidad requería una voluntad directa de lesionar el Derecho.

86. SILVELA, L.: *El Derecho penal estudiado en Principios y en la Legislación vigente en España*, vol. I, 2.ª ed., 1903, p. 129.

87. DORADO MONTERO: *Psicología criminal*, p. 251.

Si se contemplan estas posiciones doctrinales desde la evolución dogmática en que se insertan, se observará su lógica interna, una lógica que se caracteriza por partir de la premisa de que la lesión del Derecho exige *intención* de lesionarlo. De esta forma, toda posible responsabilidad penal deberá apoyarse en la lesión *voluntaria* de alguna norma, la que sea, como se ve obligado a concluir Silvela; pues, al cerrarse el paso a cualquier consideración sobre las circunstancias que pueden dar origen a la concreción de una norma jurídica de omitir o de actuar (*antijuricidad*), y su correspondiente actualización por parte del autor (*culpabilidad*), la llamada a la fidelidad al Derecho siempre deberá proceder del mismo Derecho, y no de la realidad; siempre será heteronomía, nunca autonomía. Por eso concluye Silvela que la única forma de atribuir al autor la lesión de una norma que desconoce se fundamentará en otra que sí conoció y entre cuyas consecuencias se encuentra la de evitar el resultado producido.

Esta doctrina sobre la culpabilidad de nuestra Ciencia penal es consecuencia de los planteamientos psicologistas de Giner de los Ríos, en cuya obra no está suficientemente considerado el hecho de que la *voluntad*, para ser relevante jurídicamente, debe ir referida a la realidad, para cuyo mantenimiento o modificación promulga el legislador sus mandatos. El infractor no es que deba querer (o no querer) infringir el Derecho, sino que debe querer modificar la realidad en el sentido en que el Derecho no lo desea (o, al revés, en el delito de omisión). Es dicha representación de los hechos, de donde surge el deber de omitir o actuar, la que deberá llevar al autor a la actualización de la norma que le prohíbe, o exige, actuar en tal situación. Cuando se da tal situación, cabrá la posibilidad de estimar la culpabilidad allí donde el autor no llegó a actualizar la norma infringida, pudiéndolo haber hecho. Entonces no hará falta acudir a la ficción de Silvela, de que se ha querido lesionar el Derecho, pues bastará con comprobar que hubo capacidad de actualizar la lesión, es decir, capacidad de motivación. Sólo posteriormente, con la moderna concepción del delito, y su construcción en tres escalones, iniciada por Ernst Beling y, en seguida, introducida en España por Luis Jiménez de Asúa (1931), se resolverían los problemas que ni Silvela ni Dorado Montero pudieron resolver; especialmente con el nuevo elemento de la *tipicidad*, donde se recoge el comportamiento que el Derecho no quiere que tenga lugar (*dirigido* a la lesión del bien jurídico: delito doloso, o *dirigido* a su puesta en peligro: delito imprudente), que si el Derecho no lo autoriza (excepcionalmente) resulta *antijurídico*, y, si el autor pudo evitarlo, *culpable*.

VI. LOS FINES DE LA PENA

En el libro cuarto del volumen I de *El Derecho penal estudiado en Principios y en la Legislación vigente en España* (1874), estudia Silvela la relación entre el delito y la pena, temática a la que este autor presta particular atención, en línea con el fuerte sentido correccionalista de los krauistas alemanes y españoles (Röder, Giner de los Ríos), quienes entendían que las escuelas anteriores disociaban, erróneamente, ambos elementos de

la Justicia penal⁸⁸. «No cabe, en efecto, aislar por entero cosas que tienen entre sí un enlace necesario, y menos cuando una de ellas encuentra en la otra su razón: por esto, para fijar, por ejemplo, lo que es el castigo, no se ha podido prescindir de traer a la memoria lo que es el delito»⁸⁹.

Delito y pena son conceptos necesariamente complementarios. La relación entre ambas categorías no es sólo *cuantitativa*, aunque debe serlo en el sentido de la «proporcionalidad» («tal como sea el delito, tal ha de ser la pena»), ni pura exigencia «retributiva» («quien dejó de cumplir o se opuso al cumplimiento de un precepto para él moralmente obligatorio, debe sufrir el castigo o las consecuencias de su falta»). «Esto no basta», concluye Silvela⁸⁹.

La pena deber ser, primero y ante todo, *reconciliación*, restablecimiento de la paz quebrantada entre el delincuente y la sociedad; concepto éste que abarca, a la vez, la idea de retribución moral y corrección. «La pena, como reacción contra la injusticia, no puede ser un procedimiento *puramente material*, sino ético, como es la falta, y consistiendo ésta en haberse determinado el agente contra el Derecho por actos de su libre voluntad, el castigo deberá proponerse necesariamente rectificar la intención viciada y corrompida, sin lo cual, no sería la restauración de la misma índole y carácter que fue el quebrantamiento»⁹⁰.

Las teorías puramente prevencionistas («impedir los daños futuros»), resocializadoras («obrar sólo por contemplación del Bien») y retributivas («pura retorsión») son teorías «materiales», según Silvela, porque no van a las raíces del delito, sino que se conforman con fines extrínsecos («materiales») al propio delincuente. En cambio, los auténticos fines de la pena son «la defensa y tutela que reclama el Estado y que conviene y aprovecha al mismo criminal», los cuales, como resulta evidente, no contienen en sí una formulación diferente de las anteriores teorías, a no ser en la forma en que los entiende y, sobre todo, en la medida en que ambos fines están entrelazados.

Así, «es lo primero ('defensa y tutela del Estado'), porque cuando existe entre la pena y el delito la relación que venimos señalando, reaparece, por de pronto, la tranquilidad en la sociedad entera, que sabe que no se infringen impunemente sus leyes, y que los actos de perturbación que lamenta no se repetirán, al menos por el mismo culpable, a quien faltan los medios para ello. El reo, sin embargo, es colocado en la situación y sometido al régimen jurídico que podía pretender y cuando por este procedimiento se alcanza la enmienda del pecador, se ha elevado enteramente

88. Los correccionalistas denuncian, ante todo, frente a las restantes teorías de la pena, que contemplan al infractor como si se tratara de dos personas distintas, como un ser escindido: Una primera como infractor, sin más; ya sea quien ha lesionado el Derecho o la Moralidad y debe reparar el daño causado de los retribucionistas, ya sea el futuro infractor que debe ser motivado mediante el escarmiento propio o ajeno de la prevención especial y general. Y una segunda, donde el infractor ya ha sido condenado y resulta abandonado por las doctrinas criticadas; de esta segunda perspectiva es de la que quiere ocuparse el Correccionalismo por encima de todo.

89. SILVELA: *Principios*, I, p. 304.

90. SILVELA: *Principios*, I, p. 305.

el fin del castigo, y entonces se completa la seguridad y confianza en el Estado»⁹¹. Ciertamente, alienta aquí un argumento defensorista, que sería injusto obviar; sin embargo, lo significativo es por qué camino pretende Silvela obtener este objetivo: Mediante la corrección del delincuente; pues sólo de esa forma puede garantizarse que se ha alcanzado la finalidad personalista de la pena, es decir, la reconciliación entre la sociedad agredida-punitiva y el delincuente agresor-necesitado de cauces de reconciliación. Rasgo, éste, el más significativo del Correccionalismo.

«Es lo segundo [‘tutela del propio criminal’], porque la privación de la libertad o franquicia de que no se supo usar se presenta, a no dudarlo, como uno de los más eficaces medios de conseguir que algún día llegue a emplearse rectamente cuando la conciencia diga, como no puede menos, que la pena ha sido merecida y justa. El bien que se gozaba, por propia culpa perdido, se apetece con el deseo de lo que ya se conoce y que se aprecia mejor que cuando se poseía. Y no de otra manera procede todo tutor o todo el que intenta educar: de manera que aquí como siempre resplandece la armonía de la justicia en los varios procesos y formas de su desenvolvimiento, porque se ve que la pena más correccional es al propio tiempo la más tranquilizadora»⁹². También aquí se parte de un presupuesto netamente culpabilista («el bien que se gozaba por propia culpa perdido»), que da entrada a una función retributiva de la pena («la pena ha sido merecida y justa»). Pero lo importante de la aportación correccionalista es que da un paso más, ya que, partiendo de ese presupuesto, exige que se dirija la pena a una auténtica reconstrucción reconciliadora del hecho delictivo, como cuestión de estricta justicia («resplandece la armonía de la justicia en los varios procesos y formas de su desenvolvimiento»); y añade un último párrafo muy significativo: «porque se ve que la pena más correccional es al propio tiempo la más tranquilizadora», que no sólo pretende conectar esta finalidad de la pena con la anterior («defensa y tutela del Estado»), sino que, además, obliga al Estado y a la sociedad a cuanto sea necesario de su parte para coadyuvar al ideal resocializador.

De esto último dan cuenta algunas consideraciones sueltas que hace Silvela sobre la determinación de la pena. Así, p. ej., que no sólo debe atenderse a la «naturaleza del delito» y a la «perversidad que resulta», sino también «a la forma en que se ha llevado a cabo» (lo que no debe confundirse con los medios delictivos, que se engloban en la «naturaleza del delito») «y por la causa o razón que reconoce como origen»⁹³; «la intensión de la perversidad que se ha mostrado y la capacidad del sujeto para sufrir la pena y experimentar sus efectos saludables»⁹⁴. Circunstancias, en fin, que medidas con posterioridad al juicio de atribución culpabilista, sirvan en una segunda fase del proceso de ejecución de la Justicia penal, de reconstrucción del proceso criminalizador; algo muy distinto, pues, a la idea resocializadora de adaptación social o meramente jurídica.

91. SILVELA: *Principios*, I, pp. 305 ss.

92. SILVELA: *Principios*, I, pp. 308.

93. SILVELA: *Principios*, I, p. 308.

94. SILVELA: *Principios*, I, p. 310 s.

Aquí de lo que se trata, con mucho mejor criterio, es de colaborar para reconstruir lo llevado a cabo por parte de individuos libres y autorresponsables; y no de despojar al infractor de dicha capacidad de autodeterminación, programándolo hacia el futuro⁹⁵.

Con un gran sentido de la realidad, y por una elemental medida de prudencia, se ve *Silvela* en la necesidad de defender la pena correccional frente a posibles argumentos defensistas. La pena correccional («la enmienda del delincuente», «necesaria para la restauración completa del Derecho destruido por el crimen, sin lo cual no puede renacer la tranquilidad y el sosiego perdido»)⁹⁶ es el mejor medio de prevención y defensa. De esta forma sale al paso de posibles objeciones frente al Correccionalismo (*Silvela* piensa que, si bien la pena correccional puede ser, en opinión de muchos, la más adecuada para el infractor, podría chocar con ideas prevencionistas y retribucionistas muy arraigadas en la sociedad).

Por eso, recuerda que la pena correccional implica «padecimiento»: «un estado pasivo en el cual se ve con razón menguarse las franquicias y libertades de que se gozaba antes y de las que ha demostrado que no sabe hacer un uso legítimo»; y que, además, obliga a imponer coactivamente la ejecución de ciertos actos que, si bien obligatorios para todo hombre, los practica siempre en la vida ordinaria de un modo espontáneo, tales como el trabajo, la instrucción y la educación⁹⁷.

En toda esta problemática está implicada la cuestión de cómo armonizar principios antagónicos como los de *terapia* (sólo pensable en libertad) y *dominio* (inseparable de la pena), que tanto dificulta la resocialización. Pero lo importante es destacar, con *Silvela*, que ni el defensismo ni el pesimismo deben enturbiar el ideal representado por la corrección.

Precisamente sobre las razones del supuesto «fracaso» del ideal resocializador ilustra el propio *Silvela*, en unos términos que incluso hoy pueden ser muy esclarecedores, pues, ¿no se exagera la nota del «dominio» para encubrir, en el fondo, que lo cuestionado es, más bien, la posibilidad de llevar hasta sus últimas consecuencias el ideal, porque se temen sus repercusiones sociales? Las siguientes palabras de *Silvela* reflejan muy bien este malestar⁹⁸:

«Cuando el castigo se presenta tan sólo como el medio de *cumplir ante todo su derecho al criminal*, se manifiesta una tendencia quizás no muy justa a que el estado en que la pena coloca a quien la sufre, sea muy preferible y bastante más grato que el que disfrutaban gran parte de los ciudadanos que jamás delinquieron. Parece entonces que se presenta al criminal como una

95. En el sentido expuesto hasta ahora debe entenderse el ideal correccionalista tal como lo resume el propio *Silvela* (*Principios*, I, p. 310): «Cuando, atentamente recogidos y con cuidado exquisito apreciados, se toman en cuenta, el castigo justo no resultaba una idealidad abstracta, sino una realidad concreta que responde a la del caso individual que el juez tiene a la vista, determinándose lo que hemos llamado responsabilidad objetiva y subjetiva *in concreto*. La pena entonces es también concreta, esto es *personal* o justa para un delincuente dado, injusta quizás, por desproporcionada, por otro, aunque autor, al parecer, de un crimen enteramente idéntico».

96. SILVELA: *Principios*, I, p. 319.

97. SILVELA: *Principios*, I, p. 319.

98. SILVELA: *Principios*, I, p. 320.

víctima de la injusticia de su siglo y de su época, que no le dio las condiciones necesarias y a que tenía derecho para no verse en la triste precisión de ser un malvado; y el castigo parece quedar reducido a educarle, pero sin el menor padecimiento y la menor molestia, y a corregirlo, pero no por la privación, sino prestándole los medios de que la sociedad le privó con injusticia, como dando tierras que cultivar, instrumentos de trabajo, riqueza al ladrón, un puesto en Poder al sedicioso, etc. Entendida de esta manera la pena, no sólo es un Bien, sino además un beneficio: no es ya un saludable sufrimiento, sino un agradable trato, pudiendo decirse con justicia que el mejor y más seguro medio de merecer los dones y las liberalidades del Estado es atacar el orden jurídico sobre que se apoya».

¿Con qué finalidad pronuncia Silvela estas palabras? Sin duda estas palabras acusan ya una influencia positivista que se comienza a notar, en su versión antropológica y sociológica, y que Silvela conoce muy bien. El condicionamiento social del delito, atribúyasele mayor o menor grado, es evidente, y Silvela así lo expone. Ahora bien, ¿en qué sentido?, ¿en un sentido crítico? Parece que no. En realidad, todo el texto es, mejor, una *crítica social*. Lo que Silvela dice, con una buena dosis de ironía, es que existen prejuicios sociales que pueden dificultar, hasta el límite de hacerla inviable, la pena correccional que él patrocina. Por eso repite una y otra vez que ni la misma pena correccional se sustrae a la privación de derechos y libertades del infractor; y ello en atención tanto a las víctimas del delito como a «los restantes miembros de la sociedad jurídica», «el mal ejemplo y la alarma» (pero siempre con sentido crítico: «tal vez exagerada» —la alarma—), «las saludables consecuencias que se dice podrán venir de imponer un castigo más duro y cruel que el que reclama la perversidad intrínseca del hecho», de que tanto hacen gala los «sistemas de defensa preventivos y utilitarios».

De esta forma se reafirma Silvela en el ideal tutelar, reforzándolo, y, además, destruyendo y reflejando la vileza que pueden llevar inherente esos otros sistemas que se oponen. «La prevención de ulteriores delitos por parte de quien todavía no ha faltado a la ley, por ventajosa que parezca, no puede ser el fin de la punición», es la respuesta de Silvela.

«El sosiego y la confianza que la sociedad siente cuando se ha cumplido el castigo impuesto debe resultar sin buscarse directamente —según hemos repetidamente sentado— sin que el hombre se convierta en simple medio, en objeto del Derecho y el delito en mero pretexto de intimidación y escarmiento. Precisamente lo que ha rectificado algún tanto el sentido del Derecho penal, lo que separa profundamente las legislaciones antiguas de las modernas, y lo que ha de llevar a ulteriores y preciosos adelantos, es el mirar la pena desde el punto de vista del que ha de sufrirla. Por eso se abolieron los castigos infamantes, los atroces y crueles, los que no eran personales, los que desmoralizaban al reo por su naturaleza o por el modo de cumplirse, y por este camino finalmente, ha de llegar a reconocerse el castigo justo como tutela; pero como tutela penal o punitiva».

Este hermoso texto correccionalista de Silvela⁹⁹ revoluciona el pensamiento de la *prevención especial*. En primer lugar, porque desplaza la con-

99. SILVELA: *Principios*, I, p. 321.

sideración de la sociedad punitiva (disfrazada de resocialización) al propio infractor: No es la sociedad quien debe resocializar, sino el propio delincuente quien ha de resocializarse desde su libertad; para ello es preciso que la sociedad punitiva restrinja cada vez más su intervención en nombre de la resocialización. En segundo lugar, también el significado de la pena como castigo justo se desplaza de la sociedad punitiva al propio infractor: El es quien, ante todo, debe entender, como una necesidad el hecho de su punición. En tercer lugar, la sociedad punitiva no debe autootorgarse la facultad de utilizar la pena como medio de prevención general: La justicia penal debe contemplar el hecho delictivo como lesión del orden jurídico, pero no «potenciarlo» para «reconvertirlo» en fin del Derecho penal. Todo lo cual explica que una sociedad «civilizada» no debe plantearse como objetivo inmediato del Derecho penal la «desaparición» del delito (prevención general), sino que, más bien, ésta debe ser consecuencia de un Derecho penal justo, es decir, orientado a la pena justa y a *posibilitar* la auto-resocialización del delincuente.

Luis *Silvela* es, así, precursor de concepciones penales muy modernas; hasta el punto de que puede afirmarse, sin exagerar, que si el Derecho penal de hoy descansa fundamentalmente sobre los principios de *prevención de la lesión de bienes jurídicos* por medio de la pena ajustada a la *culpabilidad por el hecho*, y resocializador, es nuestro autor el primer ensayista español que intenta su difícil armonización; habiendo obtenido resultados bastante positivos en esta línea (si se sabe depurar su pensamiento —tributario, como todo pensamiento, de las concepciones de su época— de algunas incorrecciones), y un estímulo para seguir profundizando en su esclarecimiento y aplicación.

