

Posibles consecuencias penales del existencialismo

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES
Fiscal de Audiencia

La filosofía existencial, que en sus diversos y a veces contradictorios matices y nomenclaturas va paulatinamente adueñándose de vastos sectores del pensamiento y sentir mundiales en nuestro tiempo, ejerciendo su influjo más o menos difuso, lo mismo desde las más altas cimas de lo metafísico que desde los tablados teatrales, es asimismo susceptible de una estimativa en lo jurídico. La tiene indubitadamente en la filosofía del Derecho, con singular florecimiento en el mundo hispánico, donde se alínean en la órbita existencial nombres tan insignes como los de Recaséns Siches, Cossío, Legaz, Herrera, Aftalión y Elías de Tejada, por no citar sino los más conocidos entre nosotros. Pero no se trata aquí de suscitar el tema, demasiado amplio y fuera de lugar, del existencialismo jusfilosófico, ni siquiera de su interesante faceta en torno al normativismo en sus puntos de contacto y choque con el kelsenismo, asunto sobradamente debatido aunque no totalmente aclarado. Voy a intentar meramente poner de relieve algunas de sus eventuales consecuencias en el acotado terreno de lo penal, en el que, sin duda alguna, caben también proyecciones de su sistema todavía no suficientemente destacadas, aunque en parte claramente latentes en la sensibilidad de nuestra época y en la dogmática jurídico-penal más reciente.

Por lo pronto, el existencialismo afecta inmediatamente a las ciencias jurídicas, y a las penales muy en particular, por lo que tiene de absoluta reivindicación de lo humano, siendo como es, antes que nada, un nuevo y radical humanismo. En él, la Existencia, el *Dasein* de Heidegger, es el hombre real, «ser-para-sí», como suprema verdad ontológica. Este antropocentrismo cardinal, aislado en su angustia al modo ateo de Heidegger o de Sartre, o bien estructurado jerárquicamente en un teocentrismo a la manera existencial cristiana de Gabriel Marcel y Zubiri, incita a la estimativa máxima de la subjetividad en un sentido creador de superalbedrío, en que «el hombre se crea a sí mismo en su personalidad».

La toma de posición de la filosofía existencial respecto a los problemas del hombre y su libertad no pueden ser más nuevos y

contradictorios con la actitud positivista, tan profundamente infiltrada en el Derecho penal de las últimas décadas hasta la denominada paz o tregua de las escuelas. En este sentido sería injusto regatear al existencialismo su alto valor humanista, incluso en su más radical representación, la de J. P. Sartre, que es quien con mayor evidencia ha resaltado hasta el caos del paroxismo la noción de la íntima libertad del hombre. Libertad que, por otra parte, no está limitada a la del acto voluntario intelectualizado, al modo del tomismo o del cartesianismo, sino que comprende, o pretende comprender, las profundidades del ser regidas por la pasión y aun por la patología. Sartre, en efecto, osa rechazar la especie de maniqueísmo, que estriba, según él, en presentar las luchas entre la voluntad y la pasión, siendo una y otra atributos típicos de la integridad humana existencial (1). Bien es verdad que el propio autor exagera y deforma de modo peligroso tales conceptos, originariamente aceptables y hasta valiosos, haciendo al hombre absolutamente responsable de todo, incluso del mundo y las cosas circundantes y de su propia existencia. De igual manera sublimiza aún más desorbitadamente la noción de la humana libertad en la trágica paradoja del aislamiento en que «vivir es escoger en cada instante, sin esperanza de liberarse de esta obligación y sin poder ser libre sin cesar de ser libre» (2). Con lo cual resulta el contrasentido de que el antideterminismo inicial del sartrismo puede abocar prácticamente a consecuencias de idéntico fatalismo que éste, en la conocida crítica del padre Ismael Quiles (3). Mas no tratándose aquí de valorar la ontología sartriana ni su valor logístico, sino una posible utilización de sus conceptos en lo penal, es claro que su sentido de responsabilidad y libertad, bien que desorbitados en lo metafísico y hasta en lo lógico, resultan sustancialmente aprovechables en nuestra dogmática. En un tiempo como el inmediatamente pasado, en el que por influjo de la predeterminación positivista todo tendía y todos parecían conjurarse a negar la noción de responsabilidad y aun con mayor saña, si cabe, la de libertad, desplazándolas del hombre como persona a conceptos ultrapersonales de herencia, medio, raza o sociedad, el hecho de que pronto se ose afirmar la plenitud de la responsabilidad basada en la libertad, no puede por menos de resultar sintomático y acarrear inmediatas y trascendentales consecuencias jurídicas. Estas no han sido aún puestas suficientemente de relieve en los círculos filosóficos ortodoxos del existencialismo; antes bien, en los más extremos, como el sartrismo, los resultados han sido, al menos hasta ahora, culturalmente contraproducentes, al derivar el caótico nihilismo que en el mismo han puesto de manifiesto sus críticos católicos, como el ya citado P. Quiles, Troisfon-

(1) SARTRE, *L'être et le néant*, París, 1943, pág. 521.

(2) Ob. cit., pág. 515.

(3) I. QUILES, S. J., *Sartre, el existencialismo del absurdo*, Madrid, 1949, pág. 75, nota, y 113 y ss.

taine y aun los marxistas como Jean Kanapa (4). Adrede he hecho más concreta referencia al extremismo sartriano por representar la faceta más radical y, por decirlo así, caricaturesca del existencialismo, pero también por afectar más directamente a la temática penal. En efecto, al llevar a la escena o a la novela situaciones criminalmente valorables, se hace más fácil la aplicación de módulos jurídicos, cosa harto más ardua en Kierkegaard, Heidegger o Jaspers, que solamente se movieron en las altas cumbres de la especulación mística o metafísica, poco aptas naturalmente para tal labor. Por lo mismo sólo en la obra teatral de Gabriel Marcel o en la novelística de Sartre, cumbres del existencialismo francés en su doble modalidad católica y acatólica, se proyectan en la conducta humana real las tesis puras de tal filosofía, posibilitando consecuencias prácticas apenas esbozadas todavía en la que comienza a denominarse, un poco abusivamente aún, «moral de la ambigüedad» expuesta en Francia por Simone de Beauvoir en libro especial así titulado (5). Defiende en él al existencialismo de la común mácula que se le hace de radical pesimismo y valora como integralmente optimista, no sin razón, la conclusión de reconocer al hombre como «dueño soberano de sus destinos». Este, según De Beauvoir, no es en el existencialismo naturalmente bueno ni malo, puesto que previamente el hombre no es nada, siendo él mismo quien luego se hace bueno o malo según que atienda a su libertad o la niegue.

La situación del eje axiológico en la plenitud de la libertad, erigida así en fundamento capital y hasta único de todos los valores, ofrece evidentes riesgos, antes que ningún otro el de desvalorizar dicho bien a fuerza de prodigarlo, como observa juiciosamente Gabriel Marcel. Pero la tan repetida como mal comprendida frase sartriana de hallarse el hombre «condenado irremisiblemente a ser libre», puede ser interpretada en un sentido de utilidad moral que destruya su real o aparente regusto de paradoja. La condena o precisión de ser libre puede referirse al acto preciso de escoger, limitándose a no admitir la libertad de no hacerlo; lo cual admite ya ciertos puntos de contacto posibles y deseables con la noción de libre arbitrio tradicional, que en Heidegger se encaminaba más directamente y con mayor peligro al fatalismo pesimista y místico de «la libertad hacia la muerte» (*Freiheit zum Tode*) (6). La libertad como propiedad metafísica, encuadrada por el existencialismo francés sartriano o marceliano en la elección, ofrece harto más ciertas posibilidades de expansión ética, y, por tanto, jurídica, que el heideggeriano, no pareciendo demasiado difícil buscarle remotos entronques con el voluntarismo agustiniano.

(4) KANAPA, *L'existentialisme n'est pas un humanisme*, París, 1947.

(5) S. DE BEAUVOIR, *La morale de l'ambigüité. L'existencialisme et la sagesse des nations*, París-Nagel, 1948.

(6) HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 1-ed. 1947, pág. 266.

Es una opinión demasiado difundida y errónea, como tesis general, la de considerar al existencialismo como encerrado inevitablemente en el callejón nihilista del subjetivismo absoluto, incapacitado de relacionarse con el mundo exterior, lo que, como es natural, le incapacitaría totalmente para toda tentativa de valoración jurídica, haciendo hasta absurda la mera expresión de filosofía del Derecho existencial. La objeción sería, todo lo más, válida tan sólo para ciertas posiciones primitivas del existencialismo, como la mística de Kierkegaard, y aun para el intransigente subjetivismo incomunicable de Jaspers, que habla con absoluto desprecio de la objetividad como «aniquilamiento de la existencia» (7). Pero lo cierto es que, hoy por hoy, semejante postura resulta ciertamente minoritaria en la escuela, considerada ésta en toda su inmensa amplitud actual, donde va siendo por doquier superada. Lo está ya, en primer término, por el propio Heidegger en su copiosa aunque fragmentaria obra posterior a *Sein und Zeit.*, contribución previa a su futura *Ética* aún no compuesta pero ya atisbable en sus grandes líneas. Así, en uno de sus últimos escritos, titulado precisamente *Sobre el humanismo* (8), en el que confiesa expresamente la incomunicabilidad del Ser, «que no es roca, ni animal, ni máquina, ni ángel, ni Dios», sino que se define lapidariamente con la frase preñada de augurios *Das Sein ist das Nächste* («el Ser es lo Próximo»), indicando plétora de posibilidades de interrelación y objetivación ulteriormente desarrollables. Antes y con mayor claridad que en Heidegger, todo esto fué posible en su genial anticipación española del raciovitalismo de Ortega y Gasset, que en la interacción constante del hombre y las cosas ha logrado dar origen al florecimiento de un auténtico jusfilosofismo existencial en las ya mentadas direcciones hispánicas de ambos lados del Atlántico.

Queda como ciertamente indeleble la tacha de finitud y contingencia que hacen al existencialismo por el lado tomista De Waeh lens, Kuiper, Urdanoz y tantos otros (9). Censura que, por otra parte, tiene más de definición que de otra cosa, pues la filosofía existencial siempre ha confesado su dimensión antropológica y jamás alentó pretensiones de perennidad. Inserta a sabiendas en los cauces relativistas del culturalismo e historicismo esta cualidad de finitud es especialmente visible en sus facetas prácticas, que son precisamente las que al Derecho interesan.

Con esos presurosos datos previos son múltiples las enseñanzas que en la esfera jurídicopenal pueden extraerse del complejo filosófico existencialista. Sin pretensiones de erigir aún una nueva sis-

(7) JASPER, *Philosophie*, 1932, t. II, pág. 347.

(8) HEIDEGGER, *Ueber den Humanismus*, Frankfurt - Klostermann, 1947, pág. 20.

(9) DE WAEHLENS, *La filosofía de Martín Heidegger*, Madrid, CSIC, 1945, y P. URDANOZ, *Boletín de filosofía existencial*, en «Ciencia tomista», julio-septiembre 1946.

temática penal sobre tal plataforma ideológica, labor demasiado ardua y sin duda prematura, cabe sólo hacer algunas consideraciones, necesariamente fragmentarias a tan interesante como complejo tema. En él es menester todavía una aclaración previa de suma importancia: la de que no es siempre lícito interpretar los parentescos ideales con efectivos influjos conscientes y directos de la filosofía existencialista sobre el Derecho penal, lo que únicamente acaece en casos excepcionales y confesados, como en Erik Wolf y en Edmundo Mezger. Las propinquidades observadas en otros muchos responden más bien a situaciones culturales y postulados ideológicos afines, propios de un tiempo y clima filosófico común, bien que de procedencias escolares a veces diversísimas. Se ha exagerado, quizá, al decir que el existencialismo sea una filosofía de crisis, aunque es verdad, sin duda, que su auge coincide singularmente con la crisis de tantas y tantas cosas tenidas hace pocas docenas de años como inmovibles, tales como la Ciencia, la Razón, la supremacía de Europa y de la raza blanca... sin contar con los graves quebrantos de matiz cultural, político o económico, tan decisivos en el orden jurídico. En un tiempo en el que hasta la Matemática y la Física han dejado de ser absolutas y que el átomo mismo ha sido disgregado, el relativismo, finitud y contingencia del existencialismo es natural que no escandalicen demasiado; es sintomática su cálida acogida por las nuevas generaciones, muy especialmente en el ámbito del Derecho, donde con más retórica que fortuna ha pretendido mantenerse la vana ilusión de perennidad.

La transmutación de valores de lo absoluto a lo relativo y, en definitiva, a la escala inevitable del hombre, repercute en lo penal en innumerables aspectos. En primer término, en un correlativo reblandecimiento de la rigidez del normativismo y en su humanización progresiva, como la llevan a cabo en el kelsenismo sus superaciones recanseniana y egológica. En seguida, y como consecuencia de ello, la suplantación definitiva de las concepciones positivistas por las ontológicas, abominándose de las abstracciones y, antes que nada, de la ficción jurídica, tan cara a los antiguos, de la «voluntad del legislador» en la ley. A esta noción típicamente positivista se la pretende reemplazar por la ontológica de la Justicia, valor de lo espiritual existencial y como tal encuadrable en una situación cultural histórica, relativa, sí, pero vital y concreta.

Un Derecho penal idealística y racionalísticamente estructurado, como el que soñaron a la par, aunque en perspectivas técnicas antagónicas, los clásicos y los positivistas, es una pura quimera, probándolo hasta la saciedad las vacuas traducciones de cuerpos legales, meritísimos en sí, pero inadaptados y, por ende, letra muerta, al contacto con realidades existenciales extrañas. No significa lo dicho, en modo alguno, un puro y simple retorno a un cerrado nacionalismo jurídico enquistado en vernáculos tradiciones, pues la anquilosis puede surgir tanto en lo temporal como en

lo espacial. Si artificio censurable es, en efecto, trasplantar inconsideradamente un ordenamiento jurídico de un pueblo a otro, con sensibilidad y cultura antagónicas, no menos lo es el pretender realizar o mantener tradiciones muertas en absurdo alarde de arqueología legal. Lo que importa de veras es ubicar correctamente lo jurídico en lo cultural, pudiendo muy bien serlo en el sentido propugnado en Alemania por M. E. Mayer ya en 1903 con su famosa distinción de *Rechtsnormen* y *Kulturnormen*, como base de la antijuridicidad, adoptada en España por Jiménez de Asúa como preferible a las otras duales distinciones de Binding, Kelsen o Cosío. La visión existencial del Derecho refuerza estos puntos de vista tan acordes con el relativismo culturalista que informa todo su pensamiento.

Coincide también el existencialismo jurídico, y esto es todavía más grave, con la noción historicista del «sentimiento popular» como fuente o al menos como condición de la vitalidad del Derecho, y muy especialmente del penal, que es el que más inmediato contacto guarda con la vida. Noción ciertamente desacreditada por los excesos a que la condujo el nacionalismo alemán al erigirla en categoría de mito, pero que, en verdad, es bien anterior y posterior a dicho régimen, por reposar sobre una realidad insobornable que nada tiene que ver con una política determinada: la de que el Derecho, para ser vivo y viable, precisa el consenso espiritual de la comunidad viviente en que está llamado a aplicarse, sin lo cual está fatalmente abocado a convertirse en letra muerta o en imposición tiránica y arbitraria. La idea, pues, tiene más bien conexión con una ideología democrática o populista que no con la fascista, bien que ésta haya podido utilizarla abusivamente para sus propios fines. En todo caso, parece evidente que una ley penal desacorde con la realidad cultural existencial pierde gran parte o toda su eficacia, como lo prueban, entre infinidad de ejemplos, el antiguo de la represión del duelo y, en tiempos bien recientes, la legislación punitiva en materia de abastecimientos. Y es que el clima éticopsicológico de un pueblo, sus prejuicios inclusive (quizá éstos con mayor relevancia que sus razones), constituye la circunstancia del «estar en el mundo» el Derecho, sin lo cual el mismo queda en vana abstracción. Veamos, por vía de ejemplo positivo y concreto, el artículo 431, número 2.º, de nuestro vigente Código penal, que pena como delito de escándalo público «los que cooperen o protejan la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España, participando de los beneficios de este tráfico o haciendo de él modo de vivir». Pese a la meridiana claridad de la norma legal, que tipifica sin género de duda, como criminal todo lenocinio, la prostitución persiste a ciencia y paciencia de todo el mundo, haciendo baldío un precepto que no ritma con la circunstancia éticocultural del momento vivo y real. Otro tanto pudiera decirse de los juegos ilícitos del artículo 349, en que la ilicitud y crimosidad de los mismos está constantemente determinada no tanto por normas legales como

por las consuetudinarias existenciales en cada tiempo, lugar y ocasión. Los ejemplos pudieran multiplicarse con la mayor facilidad a lo largo del Código y más aún de las leyes especiales.

El poder de los imponderables éticopsicológicos de la comunidad popular no implica, sin embargo, la repulsa del derecho racionalista y legal, ni tampoco un retorno imposible a formas bien superadas de consuetudinarismo anacrónico. Indica meramente, o debe indicar, que la normatividad racionalista debe atemperarse a la vitalista existencial dominante.

Ya se dijo antes, asimismo, que el relativismo no debe suponer tampoco un encastillamiento en las tradiciones de un nacionalismo angosto, tan en pugna con las corrientes internacionalistas que tan marcadamente se observan en lo penal como en otras esferas del Derecho. En este interesante extremo, en el que la postura existencialista pudiera ser censurada de retrógrada, se acuerda también correctamente con las últimas realidades del jusinternacionalismo, las de su regionalidad. Fracasados por racionalistas e ilusorios los más sabios y bellos ordenamientos de ambición íntegramente internacional-mundial, los de la Sociedad de las Naciones primero, y en vías de fracasar los de la O. N. U., la tónica más en boga parece ser la de lo regional, engastado en bloques cultural e históricamente afines; dentro de ellos, el panamericano, el hispanoamericano, el soviético, el islámico y tantos más, existe margen más que suficiente para que el Derecho penal y los demás derechos irradien más allá de sus tradicionales fronteras, pero equidistando del arcaísmo nacionalista y del utopismo mundial.

Conexa con la cuestión examinada se halla la todavía más ardua de la valoración judicial de la norma, esto es, de la posible pugna entre el Juez, «ley que habla,» y la ley «magistrado mudo». Su más apasionante *punctus pruriens* es el de la analogía que, conforme a una estricta lógica existencialista, es forzoso confesar que sería preferible, por lo que tiene de viva, a la rigidez de la norma deshumanizada encarnada en la ley. En esta materia, empero, creo no caben transacciones, por ser el dogmatismo de la legalidad un postulado cultural insoslayable en nuestra circunstancia occidental. No lo es en otras, como la del mundo soviético, pero ello no obliga a que por exigencias de lógica filosófica haya de abandonarse el legalismo, y eso aunque se consiguiera probar que el mismo es antifilosófico e ilógico, constituyendo tan sólo un prejuicio sentimental liberal o burgués. El existencialismo respeta los prejuicios cuando existen genuinamente y son operantes, y el del legalismo lo es sobre manera por servir al bien supremo de nuestra civilización que es el de la libertad, al que han de ceder todas las consideraciones, incluso las de pretendido abolengo racional y lógico.

Pero una vez salvaguardado el dogma de la legalidad, imprescindible por las consideraciones dichas, queda todavía margen suficiente al existencialismo para actuar en la aplicación del Derecho,

especialmente en el cauce del arbitrio judicial amplio y humano que hoy ya nadie discute como requisito elemental para una justicia penal individualizada, que vale tanto como decir «existencializada». Es mérito, aunque discutido, de la joven escuela egológica argentina la construcción del llamado, algo exageradamente quizá «derecho judicial», en el que destacaron los primates del movimiento Carlos Cossío (10) y el penalista Enrique R. Aftalion (11). Tal teoría se encaja a la perfección en el existencialismo jurídico al sustituir la creación viva por la abstracción racionalista, automática y mecánica. Según ella, el Juez no se limita a aplicar la norma legal para resolver los conflictos vivos planteados, sino que cumple una efectiva creación del derecho positivo en cada caso que juzga. Todo ello es consecuencia del hallazgo cossiano del delito como «conducta humana valorada jurídicamente», lo que se realiza por vivencias psicológicas del juzgador más que por la algebraica mecánica de los códigos. Es, en suma, la subjetivización de la filosofía de los valores, a los que se niega, con harta razón, una mágica realidad objetiva; supone, pues, una como humanización de la lógica formal kelseniana, de la que el egologismo nació y que ha tratado de superar en el terreno siempre sugestivo, aunque a veces peligroso, de lo existencial. Y digo peligroso por lo que la teóricamente correcta doctrina del «derecho judicial», significa o puede significar en torno al ya mentado e indeclinable dogmatismo de la legalidad de delitos y penas. Aunque fuese científicamente cierta, sería menester rechazarla por colisionar con valores superiores a los de mera científicidad y aun de la veracidad, como es el de la libertad. Creo, sin embargo, que tan lamentable contingencia de colisión es evitable, valiendo, pues, lo dicho en un terreno afortunadamente hipotético. Por lo mismo me parecen un tanto exagerados los rudos ataques dirigidos en este terreno al egologismo por Sebastián Soler (12) y Jiménez de Asúa (13), bien que explicables por su celo en defender principios liberales arriesgados, quizá, pero no destruidos en este apasionante trance, que de modo tan radical y lamentable divide a la intelectualidad argentina. Cierto es que la Revolución francesa fué la creadora del legalismo penal al destruir radicalmente el arbitrio judicial haciendo real el aforismo famoso de que *optima lex quod minimum arbitrium judici relinquit*; pero lo dicho valió tan sólo para una etapa histórica ya superada, que puede, a su vez, acarrear otros males tan perniciosos como los que se trataron de evitar y se evitaron, efectivamente, un día. Son dichos males los del automatismo penal, que han tratado de sortear con varia fortuna todos los códigos posteriores al original de la Convención, tan rígido

(10) C. COSSÍO, *El Derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires-Kraft, 1945.

(11) E. R. AFTALIÓN, *Crítica del saber de los juristas*, La Plata, 1951.

(12) S. SOLER, *Los valores jurídicos*, Buenos Aires, 1948.

(13) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, 1951, t. II, párr. 547.

como inhumano. Las esencias liberales y las de la realidad de una justicia existencial viva y humana pueden ser salvadas en un arbitrio judicial suficientemente regulado y distanciado por igual de la arbitrariedad y del mecanicismo; ejemplos como el del admirable Código federal suizo son buena prueba de ello.

La calidad viviente del Derecho surge en la vida racional y sentimental a la vez, siendo la norma un supuesto que ha de atemperarse en el oportuno juicio la necesidad suprema de hacer Justicia, la realidad ontológica del Derecho como estimativa (Del Vecchio, Castán). Esto no es ni debe ser la demolición de la dogmática de legalidad, pues el Juez jamás podrá por sí crear un delito, como en la sistemática nazi y soviética, aunque sí podrá y deberá valorar, en cada caso concreto y vivo, la calidad criminal o no de la conducta humana que se somete a su juicio, contrastándola con los patrones suministrados por la norma preestablecida. Por tal operación axiológica suprema, dicha norma se vivifica en el hombre de carne y hueso que ante él se sienta en el banquillo de los acusados.

Sin entrar de lleno en el tema, sugestivo pero demasiado amplio, del derecho judicial, relativizado y existencializado como queda dicho, importa advertir, una vez más, que es injusta su pretendida filiación totalitaria, como asimismo injusto que la legalidad escrita suponga siempre una ideología democrática. Esto fué verdad una vez en Francia, pero no lo es para siempre en el orbe. En Inglaterra, como en los Estados Unidos, el derecho judicial ha sido, por el contrario, una de las más firmes salvaguardias de la democracia. Pero si se prefieren ejemplos menos extraños a nuestra realidad hispánica, vease en nuestra historia cómo en la Castilla medieval, liberal «tierra sin leyes, país de derecho libre» (en frase de Galo Sánchez), las «fazañas», como la *Common Law* inglesa referida a casos concretos, fué sustituida por el absolutismo romanizante y cesarista de Alfonso X el Sabio (14). En el Prólogo de las Partidas y en el Fuero Real, el monarca autoritario se pronuncia contra la práctica liberal castellana de «fallar pleitos a ventura y voluntad», condenando «fazañas» y albedríos e imponiendo las presuntas venturas de la ley escrita con el tesón de un legista jacobino, hasta reducir al juez al mero papel de un autómatas aplicador de los reales designios escritos. ¿Dónde está en estos y otros casos la regresión y dónde el progreso? ¿Cómo se sirve mejor los decisivos intereses del derecho ontológico, esto es, de la Justicia? Difícil es decirlo y probablemente toda respuesta sería susceptible de inmediatos mentís que la historia aporta a cada momento. La Justicia puede ser atropellada, lo ha sido y lo será, sin duda, de innumerables maneras, y entre ellas no han sido las menos frecuentes las de leyes escritas y positivísimas, desde los edictos ne-

(14) GALO SÁNCHEZ: *Para la historia del antiguo derecho territorial castellano*, en «Anuario de Historia del Derecho español», 1929, VI.

ronianos a las ordenanzas racistas de Nuremberga. Dificilísimo sería hacer el catálogo y balance de las injusticias perpetradas por las leyes y las achacables al arbitrio judicial, en el fondo casi siempre parejas. Quede por recordar que en la sabiduría griega, la teogonía de Hesiodo y los homéridas caracterizó a *Dike*, la Justicia, como «decisión judicial», que fué su pristina semántica (15).

Conviene añadir, en este caso del «derecho judicial» y en otros muchos en que se pretende combatir por motivos de ideología política, a las nuevas doctrinas, que la mayoría de las críticas resultan tan generosas como ingenuas. Justiprecian demasiado alto el papel, harto modesto en realidad, del Derecho penal, atribuyéndole gratuita y megalomaniacamente virtudes de las que carece en la épica lucha de la defensa de las humanas libertades. La verdad es que el destino de éstas se fragua, por ventura o desgracia, en muy otros campos que los de la inocente dogmática; con o sin leyes positivas estrictas, con o sin arbitrio judicial, pueden perderse o ganarse, como la historia de cada día obviamente nos enseña. Dejemos, pues, libre el campo para esta en el fondo inocente diversión erudita, «sin perjuicio de tercero», sin necesidad de acudir a tópicos políticos que desvirtúan y agrían innecesariamente las cuestiones científicas.

Otro tanto de lo dicho puede repetirse en torno a la tan discutida problemática del delito como conducta, igualmente apreciable en una filosofía jurídica de tipo existencial y motejada, asimismo, de riesgos y concomitancias totalitarias. Creo que quepa en ella, sin embargo, una interpretación existencial que no hiera la dogmática tradicional del sector legalista, salvaguardando la integridad de la teoría del delito. En el fondo se trata, en gran parte al menos, de una aprensión léxica, por haber sido éste definido como total, sin que ello deba hacer referencia, ni por mientes, al totalitarismo político. Arrumbó el nacionalsocialismo, entre tantas otras cosas, el encauce legalista del delito, con confesados escrúpulos de tecnicismo y propósitos de superar el positivismo, el jurídico en general y no precisamente el penal, que, como es sabido, nunca fué normativista, sino todo lo contrario, excesivamente preocupado por el factor subjetivo. En la mejor concepción del «delito total» o de conjunto, la formulada por Mezger (16), el unitarismo afecta a los conceptos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, pero no a la emancipación de la norma, como acaeció en las teorías extremistas de Kiel, por cuanto que, al fin y al cabo, lo típico se define en la normatividad positiva, y lo injusto penal como la antijuridicidad tipificada. En la persistencia del analismo a ultranza corriase riesgo de deshumanizar en compartimentos estancos un he-

(15) RÜMELIN: *Ueber die Idee der Gerechtigkeit*, en «Reden und Aufsätze», Friburgo, 1881.

(16) MEZGER: *Die Straftat als Ganzes*, en «Zeitschrift f. d. ges. Strw», LVII, y más aún en las ulteriores ediciones, tanto del *Lehrbuch* como del *Grundriss*.

cho tan esencialmente humano como es el delito, no faltando razón en este extremo a las críticas dirigidas por Antolisei contra las excesivas sutilezas de la ciencia penal germánica y sus corifeos de la italiana (17). En materia tan delicada y exquisita toda precaución es poca y toda postura exclusivista parece llamada a la ruina, como lo estaría una química que pretendiera trabajar exclusivamente sobre análisis o sobre síntesis. En la estimativa del delito, y concretamente en la definitiva que es la judicial, el Juzgador se ve compelido a realizar inevitablemente la doble labor de analizar «cada una» de las normas posibles y «cada uno» de los actos realizados que se le someten, pero luego sintetizarlos en la valoración de la sentencia, en la que el derecho racional se encarna misteriosamente en el vivo. No veo que en estas operaciones haya nada que vulnere la dogmática tradicional, ni por lo tanto motivo serio para apasionadas repulsas ni para presuntuosas invenciones, injustificadas unas y otras. El analismo es, ante todo, un instrumento de trabajo, como con claridad ha visto Del Rosal (18), que ni puede ni debe ser menospreciado para la síntesis ulterior, sin que ello implique jerarquía ni menos aún motivo de absurdo partidismo.

Profundizando un poco en lo antedicho, resulta que hay un delito, o si se quiere, un Derecho penal racionalmente estructurado en la ley, que crea *ex nihilo* la infracción querida en abstracto. Pero junto a él hay otro, o mejor dicho, una segunda faceta del Derecho, la judicial-existencial que recrea o crea al ejercer su función juzgadora, pero ya no de la nada, como el legislador, sino con el material positivo que se le otorga y al que está vinculado. En el salto de una a otra vertiente del Derecho se halla en esencia toda la nueva doctrina de lo judicial-existencial y, al mismo tiempo, del delito como conducta; nueva, como se ve, sólo en la manera técnica de enfocar un problema que, en rigor, es viejo como el mundo.

Nullum crimen sine lege, el dogma de la legalidad, de que no hay delito sin tipicidad, está incorporado más bien a un acervo cultural que a un tecnicismo determinado, pero esta realidad no impide otra muy digna también de tenerse en cuenta, la de que la tipicidad no crea el delito aunque le haga necesariamente posible. Para que el mismo surja hace falta, «además», un acto humano antijurídico y una culpabilidad, nociones que se refieren no ya a valores racionales-logísticos de norma, sino a otros humanos y vitales que responden mejor al concepto de conducta. Pues a mi modo de ver, la idea de delito como «conducta penalmente tipificada», no tiene por qué excluir nunca la culpabilidad. Intégrase más bien en el binomio «conducta-tipo», y lo que hace es permanecer como flotante por encima de tales realidades racionales de

(17) ANTOLISEI: *Lo studio analitico del evento*, en «Problemi penali odierni», Milán-Giuffrè, 1938.

(18) DEL ROSAL: *Principios de Derecho penal español*, t. II, vol. I, página 409.

hecho hasta descender y aplicarse en vida al apreciarla el Juez en su función decisiva de síntesis antes explicada. Esquemmatizando lo dicho cabe concebir el elemento tipicidad como aportado por el legislador («hecho-norma», pues), mientras que la conducta sería el acto conscientemente antijurídico («hecho concreto») comprobado por el poder ejecutivo y el judicial. Y operando la conjunción de ambos factores indispensables, pero ya fuera de lo fáctico y en plena dimensión ontológica del valor, la adscripción de la culpabilidad, que es la creación última del derecho judicial. Es este el alcance que cabe dar y no otro al enfoque de la teoría del delito como un todo, tan censurada con razón a los penalistas de Kiel y con alguna menos a los de La Plata. La coincidencia entre ambos, como Aftalión confiesa (19), radica solamente en la oposición a la concepción analítica, que los alemanes hicieron por política antiliberal, pero que los argentinos compatibilizan con ésta, no existiendo razón alguna fundamental que en verdad lo impida. Sin insistir más en los términos, a menudo demasiado penosos, de la querrela entre analistas y sintetistas, pienso que la teoría más arriba esbozada puede ser un punto de contacto y quizá de reconciliación. El confusionismo, que es el supremo mal que al sintetismo egológico atribuye Del Rosal, por la dificultad de diferenciar la antijuridicidad y la culpabilidad con la consiguiente imposibilidad de centrar la función específica de la seguridad jurídica (20) y el totalitarismo antiliberal que recela Asúa (21), pudieran evitarse reconociendo esa técnica doble, la analítica propia del legislador al estructurar la norma *ex novo* y la sintética total realizada por el Juez en el momento existencialmente decisivo de juzgar la conducta humana, que es por naturaleza compleja y total. Lo que supondría, en definitiva, el desideratum de «el análisis al servicio de la síntesis», propugnado por el último de los profesores citados con frase certera y dinámica.

El «delito como conducta» es una expresión cuyo cuño pertenece al mismo género de ideas sintéticas tan reprochadas por mal entendidas o voluntariamente tergiversadas con propósitos de polémica de escuela. Quiere o debe querer decir, para ser inocua, una mera coincidencia del acto material tipificado con una voluntariedad antijurídica y culpable, latentes al menos y prestas a la tarea axiológica del Juzgador. Es, en consecuencia, una noción más propia del derecho judicial que del normativo legal, por cuanto que despinza ya en ella un comienzo de estimativa existencial ante una realidad viva, que no ante una hipótesis abstracta. La ley contempla, en efecto, supuestos de acciones u omisiones en un plano de abstracción casi silogístico: «el que matare a otro», «el

(19) AFTALIÓN: *Delito, tipicidad y analogía*, en «La Ley», Buenos Aires, 21 de septiembre de 1945; *La escuela penal técnico-jurídica*, 1952.

(20) DEL ROSAL: *Ob. cit.*, págs. 411 y ss. *Una crítica de la doctrina estructuralistas argentina*, en «Rev. de estudios penales», Valladolid, t. III.

(21) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ob. cit.*, t. III, págs. 274 y ss.

que sustrajere cosa ajena»... Sin embargo, es claro que los actos en sí no son «todavía» delitos hasta no ir acompañados de otros elementos psíquicos y jurídicos que les completan y dan definitiva relevancia, es decir, cuando son «conducta». El veredugo que «mata a otro» o el agente que secuestra un bien ajeno, no viven conductas criminales aunque sus actos objetivamente lo parezcan.

La continua alusión a conductas y a lo vivo no presupone en modo alguno una deserción del racionalismo hacia las penumbras, siempre temerosas de lo irracional. Son falsas o tendenciosas las aseveraciones que acusan al existencialismo de irracionalista, a no ser que se tenga de dicha filosofía una visión caricaturesca valedera tan sólo para sus facetas místicas de Kierkegaard largo tiempo superadas. La realidad suprema de lo vital, para serlo entrañable y plenamente, requiere la conjunción cierta de lo racional y lo irracional, siendo tan absurdo, en el fondo, y hasta antivital, el prescindir de una u otra categoría, igualmente humanas y operantes. Así lo ha entendido la más certera y profunda versión del existencialismo, la hispana del raciovitalismo orteguiano. El binomio «racionalismo-irracionalismo» es otro presunto dualismo a superar, que mucho mejor que en las entelequias del acto se supera en la real concepción de la conducta. Esta es la que atrae hacia sí la materialidad del obrar en una determinada situación humana, por lo cual Mezger ha podido recientemente definir lapidariamente «el obrar como conducta humana» (*Handeln ist menschliches Verhalten*), ni más ni menos que eso, añade, dando así la más exacta réplica a las preguntas sobre el contenido real de los conceptos penales de la acción (22).

Otra cuestión ya puramente técnicopenal surgida en torno a la doctrina del «delito conducta» es la de su presunto «naturalismo», afirmado en su sentido claramente peyorativo por Welzel, que hace de ello serio reproche a las nuevas valoraciones mezgerianas. Todo depende, en definitiva, del sentido y alcance que se dé al término naturalismo, no tan nefando en sí como Welzel pretende. En todo caso, si por naturalismo se expresa la mera causalidad mecanicista, al modo de Litz, como Welzel parece indicar en sus críticas, no hay razón para aplicarlo con justicia a la visión integralista del delito-conducta y a la estimativa penal como juicio de valor. Pueden, pues, aceptarse las censuras de Welzel contra el naturalismo liztiano, pero no contra el mezgeriano, ni siquiera contra el naturalismo en general. Con esto sucede algo muy similar a lo que acaba de decirse respecto al racionalismo e irracionalismo. Es un viejo prejuicio el de oponer gratuitamente lo natural a lo humano como si el hombre real no estuviere irremediabilmente inmerso en la naturaleza aun en su doble condición somática y espiritual, pues tan natural es lo corporal como la anímico. Así entendido el problema, parece más fácil también la comprensión más amplia del fi-

(22) MEZGER: *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlin-Munich-Ducker, 1950, pág. 12.

nalismo de Welzel, que es otra realidad existencial proyectada en el ámbito de lo espiritual. La *finale Handlung*, en efecto, no es otra cosa que la acción idealmente dinamizada, esto es, conducta humana penalmente valorable. Que ello sea aún más claro en la idea finalista de Maurach, como común a los delitos dolosos y culposos (23), que en la original del maestro de Göttingen harto más discriminatoria, es otro asunto en el que no hay posibilidad de entrar ahora y que desborda el tema propuesto (24).

En la esfera de lo puramente ontológico contamos ya con una construcción sistemática existencialista de lo penal, debida a la poderosa dialéctica del Profesor Mezger, fundamentada por él en la sentencia y su valor como «ser espiritual» y objeto de toda ontología. He aquí las tres capas o estratos en que cabe, según el maestro, caracterizar al Ser (25):

a) El Ser esencial de los valores (*das essentielle Sein der Werte*), es decir, aquel ser espiritual que para el Derecho culmina siempre en la Justicia.

b) El Ser normativo de las valoraciones de la ley positiva (*das normative Sein der Wertungen des positiven Gesetzes*), que como deber (*Sollen*) se implica en el mundo esencial de los valores (el del inciso anterior), pero como deber existencial pertenece, empero, a la realidad de la existencia (el del siguiente).

c) El Ser existencial de la realidad (*das existentielle Sein der Wirklichkeit*), en el mundo anímico-corporal, al que afecta el Derecho en su forma positiva.

A cada una de las precitadas esferas o capas del Ser (*a*, *b* y *c*) corresponden otras tantas categorías o formas gnoseológicas. La categoría de la finalidad corresponde, según eso, a los estratos espirituales y normativos *a*) y *b*), y la de causalidad al de la realidad existencial positiva del *c*).

Sin entrar en pormenores del desarrollo lógico que en la dogmática de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad sugiere la nueva escala existencial mezgeriana, por lo demás perfectamente llevada a cabo en su libro, es posible señalar como cúspide de su valor filosófico la decisiva referencia a la esencia óntica de la Justicia, hacia el que todo el Derecho gravita. Consecuencia que, en plano existencial forzosamente relativista y coordinada con nuestra cultura presente (y de ahí el enlace con la profunda doctrina del culturalismo de Mayer), significa un firme retorno hacia el espiritualismo tras los rodeos y deserciones del pseudocientifismo de las últimas décadas. Es, en todo evento, un golpe decisivo contra el falso realismo del positivismo, que no era en rigor más que

(23) MAURACH: *Grundriss des Strafrechts; Allg. Teil*, 1948, pág. 29.

(24) En el finalismo de MAURACH hallamos otra concreta aproximación a lo existencial, incluso en lo terminológico, al definir la acción (*Handlung*) como «conducta dominada por la voluntad» (*vom Willen beherrschtes Verhalten*), en ob. y loc. cit., pág. 47.

(25) MEZGER: *Moderne Wege*, cit., pág. 8.

nominalismo puro en el sentido histórico-filosófico del vocablo, ya que negaba realidad y calificaba de mero «nomen» la noción ontológica de Justicia.

Inútil resaltar las varias y trascendentales consecuencias del aludido viraje en el orto de las ciencias penales, que vuelven a nutrirse otra vez en las savias ideales de que tanto tiempo estuvieron privadas. Por no citar sino la básica de todas, baste hacer mención de la que fundamenta el *jus puniendi* en una idea de Justicia primordialmente retributiva, sobre el postulado espiritual de la responsabilidad. Por donde, a través de casi un siglo de ruinas y estériles discusiones de secta, la novísima y revolucionaria filosofía existencialista viene a alumbrar su antorcha en la ya casi extinta chispa del clasicismo y de la tradición más ancestral.

¡Reacción y oscurantismo!, se exclamará por algunos, y otra vez el sambenito del totalitarismo y fascismo recaerá sobre la naciente doctrina, aunque no sea culpa suya que, por razón de inevitable solidaridad con su tiempo, se vea forzada a coincidencias absolutamente recusables en otros terrenos. Que el nazismo usase de argumentos de retribución para sus propios fines, por lo demás, como en seguida se verá, rigurosamente positivistas y ultrapragmáticos, no es motivo suficiente para abominar sin más de una realidad que, por otro lado, es consubstancial a nuestra cultura occidental y susceptible de aplicaciones de altísima espiritualidad; también se usan sus autopistas y sus experiencias atómicas, sin escrúpulo alguno a la ilegitimidad de su origen y abusos con ellas perpetrados. En todo caso, desvincular del Derecho, y más todavía del penal, la noción de Justicia, es una aberración de que fueron precisamente responsables en mayor grado los positivistas en la teoría y los nacionalsocialistas en la práctica. En ambos, por descontento, signo evidente de barbarie, estimando este término en su exacta semántica histórica, a lo griego, de ideología o comportamiento extraño a una realidad cultural dada, precisamente la grecolatina-cristiana, profundamente imbuída de ideas de justicia retributiva. Pudo ésta ser predicada también por los juristas de Kiel, pero la verdad es que el Derecho penal hitleriano operó siempre bajo postulados en todo ajenos a ella y en la línea diametralmente opuesta del utilitarismo más desenfrenado. Culminó éste en aquella confesión ultrapragmática de lo justo: «lo que aprovecha al pueblo alemán» y otras bárbaras herejías de sabor netamente positivista darwiniano traducido por Nietzsche, como la selección racial, la lucha por la vida, el triunfo de los fuertes y la eliminación de los débiles, en ninguno de los cuales hay posibilidad de encajar una idea limpia de retribución. ¿Qué pudo haber de ideología retributiva, por ejemplo, en las medidas de exterminio del pueblo judío, que no respondían a una culpa previa, sino exclusivamente a una finalidad práctica y programática? En cambio, derrocado el régimen nazi, hay ciertamente un clarísimo triunfo de un postulado de retribución cien por cien en las ejecuciones de Nuremberga,

sin que nadie haya osado, sin embargo, acusar de nacionalsocialistas a los jueces del Tribunal Internacional que las pronunciara.

Pero dejando lo episódico para retornar a las puras cimas de la doctrina, vemos también cómo va adueñándose la idea de Justicia retributiva en las más claras mentes científicas de la trasguerra. Por no citar, por no ser necesario, los maestros de siempre adictos a la ideología básica del clasicismo, como los Cuello Calón o los Mánzini, y referirme nada más que a los de última hora y de renombre universal, voy a limitarme, sin propósitos exhaustivos, a los más significativos, bien que haya muchos más caracterizables como adeptos de la precitada teoría, que no osen, sin embargo, decir su nombre. No será esta vez, creo yo, por empacho de totalitariomanía, pues por encima de todas las pretendidas concomitancias superficiales, la doctrina de la retribución constituye una de las más firmes salvaguardas del liberalismo y de la dogmática legalista al hacer de la pena una consecuencia necesaria del delito en rigurosa perspectiva de *post facto*. Deshace así el retribucionismo la técnica de la punición preventiva, por consideraciones de peligrosidad o mero voluntarismo, que éstas sí que son verdaderamente recusables como totalitarias y antiliberales.

No quiere decirse con lo anteriormente sentado que el retribucionismo sea un descubrimiento, ni siquiera un tecnicismo propio de la filosofía existencial. Lo que hay entre ambas concepciones no es más que simples puntos de contacto, casuales con toda seguridad en la mayoría de los casos, pero que delatan ciertas afinidades electivas muy propias de la sensibilidad y cultura de nuestro momento histórico y que explican extrañas coincidencias con pasados más o menos remotos. En estos sincronismos acaece aquí también, como en otras ocasiones, simpatías históricas con los abuelos más allá del cadáver de los padres, sin que ello presuponga un propósito de restauración escolástica. Es lo sucedido con las concomitancias, por lo demás casi siempre más aparentes que reales, de lo existencial jurídico y el clasicismo, acordés sobre todo en la postura de oposición neta al positivismo. Acerca de la *ratio essendi* de la punición, esta escuela sustentó filosóficamente una finalidad pragmática, *ut ne peccetur*, sirviéndose para ello de todos los procedimientos «científicos» presuntamente aptos para semejante propósito, sin consideración alguna al módulo espiritual y humano de responsabilidad y culpa que sus primates gustaron de menospreciar, hasta sustituirlo Ferri por la idea de responsabilidad social. Que en la pura teoría se entreverasen tópicos humanitarios y sentimentales, de que fueron extremos paradigmas los de Dorado Montero en España y de Lanza en Italia, no significa otra cosa que una desviación, por así decirlo, romántica del positivismo en espíritus exquisitamente generosos; pero su lógica plena, de utilitarismo y defensa social integrales, con la descarnada brutalidad que el determinismo darwiniano implicó, la hallamos verdaderamente en la teoría de Garófalo y en la práctica última de las cá-

maras de gas nazis y «purgas» soviéticas. Y es que, ante la ola de científica barbarie a que ciertos sectores de nuestro tiempo llegaron, la retribución vuelve a ser una conquista de cultura jurídica, como el mismo Talión lo fué en su día. Al revalorizar la culpabilidad moral, o si se prefiere psicológico-subjetiva, se humaniza el Derecho situándolo en un plano de Justicia ideal y no en el de mero acaecer naturalista que desvió la ciencia jurídica al camino de las naturales, tratando al delincuente con la presunta objetividad de una rana en el laboratorio. Y al hacer de la pena una consecuencia de la conducta criminal previa, tipificada por la norma positiva aunque valorada por el Juez, expulsa de lo penal el aparato policíaco de lo predelictual, en mala hora enquistado en lo jurídico, por los positivistas precisamente.

En contraste con la doctrina penal de hace un par de decenios, que abominaba casi unánimemente del retribucionismo, relegándolo poco menos que al arsenal de la historia, nada es más fácil que espigar en la más reciente una clara percepción de su valor, bien como ideal en que encarna la Justicia penal, bien como base de la mensuración de la pena. En Italia es Bettiol quien con mayor franqueza sienta el principio de que «la idea de retribución es la central de todo el Derecho penal» (26). De otro punto de vista dogmático, Maggiore caracteriza la sanción como «la retribución del mal del delito» (27) y Petrocelli considera su exclusiva función la de satisfacer un «sentimiento de Justicia» (28).

En la ciencia alemana es observable parecida y aun todavía más marcada vigorización de los postulados ideales de Justicia, incluso la retributiva antaño motejada de nefasta y arcaica. La hallamos expresamente confesada en los tres máximos maestros de la época post-nazi, Von Weber, Maurach y Welzel, por no hablar de los implicados en dicho régimen y evitar nuevas torcidas interpretaciones. Para Von Weber, «la idea de Justicia es el límite normal de la pena, tanto hacia arriba como hacia abajo, esto es, para el legislador como para el destinatario», y dicha idea suprema «sólo puede ser medida por la función retributiva» (29). Maurach afirma, no menos categóricamente, que «la pena es necesariamente retribución» (*Vergeltung*) (30). Respecto a Welzel, justifica en su obra más fundamental y reciente la sanción penal, del lado del sujeto que la sufre, como «justa retribución», y por parte del Estado, por la «efectividad del orden jurídico violado» (31).

(26) BETTIOL: *Diritto penale*, Palermo-Priulla, 1945, págs. 62 y 471.

(27) MAGGIORE: *Principi di Diritto penale*, Bologna-Zanichelli, 1949, t. I, página 558.

(28) PETROCELLI: *Principi di Diritto penale*, Padua-Cedam, 1949, t. I, y antes en *La funzione della pena*, en «Riv. di D. penitenziario», 1936, VI.

(29) VON WEBER: *Grundriss des deutschen Strafrechts*, Bonn Dümmlers, 1948, págs. 21 y 22.

(30) MAURACH: *Grundriss*, .cit., pág. 21.

(31) WELZEL: *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, Berlín-De Gruyter, 1947, pág. 110.

Inútil volver sobre la postura, confesadamente existencialista, del gran Mezger, que vimos cómo colocó en la cúspide de su pirámide de valores, como «esencia del Ser» de los mismos, la realidad óptica de la Justicia.

Las opiniones precipitadas de los príncipes de la ciencia penal en los dos países indudablemente dirigentes en ella, no excluye, como es natural, divergencias notables dentro y fuera de los mismos. El positivismo y el correccionalismo sobreviven en amplios sectores doctrinales, sobre todo en América, tanto la sajona como la latina, bien que en ellos se apele casi exclusivamente a argumentos sentimentales y retóricos, cuando no a sofismas políticas que nada en absoluto tienen que ver con la cuestión, como más arriba se trató de demostrar. En la propia Norteamérica, donde el retribucionismo es palabra poco menos que tabú entre los teóricos del Derecho penal (como lo fuera en la Europa de principios de siglo), se abomina de la noción, pero se acude sin escrúpulo a ella cuando la ocasión llega, como en el ejemplo incontrovertible del proceso de Nuremberg, ya citado, probando hasta la saciedad que el retribucionismo no es monopolio de una ideología política determinada. Y es lógico y natural que así sea. Una lógica correccionalista implacable, a lo Dorado Montero, conduciría, no ya al ocaso del Derecho penal, sino lo que es más grave, al trastrueque de todos los valores de Justicia en que el Derecho todo y aún la moral reposan. En efecto, el criminal «corregido», al que por un hipotético y casi mágico procedimiento pudiera acreditarse su reforma y sinceridad, debiera, según eso, ser reintegrado sin más a la vida social, aunque su crimen hubiera sido atroz y apenas pisado las estancias carcelarias. Unos Rayos X o *Moraldetektor* o Lobotomía, que sin género de dudas diagnosticare o asegurare la sociabilidad o no peligrosidad del delincuente, como la sanidad de un enfermo, excusaría toda pena o medida ulterior, pero sublevaría, a buen seguro, la conciencia general el hecho insólito de que a los pocos días de mágica terapia el criminal saliese a la calle a codearse con los familiares de su víctima. Ya sé que acostumbra a llamarse a ese sentido general unánime «sadismo», pero con tal nombre de vilipendio o con el sublimado de *Vox Dei*, el resultado es igual: la realidad inconcusa del fenómeno vital-existencial del mismo en todos los tiempos y latitudes. Y como quiera que el Derecho debe estar edificado sobre realidades culturales y humanas, por ser norma de esta especie culturalista y no exclusivamente natural o logística, no ha de extrañar que una doctrina viva y existencial sea favorable al reconocimiento de tales postulados. Los cuales no excluyen, por descontado, la coexistencia con otros fines importantísimos «además» del Derecho penal, tales como la resocialización, la corrección y otros, no absolutos, sin embargo, como el de la Justicia, aunque no sea más que por la obvia razón de que son muchos los delitos, y más aún los delincuentes, en que los otros objetivos

no tienen significación alguna por no presuponer una conducta asocial o inmoral que los precise.

Paralelamente a la revalorización de las ideas de retribución y como razón y corolario de las mismas, el existencialismo reconoce otro gran valor jurídico de raigambre ético-psíquica, que se hallaba asimismo en trance de perecer, o, por lo menos, de diluirse en la apretada jungla del sociologismo. Me refiero al sentido de la responsabilidad estrictamente personal, que nuestro tiempo valora a veces hasta el paroxismo. Baste citar, a este respecto de exageración, dos ideologías bien típicas de él, y en cierto modo afines: el psicoanálisis y el existencialismo sartriano. No ya la retribución, concepto eminentemente jurídico, proporcionado y reglado, sino la expiación, que es metajurídico con raíces psíquicas y hasta teológicas, ha sido elegido por el psicoanálisis para explicar, en torvo maridaje con el sadismo, la función real de la pena. Se manifiesta ésta doblemente porque el «Super-Yo», en que el hombre se muestra ante la colectividad, precisa del castigo autoritario para satisfacer los impulsos ancestrales de lo subconsciente, y dando satisfacción, asimismo, a la comunidad que castiga la audacia del criminal cuyo acto, en el fondo, se envidia por ella. Nada importa que en una ausencia absoluta de lógica y aun de consecuencia científica, los criminólogos psicoanalistas (Alexander y Staub, especialmente), hayan pretendido sacar de tan claros principios de autoresponsabilidad y expiación el absurdo producto del abolicionismo penal, pretendiendo gratuitamente que el sentimiento de culpabilidad incita al penado a buscar la pena y satisfacerse sádicamente en ella. Aparte de que esto es incierto, como la experiencia más vulgar enseña, salvo insignificantes excepciones patológicas, la incongruencia de ese resultado salta a la vista. Parecido raciocinio absurdo, aun con bases iniciales certeras, hallamos en el ya citado nihilismo de Sartre, que a fuerza de hacer al hombre responsable de todo, aun de su propia vida, concluye por desvalorizar un principio inicialmente tan valioso. Las consecuencias, sin embargo, importan poco, pues, en definitiva, ni Freud ni Sartre son penalistas, y no hay que pedir de ellos la explotación científico-jurídica de ideas que, como otras tantas, pueden permitir las valorizaciones más dispares; lo que puede acaecer, desde luego, con la de la responsabilidad, susceptible de arrastrar a la «náusea» sartriana, al sadismo freudiano, sí, pero también a vigorizar un principio que es de los más básicos de la tradición, a la vez que responde a la realidad vital de cada día. Es inexcusable deber del jurista, atento a las inquietudes de la hora presente, el procurar la utilización recta de los valores filosóficos que la misma le brinda, y uno de ellos, en lo existencial, es o puede serlo el de la responsabilidad, viejo como el mundo, pero ataviado ahora con las nuevas galas filosóficas que lo rejuvenecen y prestigian.

Otro gran principio de la nueva filosofía, asimismo utilizable

en lo penal y aun en lo criminológico, pero no desarrollado suficientemente en sus específicas técnicas, es el tan típicamente existencialista de la angustia vital. Proyectada en lo místico por Kierkegaard, con muy posibles raíces agustinianas en el sentimiento de nulidad de la criatura ante Dios, y en lo cósmico por Heidegger, como el extrañamiento del hombre ante su propia misteriosa existencia en el mundo (*Das Wovor der Anst ist das in der Weltsein als solches*), el fenómeno se enlaza psicológicamente con el de la «culpabilidad - sentimiento», posibilitando interpretaciones jurídico-penales de nuevo conexas con el clasicismo. También en este punto la doctrina existencialista se relaciona con la psicoanalítica freudiana y adleriana, como ha examinado con especial agudeza, entre nosotros, el Profesor López Ibor (32). No importa, a nuestros fines, que se haya caracterizado la distinción entre las nociones de «angustia» y «miedo», considerando éste como algo sentido ante lo concreto y aquélla como actitud frente a lo indeterminado; el parentesco fenomenológico entre uno y otro sentimiento es reconocido por Heidegger mismo. Comparando su antedicha noción cósmico-óntica y la propia mística kierkegardiana, con la de la técnica de psicología individual de Wexberg, que la da como expresión de sentimiento de inferioridad, la semejanza existencial es evidente, pese a la posible genética diferencial y a las distintas reacciones que puedan provocar en el sujeto paciente. Angustia y miedo ante la nada o ante algo, produce una situación calificada como excepcional y peligrosa por Heidegger, que considera el miedo como la «desviación inauténtica de la angustia, localizada en lo conocido» (33). Canalizando, pues, la incertidumbre de la angustia en la certeza conocida de un mal como es la pena, es ya susceptible de tramutarse en miedo y, por lo tanto, aunque ya desautenticada en la perspectiva vital de la vida ordinaria o social (según la jerga heideggariana), producir efectos socialmente valorables; en lugar de la catarsis o sentido de la culpabilidad cósmica, absurdizada en la caricatura de Sartre, es hacedera la caracterización de una culpabilidad estrictamente personal, susceptible de una especie de catarsis de menor cuantía que es la expiación. Con lo cual resulta que, merced a la indagatoria filosófica existencial y a su psicología, puede hasta revalorizarse, hasta cierto punto, el prestigio milenar y aun teológico de la pena expiatoria. No hay por qué insistir en este curioso alcance del nuevo psicologismo, dado que el expiacionismo desborda la temática jurídica, perteneciendo como pertenece al otro de lo interno fuera del alcance del Derecho. No así, naturalmente, lo referente a la culpabilidad, sustentáculo vital de buena parte de nuestra dogmática.

La culpabilidad, como noción jurídica integrante de la es-

(32) LÓPEZ IBOR: *La agonía del psicoanálisis*, Buenos Aires-Calpe, 1951, página 126.

(33) HEIDEGGER: *Sein und Zeit*, pág. 109.

estructura del delito, aparece flotante como entequeia deshumanizada en el Derecho penal de hace una centuria, pero en la ciencia más moderna vuelve a preocupar profundamente su valoración. Tiene harta razón Welzel en echar de menos los «signos constitutivos» que la integran, de naturaleza tan enormemente compleja y las más de las veces excéntrica a lo jurídico. Se han buscado dichos signos, por los clásicos, en sustratos naturalistas, que dieron lugar a la «culpabilidad natural» (*natürliche Schuld*), prefiriéndose en la técnica más moderna la estimativa en un juicio de valor (*Schuld-Wert-Urteil*). En una perspectiva existencialista jurídica, empero, parece que hay que retornar a su primigenia noción estrictamente personal, en que la culpabilidad se define recientemente por Mezger como «el injusto personalmente reprochable». Esta concepción apriorística vale, quizá, como categoría, pero se halla, a mi modo de ver, necesitada de complementos que solamente han de encontrarse en un ejercicio de la plena libertad humana. A ello, precisamente, tiende directamente la aguda tesis de Von Weber, radicando en el «poder» la esencia de la culpabilidad, con su luminosa fórmula de que «obra culpablemente quien se conduce antijurídicamente, *pudiendo* haberlo hecho de manera jurídica» (34). Con lo que ya se conjuga armoniosamente la idea del «poder-libertad» (*Können*) con la del «deber» (*Sollen*), aquél ubicado en la culpabilidad estricta y éste más bien en la antijuridicidad.

Las anteriores estructuras, bien que sirviendo eventualmente a la restauración de los esenciales valores de la libertad, no perfilan del todo el contenido último de la verdadera y específica culpabilidad penal. Nacida de la libertad electiva, se caracteriza y singulariza aún más certeramente por la adición del complejo de angustia, incluso en su forma pseudo degradada y como secularizada del «miedo» a la pena. La culpabilidad y su sentimiento personal no se hace jurídicamente valorable en lo criminal y permanece subyaciendo en lo ético-psíquico, hasta el momento mismo en que gravita sobre la conducta que lo motiva la amenaza de una sanción penal. El revulsivo que ésta supone concretiza la culpabilidad en una situación angustiosa concreta, que ya sólo cesa con su destrucción por la sentencia, si fuere ésta absolutoria o condenatoria. La condena, en efecto, cumple también en sí misma la acción de catarsis, siquiera parcialmente; en todo caso provoca la cesación del complejo de angustia trasmutándolo extrañamente en el de esperanza, la de cesación del castigo. Es lo que se corresponde con la espiritual frase de Tristan Bernard, que al ser detenido por la Gestapo dijo: «hasta ahora viví en la angustia, pero desde este momento comienzo a vivir en la esperanza». Creo, en consecuencia, que el esquema de construcción de la culpabilidad ideado por Mezger (35), en base a la potencial capacidad de imputabilidad y

(34) VON WEBER: *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935, pág. 11.

(35) MEZGER: *Moderne Wege*, cit. pág. 36.

a la actual necesidad de imputación por dolo o culpa, puede completarse añadiéndole el complejo de la punibilidad del acto, que le presta definitivo sabor jurídico-penal; en otro caso, en efecto, la culpabilidad puede quedar esterilizada para lo jurídico en un sentimiento vago de conciencia no suficientemente discriminado de lo moral.

Queda, en fin, por tratar en torno al tema que nos ocupa, de otro asunto capitalísimo en él, por suponer una clara utilización de la filosofía existencial en lo jurídico: el del subjetivismo y relatividad del juicio de los valores. Es corriente reprochar al existencialismo su antropolatría, culminante en el individualismo absoluto, tan peligrosamente afín al nihilismo anárquico, ya que, reduciendo todo al prisma de la persona real, viva y soberana en su mundo subjetivo, el del sujeto criminal ha de resultar en sí tan perfecto y valioso como el del Juez que se arroga la función de juzgarlo. Y siendo esto así, en principio, es evidente que toda posibilidad de orden jurídico cae por su base, faltándole el sustento de interrelación y jerarquía que es la razón de ser primordial del mismo. Sin desconocer el gran fermento anárquico latente en la filosofía existencial pura y, por decirlo así, clásica, la necesidad de la vida social, que no es menos real, vital y, en suma, existencial, que la del individuo aislado (pese, si se quiere, a la secundariedad de su valor), impone la formulación de una filosofía práctica más o menos coordinada a la pura, como en la misma de Kant acaeció. Ni Heidegger, ni, por supuesto, Sartre, lo han hecho todavía, atascados en la socialmente estéril contemplación del «hombre en frente de la nada». Pero en el existencialismo católico de Gabriel Marcel y, con mayor razón, en sus derivaciones jusfilosóficas más o menos ortodoxas de Recaséns, Legaz y Elías de Tejada, ese aislamiento en el roquero castillo inexpugnable del Yo, ha sido superado mediante la interrelación existencial de los egos diversos.

Al referirme aquí a subjetivismo, no ha de entenderse por ello la mera alusión a la captación de la voluntad criminal del sujeto activo en una dimensión del denominado en Alemania «derecho penal de autor», lógica aunque inconfesada secuela del viejo positivismo italiano. Se trata, en el propósito, al menos, de algo bastante más profundo y trascendental, filosóficamente hablando, enraizado en lo valorativo de cada ser humano en el mundo y sus privativas concepciones del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto. Para sustraerse a la atomización moral y consiguiente anarquía jurídico-social que la pura tesis existencial cela, no hay otro módulo posible que el de su contraste objetivamente cuantitativo con lo social predominante en un momento local e histórico dado. Con lo que vuelve a enlazarse una vez más su teoría con la fertilísima del culturalismo jurídico-penal de M. E. Mayer. El existencialista meramente espectador que se contenta con investigar la realidad de cada Yo forjador de un mundo, al lado del cual

se extiende la vasta soledad de la nada, no tiene quizá por qué valorar. Se limita a constatar y describir estados existenciales con el rigor neutral de un entomólogo que no juzga jamás de la moralidad o valor de las actividades y reacciones vitales del insecto que tiene ante su lente; es, en definitiva, lo que hace J. P. Sartre en sus novelas y piezas teatrales, literatura amoral de laboratorio. Empero el filósofo práctico, y nada digamos del jurista, desenvolviéndose en disciplinas finalistas del deber ser y de lo axiológico, no puede conformarse con semejante postura contemplativo-descriptiva; pudiera hacerlo, en rigor, el criminólogo, pero jamás el penalista. El maestro alemán del finalismo, Hans Welzel, nos brinda también a este respecto una solución bastante convincente, que encaja asimismo en el marco del existencialismo para sacar a éste del piélago nihilista en que amagaba verse definitivamente inmerso. Al construir su laboriosa estructura de la acción final sobre las ruinas del naturalismo causal, Welzel caracteriza el proceso externo hacia una meta como acción, frente a la por él denominada ciega y abstracta causalidad. En lo axiológico distingue dos perspectivas encuadrables en la antijuridicidad personal, pero coincidentes en el circunstancialismo existencial. El sujeto, sigue diciendo, da un valor a su acción, la sociedad le presta otro, y en caso de discrepancia entre ambos juicios axiológicos, el subjetivo y el objetivo (que en verdad es subjetivo también, aunque mayoritario y social), surge la antijuridicidad y, en definitiva, el delito. Conceptos que no son, en suma, otra cosa que «la valoración negativa de la acción desde una perspectiva social», resultando lo cuantitativo y culturalmente prevalente lo que decide históricamente sobre lo singular. En este salto acrobático de lo existencial personal a lo existencial social yace la sola posibilidad de extensión filosófica práctica, y, por tanto, jurídica, de la nueva doctrina, seductora en tantos aspectos como repelente en otros muchos. Para lograrlo se requiere, antes que nada, un continuo contraste de valores cuya única norma posible es la ley, a su vez surgida en un plexo histórico cultural determinado, que recoge, o debe hacerlo, ese sentir y querer colectivo sin el cual resulta letra muerta.

Resumiendo todo lo dicho, puede desde luego afirmarse que la filosofía existencial favorece en el Derecho penal algunas de las más firmes tesis clásicas, en cuanto que revaloriza las ideas de responsabilidad y libertad humanas. Al mismo tiempo, es apta para reforzar los conceptos de individualización y enfoque subjetivo de las normas, así como su correcto enlace con lo cultural históricamente predeterminado. Puede servir, por tanto, a la tan necesaria restauración de las esencias jurídicas tan lamentablemente esfumadas en las vaguedades del amateurismo positivista, que un día amenazaron con desterrar lo penal de los inevitables confines del Derecho.

R É S U M É

On considère dans cet article l'importance possible de la philosophie existentialiste dans le droit et dans les sciences pénales par suite des idées basiques du relativisme, de l'anthropocentrisme et de l'historicisme qui la caractérisent. Sans préjuger sa valeur philosophique on admet dans la nouvelle dogmatique pénale une influence de l'existentialisme qui se caractérise par son opposition au positivisme et, d'ailleurs, par une revalorisation des données du classicisme. Comme par exemple celle de la responsabilité et celle de la liberté de l'homme qui ont été si maltraitées dans le technicisme positiviste. L'innovation la plus importante de la nouvelle philosophie dans la science juridique pénale est celle d'entrer dans le sens ontologique du Droit en quête de la dernière idée de la Justice et examinant en même temps la nouvelle structure de valeurs récemment proposée par le grand pénaliste allemand Edmond Mezger. En outre on peut utiliser dans la science pénale les topiques agréables à l'existentialisme de «Angoisse» et «Expiation», quoique les dernières conséquences juridiques n'en aient pas encore été tirées. On a déduit de l'existentialisme beaucoup de postulats anarchistes mais on peut aussi l'utiliser avec des idées d'ordre et même de tradition, comme on peut le prouver dans la philosophie du droit d'après les travaux de Marcel en France et de Legaz Lacambra et d'Elias de Tejada en Espagne. Dans la science pénale on peut retourner aux idées de la justice rétributive qu'on utilise dans la science la plus moderne de l'Allemagne et de l'Italie. On considère injuste de prétendre que cette nouvelle idéologie puisse servir à des croyances politiques totalitaires lorsqu'elle n'est pas unie à aucune espèce de politique. Même la thèse extrême du subjectivisme ou individualisme absolu qu'en Sartre mène au nihilisme, peut être harmonisée avec les nécessités de la science pénale, comme la doctrine de Welzel sur les conflits de valorisation individuelle et sociale.

S U M M A R Y

This study considers the possible importance of existentialist philosophy in the Criminal Law and Penal Sciences according to the basic ideas of relativism, of anthropocentrism and of historicism that are characteristic. Without prejudging its philosophical value, an influence of existentialism which characterises itself by its opposition against positivism and by a revalorisation of the axioms of classicism too, can be admitted in the new Penal dogmatic. For example those of human responsibility and liberty which have been so ill treated in the positivist technique. The most important innovation of the new philosophy in the penal juridical science is to enter into the ontological sens of Law, looking for the last idea

of Justice and examining at the same time the new structure of values recently proposed by the great German penalist Edmond Mezger. So, the topics of «Anguish» and «Expiation» that the existentialism likes can be used in the Penal science, even if the last consequences have not yet been drawn out of them. Many anarchist axioms have been drawn out of existentialism, but it can be used too, with ideas of order and even of tradition, as in the philosophy of Law can be proved by the studies of Marcel in France and of Legaz Lacambra and of Elías de Tejada in Spain. It is possible to return in the penal science to the premises of retributive justice, as it is done in the most modern science of Germany and of Italy. It is unjust to pretend that this new ideology can be used for totalitarian political doctrines, when actually it is not linked to any kind of policy. Even the extreme thesis of subjectivism of absolute individualism which in Sartre leads to nihilism, can be armonised with the necessities of penal science like Welzel's doctrine concerning the conflicts of the individual and the social valorisation.