

Revista Crítica Penal y Poder
2017, nº 12
Marzo (pp.248-253)
Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos
Universidad de Barcelona



UN MENSAJE DE ALESSANDRO BARATTA

A MESSAGE FROM ALESSANDRO BARATTA

Walter Antillón

Universidad de Costa Rica

Lo que sigue es una reflexión relacionada con el libro de nuestro autor, titulado: *Positivismo Jurídico y Ciencia del Derecho Penal. Aspectos teóricos e ideológicos del desarrollo de la Ciencia Penal alemana desde el inicio del Siglo hasta 1933*, publicado por Giuffrè de Milán en el año 1966. Libro cuyo tema ha sido escogido para analizarlo en el Seminario sobre el Pensamiento de Alessandro Baratta, a celebrar en el año 2016, y que contiene un mensaje muy claro para los penalistas latinoamericanos de hoy.

El examen que hace Baratta del tema del Positivismo y la Ciencia del Derecho Penal se desarrolla en tres capítulos que tratan de: 1) La crisis del positivismo jurídico y la aparición del Derecho Penal autoritario; 2) El desarrollo de la dogmática del delito; 3) El método jurídico y la Filosofía de los Valores.

¿Qué significó la crisis del Positivismo Jurídico para los juristas alemanes anteriores a 1933 y para los de la Segunda Postguerra; y cuáles fueron las consecuencias?

Para muchos juristas de fines del Siglo XIX y comienzos del XX, críticos del Positivismo Jurídico, éste es incapaz de dar respuesta a los requerimientos de seguridad y justicia de la Sociedad Moderna. Y ñor otra parte, los heraldos del pensamiento jurídico Nacional-socialista lo rechazan porque forma parte del pensamiento y las instituciones decadentes de la República de Weimar.

Ahora bien, a partir de 1945, derrotado el Régimen Nazi y condenados sus cabecillas por sus horribles crímenes, surgió en la clase jurídica alemana una fuerte tendencia a

echarle la culpa de todo al Positivismo Jurídico y a su divisa *la ley es la ley*, entendida en el sentido de que el juez positivista estaba obligado a aplicar la ley más injusta, simplemente por ser una ley promulgada con observancia de los trámites y formas prescritas en la Constitución y otras fuentes vinculantes.

En otras palabras, según esta versión, el Positivismo había mostrado sus incurables fallas en el momento en que los abogados y los jueces alemanes, en cumplimiento de lo que jurídicamente era su deber, aplicaron incluso las más monstruosas normas debidamente promulgadas por los órganos competentes del Régimen, a través de los procedimientos legales establecidos. Con el Positivismo en el banquillo de los acusados, entre los chivos expiatorios de la ignominia nazi, había que incluir a Beccaria y a Francesco Carrara, y a figuras venerables de la doctrina alemana, como Karl Binding, Ernst Beling, Franz von Liszt, Gustav Radbruch, etc., que eran positivistas confesos. Y el propio Radbruch, sobreviviente de la catástrofe, pronunció en su momento una especie de acto de contrición por sus pecados positivistas.

Alessandro Baratta, en el libro que tenemos entre manos, rechaza esta solución compartida por muchos intelectuales de la Post-Guerra, porque estima que es errónea y superficial, y que además quiere servir como una especie de “ley de punto final”, de tácita absolución a favor de las diferentes escuelas del pensamiento penal alemán que no se incluían en la corriente positivista. Y entonces plantea y trata de demostrar que el positivismo profesado a partir de la Ilustración es mucho más que la escueta divisa: *la ley es la ley*.

Porque, en efecto, el positivismo jurídico, cuyas premisas están en la Ilustración: Voltaire, Filangieri, Beccaria, Pagano, Feuerbach, etc., y cuya formulación pasa por Bentham y Austin, por los Pandectistas, por la Escuela Exegética francesa, postulaba laicidad y separación entre derecho y moral, y entre derecho y justicia; y los principios generales de legalidad, de irretroactividad de la ley; los principios penales de prohibición de la analogía, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad; y la teoría del bien jurídico; y los principios procesales de inocencia, de igualdad de armas en el proceso, y en general las clásicas garantías liberales que conocemos. Doctrina no exenta de pecado, como lo señalaron desde fines del Siglo XIX juristas provenientes de campos tan diversos como el procesalista Oscar Bülow, el filósofo Rudolf Stammler, el civilista Ernst Zitelmann y muchos más; pero esencialmente valiosa en la conformación del Estado de Derecho.

En realidad, el asunto era mucho más complejo, y la participación de los juristas en la profunda regresión autoritaria del Derecho y del Proceso Penal alemán durante el período Nacional-socialista se extendía por muchos otros sectores de la doctrina penal.

Baratta pasa cuidadosa revista a más de cien juristas y filósofos alemanes de la época, y a varias decenas de juristas y filósofos italianos, franceses e ingleses, y fundado en citas y transcripciones literales del pensamiento de dichos autores, muestra los aportes de neokantianos como los discípulos de la célebre Escuela Sud-Occidental de Windelband y Rickert, los iusfilósofos insospechables como Emil Lask, Gustav Radbruch y Erik Wolf (maestro este último del propio Baratta), contribuyeron indirectamente al socavamiento de garantías consagradas en los códigos liberales de la República de Weimar; y señala asimismo la contribución negativa de los hegelianos Binder y Larenz, y los seguidores de la Teoría Finalista, como Hegler y Hans Welzel, cuya matriz se remonta al último Ihering; y los planteamientos rupturistas de la Escuela del Derecho Libre de Kantoriwicz, la Jurisprudencia de Intereses de Philip Heck y Max Rümelin; y la Escuela Sociológica de Eugen Ehrlich; y por último autores de tendencia autoritaria como Wilhelm Sauer y Edmund Mezger; todos ellos, con un grado muy variable de conciencia (desde el Radbruch demócrata hasta el Mezger pro-nazi), pusieron los elementos que servirían para la construcción de una doctrina penal nacional-socialista que iban a elaborar autores como Federico Schafstein, Ulrich Dahm, Mittermajer, Nikolai, Heydebrand, etc.

En todo caso, como punto de llegada y a la vez como punto de contraste con aquellas teorías liberal-burguesas, Baratta nos explica en qué consistieron la doctrina y la práctica nazis en el campo del derecho penal:

“...A la neutralidad ideológica y al racionalismo abstracto del método lógico-formal (positivista), la metodología oficial de aquel período (hitleriano) le contrapone el compromiso político del jurista, el decisionismo irracionalista con el cual el límite legal de la especie fáctica es sobrepasado por una consideración directa de los valores que emergen de la conciencia popular, cuya infalible cristalización esta representada por la orden del Führer: el Führerprinzip, desde una intuición mística del elemento óntico y vital de la sangre y de la raza, que atraviesa como una linfa los muertos esquemas legales, formando el contenido y el sentido del deber jurídico. La superación de la distinción intelectualista entre derecho y política, entre derecho y moral, y la integración axiológica y ontológica de las categorías jurídicas, son la característica predominante de las teorías jurídicas que se afirman durante el Nacionalsocialismo. La técnica legislativa contribuía a esta decisiva superación del formalismo y la metodología del positivismo jurídico, recurriendo a especies fácticas abiertas, a las cláusulas generales incluso en las partes más sensibles del ordenamiento jurídico, como el Derecho Penal, en el cual el abandono del principio de legalidad a favor del principio de autoridad indica claramente el desarrollo después de 1933. En el campo legislativo basta recordar la introducción del principio de retroactividad de la ley penal, el abandono de la prohibición de la analogía y del principio de cosa juzgada...” (2016, 31-32).

Sería imposible, en esta sede, emprender un examen siquiera sumarísimo del pensamiento de las diferentes escuelas reseñadas por nuestro Autor. Pero pienso que esta Cátedra creada para estudiar y profundizar el Pensamiento de nuestro amigo

tiene el deber de organizar los esfuerzos que confluyan en seminarios específicos, en los que grupos de profesores y alumnos avanzados de las disciplinas penales, analicen una por una las Escuelas involucradas y nos ofrezcan sus conclusiones. Hoy más que nunca vale la pena emprender dicho esfuerzo, porque también en Costa Rica se han venido acentuando tendencias autoritarias que ya están usando argumentos semejantes, por ejemplo, a los de los integrantes de la Escuela de Kiel y a otras tendencias decisionistas en la Alemania de los Treintas.

Quiero agregar, por mi parte, que el planteamiento del profesor Baratta encuentra sus raíces profundas en peripecias histórico-filosóficas anteriores al propio Neokantismo y más atrás, a saber: en la batalla milenaria entre las tendencias de la racionalidad descriptiva de la Lógica y el decisionismo intuitivo de la Tópica, tendencias que en el Siglo XIX se plasman, por un lado, en la racionalidad ilustrada del Positivismo Jurídico fundado por el británico John Austin, los Pandectistas y la Exegética francesa, y por el otro la espontaneidad y la irracionalidad del *Volkgeist* de Federico Carlos von Savigny y su Escuela.

Y aquí una digresión cuyo sentido confío en que se revele en las siguientes páginas de este discurso: el aristócrata y conservador Savigny, por aversión a la Ilustración Francesa racionalista e igualitaria, pregona la prevalencia de los procesos irracionales del Espíritu del Pueblo en el nacimiento de todo Derecho. Sin embargo, para escribir su gran obra de madurez, que no será sobre oscuras elaboraciones de pueblos medievales, sino sobre el ‘Derecho Romano Actual’, adopta la sistemática racional de su adversario, el profesor Georg Arnold Heise, de pensamiento ilustrado. Lo cual curiosamente se repite cuarenta años después con Rudolf Ihering, el cual, apelando al fundamento psico-sociológico del ‘interés’, critica ferozmente a la llamada ‘Jurisprudencia de Conceptos’, de base positivista, pero, a su vez, contribuye a perfeccionar el moderno método Dogmático Jurídico, que es, por esencia, conceptual. Lo cual indicaría por un lado que el pensamiento jurídico no puede escapar de las reglas de la Lógica; aunque por otro lado también parece que no puede evitar violarlas una y otra vez, cediendo a la fuerza de las pasiones. ¿Podremos algún día superar esta contradicción? Creo que sí, pero el tema nos alejaría del que estamos tratando ahora.

En el Siglo XIX, del Capitalismo salvaje surge la resistencia obrera; los sindicatos y los partidos obreros luchan y conquistan el derecho a existir y a participar en política, y en pocos años su influencia se deja sentir.

Ahora bien, el peligro de que este ascenso proletario continúe, al punto de que un día los pobres alcancen el poder y funden una organización de la sociedad con plena justicia social, es un toque de alarma para los dueños del capital, y para los estratos sociales y profesionales favorecidos con el sistema. Y entonces se manifiesta un fenómeno constante en la Historia contemporánea: los gobiernos de la burguesía europea y americana se inclinan invariablemente hacia el autoritarismo de derecha,

cada vez que se sienten amenazados por una fuerza política emergente que propicie cambios en el orden establecido, contrarios a sus intereses. Ejemplos: Inglaterra y Francia democráticas sabotearon la democrática República Española y favorecieron el triunfo del general fascista Franco, que estableció una dictadura de 40 años en España, y lo hicieron por temor de que la República cayera en manos de la izquierda, aunque ello aviniera por la vía electoral. Y Estados Unidos apoyó y ayudó esa misma dictadura de Franco para tener un aliado en la Guerra Fría. Esos mismos tres democráticos países alcahuetearon y toleraron las barrabasadas de Hitler con la esperanza de que éste destruyera la Unión Soviética.

Podemos ver entonces que, así como ocurría a nivel de decisiones políticas de los Estados, también a nivel de la orientación del pensamiento de intelectuales ‘orgánicos’ (manifiestos o latentes) del establishment, se dieron claras tendencias a favorecer ideologías autoritarias para conjurar el peligro de la izquierda. ¿Fue eso lo que sustancialmente ocurrió durante ese período de 33 años analizado por Baratta?

A título de ejemplo, empecemos por ver lo que él comenta, en el Capítulo II (*El desarrollo de la dogmática del delito*) analizando algunos aspectos del proceso que tuvo lugar en dicho período, a propósito del concepto de ‘bien jurídico’:

“...mientras, a través del concepto abierto de bien jurídico adquirirían relevancia jurídica, integradora y correctiva, evaluaciones éticas correspondientes a una escala racional y objetiva, en referencia a los valores sociales, el peligro de la legalización del arbitrio fue solamente potencial. Pero luego, cuando la conciencia social no logró más sostener una escala tradicional de valores que había ido perdiendo cada vez más su base real *bajo la presión de la transformación social*; cuando la misma cultura «burguesa» que había sostenido el experimento de la democracia de Weimar, comenzó a darse cuenta de que, bajo la afirmación idealista de las relaciones de valor, en la cual se inspiraba, se escondía la impotencia para emprender y dominar la dinámica concreta de las relaciones de hecho, entonces se hizo pedazos toda la jerarquía de los bienes jurídicos, a través de la cual se habían transmitido, por generaciones, los principios del liberalismo conservador del primer Ochocientos. Y era demasiado tarde para construir una nueva jerarquía: una real inserción de la razón práctica en la dinámica de los hechos hubiera necesitado un esfuerzo teórico y práctico que la cultura oficial alemana ya no estaba en capacidad de cumplir. Los hechos, desconocidos en su íntima razón, ya no necesitaban, para **valer**, pedir la convalidación de la tradicional jerarquía de los valores sociales; ahora se producían, ya sin el control de la razón, por la pura y brutal dinámica del interés y de la fuerza. El *factum* de la fuerza y del interés se había vuelto **valor**: buscaba y encontraba su legitimación ideal en los abismos insondables de la sangre y de la raza...” (2016, 75-76).

En cuanto al Capítulo III, que examina la cuestión de *El método jurídico y la Filosofía de los Valores* en aquella etapa, podemos destacar las tendencias hacia la absolutización de los valores de los neokantianos Schwinge y Zimmerl, y su

referencia final al Estado de Erik Wolf, en coincidencia con los neohegelianos Binder y Larenz (que recuerdan el ‘Estado ético’ de Max Ascoli y los fascistas italianos). Termina diciendo Baratta:

“...Vinieron así a coincidir, en una concepción ya claramente ‘ética’ del Estado, la idea del derecho y la ‘conciencia jurídica de la comunidad’. Un paso que nos conduce fuera de las premisas neokantianas, pero cuyas consecuencias ideológicas fueron sustancialmente acogidas por la Escuela de Marburgo, preocupada de vincular el sistema de los valores jurídicos con la nueva interpretación autoritaria de la ética popular...” (2016, 117).

Y también conviene leer, de las *Consideraciones Finales*, lo que expresa al concluir precisamente en relación con la filosofía de los valores desarrollada por los neokantianos. Comenta Baratta:

“...Desde el punto de vista de la función *objetiva* (sustancialmente fungible) de la filosofía de los valores, el rol jugado por el neokantismo es, en relación al decisionismo sustancialista del pensamiento jurídico nacionalsocialista, un rol preparatorio. Valorado desde la vertiente del macroscópico fenómeno de la evasión de la concreta situación política, y de la idealización de sus componentes reales, que protagonizó la cultura oficial alemana de las primeras tres décadas del siglo (que no era más que el reflejo espiritual de una sociedad alienada), el neokantismo se presentó como el prólogo del drama. Se trataba, ante todo, de transferir sobre el plano de las ideas, en el mundo irreal de los valores, todo el sentido de los contrastes y de las luchas materiales existentes en la sociedad. La República de Weimar había sido el resultado de este esfuerzo de idealización. Cuando después, la fuerza terminó por prevalecer sobre el derecho (del cual ya no tenía necesidad: ¡razón por la cual en última análisis, cayeron las posiciones formalistas y legalistas!) entonces la nueva y vigorosa afirmación de la ‘eticidad’ no trató ya de hacer pasar el éxito y el pesado predominio de la fuerza, con toda su ilimitada brutalidad, como el éxito de la idea, como la afirmación del valor, como la superación del cansado y degenerado relativismo de los ideales individualistas y subjetivos...” (2016, 118-119)

¿Qué hay detrás de todas estas peripecias ideológicas que Baratta nos revela en este libro? Para los que creemos en la identificación entre razón y justicia, lo que hay detrás de esto es el drama de la Historia de la Humanidad: es la pugna entre la racionalidad que conduce a la paz y la justicia social, y la irracionalidad que hasta ahora ha predominado, y que conduce al exterminio: o una Paz con Justicia para todos, o la Bomba Atómica.

Creo que aquí se expresan claramente la lección y el mensaje que el profesor Alessandro Baratta somete a la reflexión de estudiantes y juristas costarricenses de hoy.

Muchas gracias