

# LA FILOSOFÍA ANALÍTICA Y EL DERECHO PENAL

ANALYTIC PHILOSOPHY AND CRIMINAL LAW

EDUARDO BARBAROSCH

Universidad de Buenos Aires, Argentina. barbarosch@speedy.com.ar

RECIBIDO EL 25 DE OCTUBRE DE 2013 Y APROBADO EL 29 DE NOVIEMBRE DE 2013

## RESUMEN ABSTRACT

El derecho penal liberal surgió como una protección de las personas contra las acciones de otros individuos. Se trata de una protección de las libertades negativas. La definición dada por John Stuart Mill en "Sobre la libertad" es la precursora inmediata de la filosofía del derecho penal liberal. En esta definición toda forma de paternalismo, así como la inspección de la subjetividad moral de cualquier miembro de la comunidad se excluye. ¿Cuál es el principio que este autor propone en esta famosa obra? Es el 'principio del daño'. Sin embargo, muchos autores actuales que no rechazan el principio liberal que debe presidir en el derecho penal, han apoyado una especie de inspección subjetiva de la moralidad de los actos y los autores de ciertos actos criminales, que termina en la noción de reproche moral. Un verdadero retorno al principio liberal de derecho penal sería que el poder represivo del Estado solo debe ejercerse para prevenir o disuadir a otros de ser dañado.

Liberal criminal law came into being as a protection of individuals against the actions of other individuals. It is a protection of negative freedoms. The definition given by John Stuart Mill in 'On Liberty' is the immediate precursor of the philosophy of liberal criminal law. In this definition all forms of paternalism and inspection of the moral subjectivity of any member of the community is excluded. What is the principle that Mill puts forward in this famous work? It is the 'Harm Principle'. However, many current authors who do not reject the liberal principle that must preside in criminal law, have supported a kind of subjective inspection of the morality of acts and of the perpetrators of certain criminal actions, which ends in the notion of moral reproach. A genuine return to the liberal principle of penal law would be that the repressive power of the state must only be exercised to prevent or dissuade others from being harmed.

## PALABRAS CLAVE KEY WORDS

Derecho penal, libertad de la voluntad, paternalismo, principio del daño, realismo moral y antirrealismo.

Criminal law, freedom of the will, paternalism, harm principle, moral realism and antirealism.

En nuestro medio académico el derecho penal ha sido tratado con pretensión científica por la dogmática penal. La influencia de la dogmática alemana ha tenido un notorio predominio en su desarrollo. Ha sido notable, también, como la dogmática ha desarrollado los fundamentos filosóficos del derecho penal. Ello se debe en parte a que la dogmática penal ha sido ejercida a la vez, en muchas ocasiones, por estudiosos del derecho penal, que además eran filósofos del derecho. Es dable advertir que la dogmática penal alemana se propone ejercer una influencia notoria en el campo de la interpretación del derecho penal y en su aplicación. No me parece exagerado sostener que tiene una profunda vocación prescriptiva. Como sabemos, las teorías del derecho pueden dividirse hoy en día en teorías descriptivas y teorías prescriptivas. Las primeras, entienden que una teoría del derecho tiene una función descriptiva de las reglas del derecho, el análisis del concepto o significado del derecho, o de otros conceptos como derecho y deberes, entre otros, como también de la estructura de los sistemas jurídicos. De ahí que, este tipo de teorías descriptivas tengan, a su vez, una pretensión de ser generales. Las teorías prescriptivas, no generales, vinculadas a un derecho en particular o a una rama del derecho, son aquellas que como sostiene Ronald Dworkin, pretenden ser el prolegómeno de la adjudicación. Tienen una función interpretativa y, por ende, esa función lleva en muchas ocasiones a sustituir el texto del legislador, por un nuevo texto: el del intérprete.

Esta es una crítica que se le puede hacer a la postura dworkiniana, como, también, a todos los que adhiriéndose a los postulados de la dogmática alemana, sostienen con Jakobs, refiriéndose a la teoría general de la imputación, que a mayor generalidad del objeto regulado por una disposición legal, menor será la exactitud o precisión que debe alcanzar la determinación de la ley; mayor también, por ende, la capacidad del aplicador del derecho de realizar interpretaciones que complementen el sistema de imputación, solo legalmente establecido en algunos "puntos fijos" (Sancinetti 17)<sup>1</sup>.

En este orden de ideas, lo que voy a desarrollar en el presente artículo, no pretende alterar ni constituir una crítica a una larga tradición aceptada en nuestro medio. Mi interés está en comunicar algunas ideas provenientes de la filosofía analítica y que proceden básicamente de los análisis efectuados por autores anglosajones acerca del derecho penal.

---

<sup>1</sup> El entrecomillado pertenece a Jakobs, según el autor.

Estas ideas se despliegan en el marco de la justificación del derecho penal y de la criminalización de ciertas acciones u omisiones humanas.

Larry Alexander (2002) afirma que el rango de teorías normativas son pocas, pues de lo que se trata en el derecho penal es de determinar qué intereses deben ser protegidos mediante la punición penal. Entiende este autor, siguiendo a Joel Feinberg, que existen *teorías liberales* que se enfrentan a las *teorías perfeccionistas*. En la noción de Feinberg, el derecho penal atiende y se aplica a aquellas conductas que generan un daño (*harm*) o que causan una seria ofensa.

El principio del daño fue enunciado, por John Stuart Mill en su famoso ensayo "On Liberty", a saber: el único propósito por el cual el poder puede correctamente ser ejercitado sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es para prevenir que se dañe a otros. Y así, excluía la posibilidad de que la fuerza se ejerciera para asegurar el bien, ya sea físico o moral de los propios agentes cuando estos se provocaran daños a sí mismos, o cuando consintieran que se les produjeran. El principio presupone el resguardo de la autonomía de la voluntad. Las personas, no pueden ser correctamente compelidas a hacer o soportar decisiones del poder con el argumento de que será mejor para ellos hacer algo o comportarse de determinada manera, porque en la opinión de otros sería inteligente o correcto. Esta doctrina es aplicable a las personas cuando han entrado en la etapa de la madurez de sus facultades mentales: no se puede aplicar a los niños; los incapaces; e incluso en el caso de sociedades con poco desarrollo.

La definición de daño de Feinberg, para el propósito del derecho criminal refiere a estados que perjudican intereses que son consecuencia de actos u omisiones maliciosas de otros, que la persona de la víctima. Ello, sin embargo, no incluye, desagrados transitorios, daños mentales o físicos de rango menor, o estados mentales de insatisfacción: estados mentales, que, aunque malos, no constituyen un daño, porque no envuelven un perjuicio a los intereses del sujeto pasivo. No pueden causar un perjuicio a los intereses de alguien, aquellas acciones que son permisibles moralmente, como ser, la competencia en los negocios, o la legítima defensa. O aquellas acciones consentidas por las personas que sufren un revés en sus intereses. Por otro lado, actos que generan un injustificable riesgo dañoso, caen dentro del principio del daño y pueden ser legítimamente castigados. No siempre la acción dañosa es suficiente para su criminalización: la criminalización en sí misma causa daño y

no puede ser justificada a menos que el daño que causa sea menor que el daño causado por la conducta criminalizada. En el decir de Larry Alexander, Feinberg parece aceptar que es necesaria la inmoralidad del acto para su criminalización. Él, generalmente, rechaza la proscripción criminal de una conducta dañosa cuando lo es solamente para el agente que se enrola en ella voluntariamente. Rechaza el paternalismo moral y legal. Además, si bien parece aceptar que la inmoralidad del acto es una condición necesaria para la punición del mismo, no es una condición suficiente. Esta posición sería consistente con un retribucionismo débil y no un retribucionismo fuerte. Así pues, desde su posición liberal rechaza la configuración penal de aquellas acciones que pueden provocar un efecto deletéreo en el carácter del agente, aunque de ellas resulten efectos dañosos para el propio agente que él hubiera preferido evitar (auto-paternalismo).

Un punto importante en la postura liberal de Feinberg, es el que se manifiesta cuando afirma que tampoco corresponde penalizar los efectos dañosos de conductas que pueden afectar la cultura pública de la sociedad, aunque se sostenga que cuentan como daños hacia otros. Ello nos lleva a la famosa polémica entablada entre Devlin y Hart. Devlin defendía la tesis de que la comunidad podía legítimamente criminalizar las acciones inmoralmente dañosas que minaban el código moral que define a la comunidad como tal y que como consecuencia pusieran en riesgo la existencia de la comunidad *qua* comunidad.

Feinberg nos propone una noción bastante amplia de inmoralidad, una que incluye conductas que no dañan a otros, por ejemplo, conductas depravadas o degradantes. Observemos que el principio del daño, no define conductas inmorales, sino que establece ciertos límites a la regulación del derecho penal, esto es, cuáles acciones pueden ser criminalizadas. ¿Deja ello un amplio espacio para legislar? Al no tenerse definido el concepto de daño y aceptarse un amplio espacio para las denominadas conductas inmorales, los límites de la criminalización pueden llegar a ser muy extensos.

La concepción liberal del concepto de derecho penal, como lo plantea Feinberg, expandiría sobremanera las conexiones entre daño, inmoralidad de las acciones, que nos acercaría a la posición atacada de Devlin. Los efectos perniciosos contra la cultura pública, y los vicios de carácter, podrían engrosar la noción del principio del daño. Esto se acerca peligrosamente al moralismo legal. La idea de que las ofensas

graves pueden ser punibles aun cuando no encuadren claramente en el principio del daño, pone a prueba el liberalismo milliano de Feinberg. En el fondo el moralismo legal coincide en este sentido con Feinberg de que las acciones ofensivas de menor cuantía no justifican la represión penal. A fin de no extendernos en demasía en este aspecto diremos que para el autor que analizamos, las ofensas que pueden ser criminalizadas son aquellas que no solo son *conocidas* por los ofendidos, sino que también sean *percibidas*. Ejemplo de ello era la vieja discusión, aunque no toda, si la sodomía o el lesbianismo podían ser criminalizados, aunque se realizaran a puertas cerradas, sin que pudiera ser percibido, pero conocido por los agentes que repudiaban dichas prácticas.

El principio del daño es la tesis que adopta el liberalismo penal. Frente a esta tesis aparecen quienes sostienen que la teoría del daño limita la posibilidad de la represión penal, ya que no incluye aquellas acciones que constituyen una ofensa a la comunidad *qua* comunidad. El moralismo legal, título con el que se podría bautizar a este tipo de postura, tiene diferentes cultores. Pero no todos coinciden sobre que conductas son propiamente inmorales y cuáles de ellas deben ser penalizadas. En cambio, casi todos coinciden en algo, en la existencia de la objetividad de la moral. El caso del profesor Dworkin es peculiar. Este entiende que el principio del daño no es suficiente a fin de establecer las conductas punibles, es preciso determinar además su inmoralidad. El caso es que el derecho penal no puede extraer las conductas punibles basadas en la moral pública. Este es el error en el cual incurre Devlin. Un grupo o una mayoría dentro de la sociedad puede sustentar ciertas creencias morales, en muchas ocasiones, ellas se fundan en el prejuicio o la irracionalidad, no parece sensato llamar a estas creencias con el nombre de convicciones morales o mantener que ellas constituyen una posición moral. En *Taking Rights Seriously*, Dworkin nos propone distinguir entre lo que constituye una mirada antropológica de la sociedad, de aquella que se fundaría en razones justificatorias con las que pueden ser confrontadas las creencias morales del hombre medio de la sociedad. Al sostener Devlin que el derecho penal debía ser extraído de la moralidad pública cometía un grueso error. Devlin decía con respecto al hombre medio: [...] no se espera de él que razone sobre nada, y su juicio puede ser en gran medida una cuestión de sentimiento. Si el hombre razonable cree que una práctica es inmoral, y cree también —sin que importe que la creencia sea correcta o errónea, con tal que sea sincera y desapasionada— que ningún miembro decente de su sociedad podría pensar de otra manera, entonces, por lo que toca al derecho, [la práctica es inmoral]. Dworkin

a fines de los setenta, consideraba que se confundía una posición moral con la racionalización de prejuicios y no con razones justificadas. ¿Será para Dworkin que las razones justificadas se confunden con la objetividad moral? En su obra *Justice in Robes*, Dworkin ha avanzado intensamente en la defensa del objetivismo moral, pues afirma que los valores políticos y otros valores son en casi todo parecidos a las clases naturales, no dependen de ninguna invención, creencia o decisión. Ese parecido, afirma, debe entenderse que a pesar de que algunos filósofos lo controvierten, es verdadero.

El filósofo del derecho y penalista Michael Moore se adscribe también al moralismo legal y al principio de que todo aquello que cuenta como inmoral debe estar sujeto a la criminalización. Moore como realista moral y adherente a la teoría causal de la referencia, considera que no hay obstáculos para determinar que conductas son inmorales. Este autor entiende que lo que debe ser penalizado, y existen razones para ello, en el derecho criminal, son las acciones intrínsecamente maliciosas y no solamente aquellas que caen bajo el principio del daño y de la ofensa de Mill y de Feinberg, sino aquellas que son inmorales. Un estatuto penal para Moore es legítimo si las conductas sancionadas, son verdaderamente inmorales y si una conducta es verdaderamente inmoral no es una cuestión de opinión, es materia de una realidad moral preexistente a cualquier opinión. Sin embargo, este autor entiende que algunas conductas inmorales no deberían estar sujetas a represión penal si se mide en costos de recursos, de sentencias erróneas, pérdida de privacidad y falta de respeto por el derecho, y si el peso de ese costo es superior al beneficio. También admite que ciertas conductas no son inmorales como la homosexualidad o la actividad sexual consensuada vinculada a ella. Moore atempera los efectos de su realismo moral o cognitivismo moral fuerte adscribiendo a un derecho a la libertad que inmuniza de la pena a varias clases de conductas que serían inmorales desde su visión realista. Sostiene Alexander, que Moore advierte la existencia de un derecho que protege la esfera de auto-definición de elecciones, aunque ellas sean inmorales y que pudieran ser bajo el principio del moralismo legal legítimamente reprimidas. Adscribiéndose así a la tesis de que existe un “derecho a hacer lo incorrecto”. Y, en este sentido, no está de acuerdo con la penalización del uso de la droga, aunque enuncia una serie de argumentos para demostrar que el uso de la droga es inmoral. Moore acepta claramente que existe una obligación moral de auto-restringirse para no destruir la capacidad de elección o de definir nuestras elecciones. Aunque sea moralmente incorrecto tomar

drogas al punto de llegar a la destrucción, sería también inmoral para el Estado penalizar el uso de la droga.

Volviendo a la postura de Feinberg frente al derecho penal, es uno de los representantes de la concepción liberal: rechaza el paternalismo moral, la posición de que el derecho criminal puede ser legítimamente empleado para proteger a la gente por su actuar dañoso contra sí mismos; el moralismo legal, que supone que toda conducta inmoral es suficiente para ser criminalizada, aun cuando no sea dañosa. Admite que las conductas omisivas pueden ser penadas bajo el principio del daño.

Joseph Raz representa una visión distinta en el ámbito de los filósofos liberales. Para él el respeto de la autonomía no exige la tolerancia de todas las elecciones no dañosas. Las elecciones autónomas tienen valor, en tanto estén dirigidas a fines que son en verdad valorables moralmente. En consecuencia, si se eliminan este tipo de opciones, ello no afecta al valor de la autonomía. Para Raz existe la posibilidad de establecer otro tipo de sanciones que no sean justamente la prisión para impedir conductas o acciones que no causan daño, pero que constituyen una opción inmoral. Multas u otro tipo de sanciones que no imponen prisión, permiten todavía un grado de autonomía. En la concepción de Raz existe la posibilidad de dejar de lado el principio del daño cuando existen acciones inmorales no dañosas que constituyen elecciones disvaliosas no importando cuan autónomas sean. Se debe criminalizarlas si no existe un excesivo costo en hacerlo.

Un problema relevante es cómo en el mundo anglosajón se trata el tema de las omisiones. En ella se reflejan rasgos fuertemente libertarios. El derecho criminal no puede imponer el deber de ayuda. No importa cuan grande es el peligro que corre la víctima, no importa cuán fácil y segura sea la ayuda requerida para remover el peligro. En ausencia de ciertas condiciones que se señalarán, no existe, por ejemplo, la necesidad de salvar a diez niños si se están ahogando, aun cuando ello llevara un pequeño esfuerzo o no hubiera riesgo en hacerlo, ni se tuviera justificación para no hacerlo. Los libertarios, podrían estar tentados a decir que no es el caso que quien no rescata no merezca ser sancionado, lo que sostienen es que los otros, frente a uno, están constreñidos por límites deontológicos para imponer castigos en tales circunstancias.

El derecho criminal solo reconoce un deber de ayuda en tres tipos de circunstancias. Primero, cuando uno ha ocasionado el peligro

de la víctima, aunque sin culpabilidad. Segundo, cuando uno se ha comprometido a ello. Tercero, cuando uno tiene un estatus especial con la víctima, padre, esposo, entre otros.

El análisis de estas situaciones produce diferentes dificultades que no analizaran aquí. Pero una cuestión importante en la responsabilidad de las omisiones es aquella que se vincula con el deber de ayuda. Si se trata de un rescate de alguien en peligro, ¿hasta dónde alcanza? El deber es limitado, pues nadie está obligado a rescatar a alguien en peligro si no es seguro y fácil hacerlo. Pero que ocurre, cuando uno ha causado el peligro de la víctima, ¿debe enfrentar un riesgo mayor que ponga en juego su propia salud o vida? ¿Cuál es la obligación de rescate cuando no hubo una causalidad física que provocó el peligro? Es el caso de alguien *A* que incurre en un riesgo de mucho peligro y cae en él, creyendo en la voluntad de *B* de rescatarlo y estando advertido este último de la confianza depositada en él por *A*.

Una cuestión final para esto: aun cuando el derecho imponga el deber de rescate, este deber está limitado para los casos en los cuales resulte ser fácil y seguro. Esto alcanza para los casos en el que se haya ocasionado el peligro sin culpabilidad o cuando se haya comprometido al rescate. Nadie puede estar obligado a desplegar un gran esfuerzo o riesgo, o enfrentar graves peligros de vida o salud, aun cuando el peligro de la víctima sea mucho mayor que el del obligado a rescatar.

Me resta tratar un aspecto importante de la filosofía del derecho penal y que se vincula con una larga y ardorosa discusión sobre el propósito de la pena. Seré breve y trataré de hacer una síntesis. Hay quienes sostienen una posición retrospectiva y existen otros autores que tienen una visión prospectiva. Así algún autor como Fletcher distingue una visión puramente retrospectiva que argumenta que la justificación de la aplicación de la pena es por eventos del pasado. La pena debe adecuarse al crimen cometido, independientemente del cálculo de las consecuencias. Este es el paradigma del pensamiento retributivo. Otro concepto se asocia con la denominada consecuencia fáctica, una especie de consecuencialismo, la justificación de la pena estaría dada por sus efectos disuasorios para el criminal en sí mismo y para el resto de la sociedad. Esto, por supuesto, requiere una observación empírica de lo que ocurre tanto en la sociedad como en el individuo *a posteriori*. Sin embargo, el test se hace imposible cuando entre las sanciones previstas se encuentra la pena de muerte.



Existe una tercera versión que se enlaza con la consecuencia de la pena, pero esta vez es conceptual. Esta noción puede atribuirse a Hegel. La pena para este autor vindica la vigencia del derecho: el orden legal, la autoridad del Estado sobre el mal representado por el crimen. La pena tendría la función de eliminar el delito —que de otro modo sería válido— y la restauración del derecho. Consideraba Hegel que las diversas teorías de la pena, la de la prevención, intimidación, amenaza, corrección, y demás —y la misma noción de perjuicio— eran superficiales, aunque intentaran pasar como primordiales, lo mismo pasaba con la noción del bien afectado, afirmando:

de lo que se trata no es sin embargo de un perjuicio ni de este o aquél bien, sino de un modo determinado, de lo injusto y lo justo. Con aquel punto de vista superficial se deja de lado la consideración objetiva de la justicia, que es lo primero y sustancial en el tratamiento del delito [...]. (127)

Más adelante nos dice:

en esta discusión lo único que importa es que el delito debe ser eliminado no como la producción de un perjuicio, sino como lesión del derecho en cuanto derecho [...]. (129)

Las críticas a la postura hegeliana son de antigua data; no es necesario recurrir a autores actuales para encontrar argumentos de peso contra la idea de que el Estado y, por ende, el derecho son la encarnación del espíritu absoluto. Un filósofo inglés de fines del siglo XIX, trataba de mostrar el error en que incurría Hegel. La concepción de Hegel sobre el castigo en el derecho criminal, resulta de su elevada opinión de lo que entendía por Estado, como algo contrario al individuo ciudadano. En su metafísica de la sociedad le confiere a la conciencia y a la opinión de los individuos un lugar mínimo. Ignorando así que ningún sistema de moralidad puede ser satisfactorio sin la aprobación de los individuos. Ello se debe en parte a su permanente intento de identificar al reino de Prusia con el reino de los cielos.

El Estado según la cosmovisión hegeliana encarna el universo en la vida humana. El individuo pertenece a él y, por tanto, vive una vida superior. El Estado llega a su 'verdad' y, por ende, lleva al individuo a su vocación última. El individuo libre no puede realizarse como tal fuera del Estado. Resulta curioso admitir que esta filosofía sea compatible con un Estado liberal y democrático de derecho e incluso con un derecho penal liberal.

Así pues, la visión utilitarista vinculada a la pena puede ser considerada como una colección de teorías en la distinciones que hace Fletcher, pues los actos y las penas son medidos por sus consecuencias, por lo que deben medirse costos y beneficios para la sociedad como un todo, como también para el ofensor, su familia como para el resto de la sociedad de manera indirecta.

Fletcher tiene su propia teoría sobre el fundamento de la pena. Esta sirve para superar la dominación que sobre la víctima ejerce el crimen. Fallar en eliminar la dominación supone que la culpa recae sobre el resto de la personas que son conciudadanos de la víctima en expresar su solidaridad y de despejar el estado de desigualdad a la que lleva e induce el crimen cometido y no juzgado. Fletcher nos dice: que los ciudadanos deben estar en condiciones de decir a las víctimas y a sus familiares: “ustedes no están solos, nosotros estamos con ustedes en contra del criminal”.

Concluyendo, tan solo fue mi intención hacerles llegar algunas reflexiones sobre el derecho penal liberal que pueden advertirse en la filosofía analítica, que es escasamente visitada en nuestro medio, pero que pueden tener alguna relevancia para nuevos análisis sobre el derecho penal y la dogmática penal en general.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexander, Larry. “The Philosophy of Criminal Law”. Coleman, Jules and Scoot Shapiro (ed.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002. Print.

Hegel, Georg. *Principios de la filosofía del derecho o Derecho natural y Ciencia política*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1975. Impreso.

Mill, Staurt. *On liberty*. New York: Dover Publications, 2002. Print.

Moore, Michael S. *Causation and Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2009. Print.

Sancinetti, Marcelo. *Dogmática del hecho punible y ley penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc S.R.L., 2003. Impreso.

#### Como citar:

Barbarosch, Eduardo. “La filosofía analítica y el derecho penal”. *Discusiones Filosóficas*. Jul.-dic. 2013: 195-204.