

# Sistema Jurídico-Penal y Legitimación Política en el Estado Democrático de Derecho

---

## 1. La legitimación de la violencia del Estado

“Todo Estado tiene su fundamento en la violencia”, les espetó Trotsky a los irritados representantes alemanes y austríacos ante la Conferencia de Paz de Brest – Litovsk, de 1918, que no se esperaban una arenga de teoría política. Max Weber recogió con aprobación esas palabras en un trabajo escrito algunos meses más tarde: la violencia *no es el normal o exclusivo medio con que cuenta el Estado*, pero sí su medio específico. El Estado es la relación de dominación de unas personas sobre otras, que se sostiene por medio de una violencia física considerada legítima. En otros términos, “el Estado pretende para sí el monopolio de la violencia física legítima” (1).

Es evidente que esa pretensión de legitimidad de la violencia estatal concierne sobre todo a la táctica del Estado en materia de control social y, dentro de dicho ámbito, a su parte formalizada: el sistema penal. Los límites de la pretensión de legitimidad de la violencia se hacen más o menos extensos según sea el modelo de “racionalidad material” que se proponga como base de la táctica política del Estado. En ese sentido, es útil confrontar dos tradiciones ideológicas opuestas sobre legitimación de la violencia y la resonancia de ellas en el sistema penal.

## 2. El modelo amigo-enemigo

La más explícita formulación del paradigma belico de la política se contiene en la obra de

Carl Schmitt. Este escribía en 1927: “La distinción propiamente política es la distinción entre el *amigo* y el *enemigo*”. Añadía que “el enemigo es, en un sentido singularmente intenso, existencialmente, otro distinto, un extranjero, con el cual caben, en caso extremo, conflictos *existenciales*” (2). No se crea que el conflicto “existencial” está pensado por Schmitt como una suerte de contienda simbólica: los conceptos amigo, enemigo y guerra adquieren su acepción real –dice– cuando se refieren a la posibilidad real y mantenida de matar *físicamente* y es “ese poder sobre la vida física del hombre (lo que) eleva a la comunidad política sobre todas las demás comunidades y sociedades humanas”. Dicho poder se justifica por la “afirmación existencial de la propia forma de existencia frente a una negación también existencial de esa forma”. La necesidad de “pacificación interna” conduce al Estado (al que “como unidad esencialmente política corresponde el *jus belli*”) a decidir “por sí mismo, mientras subsiste, quién es el enemigo interno”.

Schmitt cita con beneplácito “el magnífico radicalismo” del clásico del integrismo católico español, Juan Donoso Cortés, quien en 1851 reprochaba a la burguesía liberal el hecho de ser una “clase discutidora”. Donoso había escrito que “toda afirmación relativa a la sociedad o al gobierno supone una afirmación relativa a Dios” y que en la “sangrienta y decisiva batalla que hoy se riñe entre el catolicismo y el socialismo ateo... se trata de escoger entre la dictadura que viene de abajo y la dictadura que

*Ponencia escrita por el profesor Sergio Politoff, profesor de Derecho Penal en la U. Erasmo de Rotherdan, Países Bajos para las segundas jornadas sobre Criminalización en Euskadi: Derechos Humanos de los Presos y Alternativas a la cárcel (Vitoria, 18, 19 y 20 de mayo de 1989):*

viene de arriba” (3). Para la “clase discutidora” y la “teoría pluralista del Estado” —agrega Carl Schmitt— las únicas realidades son “el individuo” y, como conjunto, “la Humanidad” (ese “típico instrumento del imperialismo económico”), con lo que se prescinde de la “raíz metafísica de la política”. La peor de las confusiones se produce —afirma— cuando se abusa de las palabras “derecho” y “paz”, ya que un mundo sin la distinción del amigo y del enemigo sería un mundo sin política.

En su obra “Teología Política” hace Schmitt un parangón entre el estado excepcional, en el derecho y el milagro en la teología: “el caso excepcional transparente de la manera más luminosa la esencia de la autoridad del Estado. Vemos que en tal caso la decisión se separa de la norma jurídica y, si se nos permite la paradoja, la autoridad demuestra que para crear derecho no necesita tener derecho”, y a eso se reduce el problema de la soberanía —dice— ya que “soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción” (4).

### 3. El autoritarismo de derecha

Pienso que las ideas de Carl Schmitt y de otros “espantosos juristas” (para usar una denominación propuesta por Ingo Müller (5)) son inseparables de la tradición autoritaria que ha dominado la teoría jurídica en Alemania, en forma más o menos continuada hasta hoy, con no escasa influencia en la doctrina de otros países.

Hay quienes sostienen que, sobre la base de la Constitución de Weimar, de 1919, que ofrecía un marco “neutral” para la acción política, se habría desarrollado en Alemania una teoría del Estado caracterizada por un “exagerado liberalismo” y una “tolerancia relativista” (Kelsen, Thoma, etc.) que proclamaba el principio —se cita sarcásticamente— de que “la democracia ha de tratar a sus enemigos de la misma manera que a sus amigos y (que) mejor es hundirse flameando al aire la bandera que ser infiel a sí misma” (6). Si un grupo antidemocrático se hallaba en condiciones de conquistar una mayoría en el parlamento, por la vía legal, “tenía la Constitución a su entera disposición” (7). Se suele afirmar que Carl Schmitt, en cambio, habría tenido la lucidez de distinguir una Constitución material intangible, de los aspectos puramente legales de ella.

¿Puede hacerse el reproche a la teoría positivista de Kelsen y otros que, en la República de Weimar, formaban el grupo de pensamiento opuesto al que representaban Carl Schmitt y su escuela, de haber ayudado con su inocencia al triunfo de la dictadura de Hitler? ¿O fueron, por la inversa, Carl Schmitt y sus secuaces —sobre la base del paradigma amigo-enemigo— los que, en el plano jurídico ayudaron al desarrollo autoritario en Alemania?

Es verdad que Kelsen, en 1920, quería dejar abierta la posibilidad de una “transformación legal de la democracia capitalista en una democracia proletaria” (8) y que Schmitt consideraba que “la propiedad privada pertenecía a

la sustancia inviolable de la Constitución” (9). Pero justamente por ello es que la doctrina de Schmitt no debe interpretarse como base teórica de la inviolabilidad de determinados principios jurídicos esenciales para el evento de una modificación constitucional, sino –según señala Ingeborg Maus “como expresión de intenciones políticas enteramente contrarias respecto de la posibilidad, constantemente discutida en el período de Weimar, de una “socialización fría” a través del Parlamento” (10). Schmitt estaba dispuesto a aceptar *cualquier* forma de ejercicio del poder que llevara a ejecución su modelo amigo-enemigo. Por el contrario –escribe con razón Ulrich Storost– “no podía Schmitt atribuir la calidad estatal a un sistema de forma relativista, que no es capaz de reconocer y definir al enemigo, porque desconoce la esencia existencial de lo político”. Así pasó a ser Schmitt el protagonista de una corriente en la ciencia jurídica de la República de Weimar que, deliberadamente, colocó la teoría del Estado y del derecho al servicio de una conspiración política contra la vigencia efectiva de los elementos democráticos y parlamentarios de la Constitución de Weimar (11). En caso de conflicto –según esa doctrina– tenía siempre primacía la llamada “Constitución material”. Para resolver la cuestión de “cómo sin violar la Constitución podía ésta ser liquidada... prestó un servicio decisivo la teoría constitucional de Carl Schmitt de 1928” (12). No es, pues, la supuesta “neutralidad valorativa” de la Constitución de Weimar lo que permitió la conquista del poder por los nazis: “lo que faltaba a la República de Weimar eran verdaderos demócratas, que realmente creyeran que valía la pena luchar por los principios democráticos, tomarlos en serio y realizarlos” (13).

Si se comparan los escritos de Schmitt y sus seguidores *después* del 30 de enero de 1933 con sus pronunciamientos durante la República de Weimar, no se advierte una modificación, sino una explicitación del modelo amigo-enemigo: “El actual Estado alemán (tiene) la fuerza y la voluntad... de hacer la distinción entre amigo y enemigo”, escribe Schmitt en 1934, en un artículo para justificar el asesinato de



*Karl Marx*

Röhm y sus partidarios. “En verdad –dice– fue el acto del *Führer* auténtica administración de justicia. No está subordinado a la justicia, sino que es la más elevada justicia” (14). Para los casos en que el *Führer* no “crea derecho directamente” (15), propone Schmitt la supresión de inocencia en el proceso penal. Schmitt quería –dice Stefan König– otorgar derechos procesales únicamente a los inculpados a quienes se “reconociera” la calidad de “connacionales” (*Volksgenosen*). No decía quiénes eran éstos. Para el resto disponía la policía de suficientes medios (16). También proponía Schmitt una forma extrema de muerte civil para los científicos “ajenos a la raza” (*artfremden*): es necesario –escribió en 1936– “que se establezca lo más exactamente posible quién es judío y quién no es judío. El más pequeño error en ese sentido puede... dar fáciles triunfos a los enemigos del nacionalsocialismo”. Para proteger de la confusión a los estudiantes, los autores judíos (como “la Escuela de Viena del judío Kelsen”) no deben citarse y hay que proceder a la “limpieza de las bibliotecas” (17).

Los conceptos de “democracia combatiente” (*streitbare Demokratie*) y de “enemigos de la Constitución” (*Verfassungsfeinde*), que la doctrina y la jurisprudencia dominantes en la RFA presentan como garantía contra la supuesta vulnerabilidad de la visión liberal del Estado de derecho, así como la leyenda del “neutralismo valorativo” de la Constitución de Weimar que se opone a una vigente “democracia material” y a un concepto de “orden valorativo objetivo”, responden en buena medida, según pienso, a la persistencia y continuidad de la tradición autoritaria inspirada en las ideas de Carl Schmitt y en el modelo amigo-enemigo.

“Aprobación entusiasta” (“Epirrhosis”) se llama el tercero y más voluminoso de los tres libros de homenaje (*Festschriften*), a Carl Schmitt “en que aparece reunido lo más granado del derecho público de la postguerra” (18), incluyendo a una importante figura del marxismo español.

#### 4. El autoritarismo de izquierda

¿Cómo explicarse la atracción que todavía ejercen las ideas de un escritor ultraconservador y ultraautoritario como Carl Schmitt en algunos sectores de la izquierda? Grupos marxistas en los Estados Unidos y en Italia le han dedicado estudios especiales (19), sin escatimar elogios y sin demasiadas inhibiciones ante la idea de aparecer unidos en la apología con los “espantosos juristas” del más reaccionario autoritarismo de derecha.

Por supuesto que la imagen obsesiva del “enemigo del pueblo” o del “enemigo de clase” ha estado en la base del Gulag y del terror en los países en que ha imperado el stalinismo. Pero aún en algunas corrientes intelectuales del marxismo “sofisticado” de occidente prevalece una actitud desdeñosa frente a la idea del Estado de derecho y se prefiere la definición de la política como relación amigo-enemigo, lo que lleva consigo la legitimación de la violencia física como recurso *normal* de la política. La ortodoxia se remite a “documentos auténticos” procedentes de los “clásicos” (“La Crítica del Programa de Gotha”, etc.), a menudo separados

de su contexto histórico, para demostrar el carácter contrarrevolucionario de las ilusiones reformistas y revisionistas. ¿No adhería Engels al anunciado de Clausewitz de que “la guerra es la continuación de la política por otros medios”? ¿No había afirmado Lenin, en 1920, que “nuestra moralidad está subordinada por completo a los intereses de la lucha de clase del proletariado” y que “la moralidad es lo que sirve para destruir la antigua sociedad explotadora...”? (20).

Tal vez sería mejor preguntarse, visto el asunto de otro modo, ¿no son los “peligrosos lados de la herencia de Hegel” esto es, como escribe Lukacs, el hecho de que “el sistema de Hegel carece de una ética” (21), lo que permite la coincidencia en la concepción amigo-enemigo, mirada ahora, por así decir, “desde la otra orilla”? El propio Carl Schmitt parecía entenderlo así cuando escribía, en 1933, que “Hegel, a través de Carlos Marx, pasando por Lenin ha ido a parar a Moscú” (22) y reclamaba, en respuesta, el Estado total y la guerra total contra el “enemigo”.

La admisión por Lukacs del “dilema moral” en la opción entre la violencia y el método democrático y el reconocimiento por autores como Ernst Bloch de la existencia de un derecho natural, no obstan a la merecida autocrítica de que la izquierda “sólo en los últimos años ha descubierto los derechos de la persona y los derechos civiles, a los que ha añadido nuevos elementos”. (23)

#### 5. El sistema penal al servicio del modelo amigo-enemigo: el “rastreo del ánimo” (“Gesinnungsschnüffelei”).

Hans Welzel —que todavía en 1944, en plena concordancia con la tesis de Schmitt sobre el milagro en la teología política, sostenía que “el Estado queda dispensado, en las situaciones de excepción, de hasta las últimas ataduras jurídicas, como la de la tipicidad de las normas del derecho penal” (24) —ha prestado, *antes y después* de 1945, una importante contribución al autoritarismo y al modelo amigo-enemigo al trasladar el centro de gravedad del derecho

penal a la “comprobación de un ánimo conforme al derecho” (“*Bewährung rechtlicher Gesinnung*”) (25). Cuando los autores democráticos expresan hoy en Alemania su alma porque “las fronteras se borran entre el hecho y la *Gesinnung* (el ánimo, el modo de pensar) y entre la normalidad y la situación de excepción” (26), reviven una muy antigua polémica. Reconociendo la íntima relación entre la “*Gesinnungsstrafe*” y el modelo político amigo-enemigo, el joven Marx —en su época de crítica al autoritarismo de la burocracia alemana— escribía con elocuencia: “Las leyes que, no la acción en cuanto tal, sino la *Gesinnung* del que actúa la convierten en el criterio fundamental, no son

---

**Welzel: “Más que el actual resultado positivo de la acción, lo que al Derecho Penal le importa es la permanente tendencia positiva de los súbditos del Derecho”.**

---

otra cosa que las sanciones positivas de la falta de ley —es decir, un insulto al honor de los ciudadanos, una ley vejatoria de mi existencia. Mi existencia se hace sospechosa, mi esencia interna, mi individualidad es considerada reprochable y por esa opinión soy castigado. La ley fundada en la *Gesinnung* no es una ley del Estado para sus ciudadanos, sino la ley de un partido contra otro partido” (el subrayado es mío, S.P.) (27).

Desde lo que Welzel llamó “la revolución espiritual del 30 de enero de 1933” (28) (fecha en que los nazis tomaron el poder en Alemania), pierde significación la tradicional diferenciación en el hecho punible entre una parte objetiva y

una parte subjetiva (29). El hecho en cuanto a tal queda reducido a un síntoma, a un signo de que el autor no se siente ya vinculado a los “valores” del sistema. La importancia del elemento subjetivo la ilustra Welzel —en 1941— al afirmar que “los hechos punibles que provienen de una *Gesinnung* que contiene el germen de destrucción de la férrea unidad del pueblo tienen que ser castigados... con todo el rigor del derecho penal” (30). ¡Todo el rigor! ¡en 1941!. Tiene razón Monika Frommel cuando escribe que “el derecho penal de la voluntad (“*Willensstrafrecht*”) y la fundamentación del derecho penal en la filosofía de los valores, como pretendía Welzel en 1934, no era sino la extrema consecuencia de un clima político que exigía “más dureza”, pero en la que los juristas no tenían que preocuparse por las consecuencias de semejante política criminal”; ellas quedaban confiadas a otros escalones del aparato. Hay que convenir, asimismo, en el hecho de que la popularidad de Welzel a partir de los años 50 muestra —como señala también Monika Frommel— que “ha cambiado muy poco el desinterés de muchos juristas por las consecuencias de esa doctrina para la política criminal” (31).

En 1941 había escrito Welzel que la culpabilidad consiste en que nuestros impulsos no arrancan de los valores, esto es, de los deberes que el derecho nos impone (32). Tales valores eran entonces, entre otros, la lealtad con respecto al pueblo, al Estado, al Führer, la obediencia al poder coactivo del Estado, la disposición para servir en las Fuerzas Armadas...” (33). Ingo Müller observa certeramente que “la teoría final de la acción del profesor de derecho penal Hans Welzel, que orientada por la representación de valores conservadores, implicaba la disolución de la racionalidad del derecho penal (liberal) y que resultó con ello muy adecuada al Tercer Reich —pudo abrirse paso en los años 50” (34), Welzel seguía sosteniendo que al derecho penal incumbe un papel formativo de ética, pero los valores habían cambiado. Esto no parecía tener mayor importancia, ya que en un artículo publicado en 1969 sostiene que el contenido de sentido de nuestra vida reposa en tareas obligatorias que nos impo-

ne “la situación histórica cambiante”. Añade: “a ellas corresponden también las normas de un derecho histórico” (35) (En 1935 veía él “las necesidades de la situación histórica concreta” expresadas jurídicamente en “la voluntad del *Führer*” (36) (¡Ay del que no sepa reconocer y obedecer las tareas obligatorias que nos impone “la situación histórica cambiante”!). ¡A él habrá que castigarlo “con todo el rigor del derecho penal”!).

Welzel dice: “la simple tutela de bienes jurídicos tiene solamente un propósito negativo de precaución, policial-preventivo”. Agrega: “Mas que el actual resultado positivo de la acción, lo que al Derecho Penal le importa es la *permanente tendencia positiva* de los súbditos del derecho (*“Rechtsgenossen”*)” (el subrayado es mío, S.P.) (37). Los *“Volksgenossen”* han pasado a ser *“Rechtsgenossen”*, pero la idea esencial permanece: se castiga el “injusto personal”, es decir, *“den Abfall von der Rechtsgesinnung”*, la pérdida del credo jurídico que nos impone la situación histórica (38).

De la misma manera que Carl Schmitt se las arregló para echar sobre los hombros del positivismo de Kelsen el favorecimiento y legitimación del nazismo, Welzel acusó al positivismo de Radbruch de haber favorecido “la entrega del derecho al poder” (a ello contribuyó, sin proponérselo, el propio Radbruch con su inmerecida autocrítica). Así nació la leyenda de la superación de la neutralidad valorativa en el derecho penal.

No es del caso ocuparse aquí de las objeciones técnicas al finalismo en el plano de la dogmática. Armado —como dice Hassemer con gracia— “de artillería pesada” (Hartmann, Scheler) (39), se empeña Welzel en dar una base “ontológica” a su teoría. En rigor se trata —a nuestro juicio— de una de las tantas retóricas posibles de la teoría penal, la que mejor se adapta a la pesquisa del modo de pensar y del modo de ser de las personas. Los seguidores de Welzel en Alemania ven la antijuridicidad, no en la lesión de bienes jurídicos, sino en la “falta de motivación jurídica dominante” (40) o en el “daño en la confianza de los ciudadanos, que surge por la manifestación del propósito de

lesionar un bien jurídico” (41) y la culpabilidad es, sin ambages, la “falta de lealtad hacia el derecho” (42).

No es por casualidad que Vishinsky acusara a los eminentes juristas soviéticos Pachukanis y Krilenko de ser “saboteadores derechistas-trozkistas (Sic) en el campo del derecho (porque)... querían echar por la borda el concepto de culpabilidad” (43). A través de ese concepto, la represión penal puede adquirir una connotación moralmente descalificadora: “Una pena es justa —escribe el profesor Piontkovsky— cuando responde a las exigencias de la moral comunista” (44). Explícitamente lo admite el sistema penal de la RDA: “La culpabilidad penal contiene siempre también elementos moralmente descalificadores, que deben ser tomados en cuenta para la reeducación del hechor” (45).

Tales doctrinas jurídicas reposan en la idea de la lealtad de los ciudadanos, esta vez hacia los valores del régimen estatal socialista. Al derecho penal se le asigna, como lo quieren Schmitt y Welzel, “desde la otra orilla”, la tarea de conformar en los ciudadanos una *Gesinnung* que les permita distinguir al amigo del enemigo y a reconocer los deberes que se asignan a cada uno en “la situación histórica cambiante”.

A través del rastreo de la *Gesinnung*, el derecho penal de autor va al encuentro de la peligrosidad como criterio de represión penal. Desde una tradición de pensamiento de origen muy diverso, sostienen los partidarios de las llamadas “protective sentences” que, sobre la base de un pronóstico de peligrosidad, sean puestos “fuera de circulación por un período sustancial en el interés de la seguridad pública” algunos individuos “who are likely to cause further serious harm”; entre esos delincuentes peligrosos se cuentan también —según Jean Floud— los que representan un serio peligro para el Estado (46).

## 6. El Estado Democrático de Derecho

La reflexión política “después de Auschwitz” y “después del Gulag” hace intolerable cualquier concepción que se aparte del principio de

que el ser humano, su autonomía y su dignidad, no pueden ceder ante ningún proyecto social. Los derechos humanos (y el llamado derecho natural concreto), como primera prioridad son la respuesta a la realidad de los campos de exterminio. El hombre y la mujer de nuestro tiempo tienen razón de encogerse de hombros frente a las supuestas exigencias de “los pueblos portadores de historia” u otras metodologías. A diferencia del paradigma amigo-enemigo, la concepción del Estado de derecho presupone la legitimidad del pluralismo y de la “clase discutidora”.

El asunto no puede reducirse, con todo, a la aceptación del conflicto (que no se “suprime” mediante la supresión del opositor), sino que abarca también la pregunta sobre el papel del Estado frente a la violencia real o potencial de los grupos hegemónicos particulares. La cuestión fue formulada por Wolfgang Abendroth en los siguientes términos: “O se somete a la gran masa de los miembros de la sociedad a la violencia privada (que se orienta, por ende, por los intereses particulares y no por el bien común) de aquellos miembros que pueden disponer de las posiciones de poder económico decisivo o se quita a la contingencia de la disposición privada de pequeños grupos la necesaria e inevitable planificación de la vida social, sometiendo a todos los miembros de la sociedad participantes en los procesos colectivos de producción a un control común, cuya unidad superior de decisión es el Estado” (47). La respuesta es que la realización del Estado de derecho no puede limitarse a garantizar la libertad de autodeterminación de los individuos y la previsibilidad y seguridad de las consecuencias de sus acciones, sino que exige una ampliación de las competencias de la voluntad ciudadana expresada democráticamente, de manera que puedan alcanzar hasta a “aquellas esferas en que se decide sobre las reales condiciones de existencia de la masa del pueblo”, esto es, “los puestos de comando de la economía capitalista” (48). En otros términos, la realización del Estado de derecho exige el perfeccionamiento y ampliación crecientes de la democracia. La pretensión del discurso ortodoxo de que ello es

imposible por la lógica “autodestructiva del capitalismo” en relación con los aspectos democráticos, solidarios y participativos de la sociedad y del Estado y su evidente tendencia a marginalizar a sectores cada vez mayores de la población, está contradicha por las experiencias positivas en diversos países en que la solidaridad ha conseguido llegar a ser una de las preocupaciones básicas de la programación política: una extensa red de organizaciones de intermediación (su movilización y su lucha) permite a grupos de intereses y de opinión muy numerosos hacerse escuchar antes de adoptarse las decisiones por los órganos de la democracia representativa. En esos países, los órganos del Estado aparecen generalmente dispuestos a rechazar criterios sectarios y a favorecer el compromiso. Las tensiones se dan, por cierto, de manera muy diversa en contextos conflictivos diferentes. Es cierto que, en ocasiones, el derecho aparece como un “tigre de papel”, incapaz de proteger al hombre y su medio de la “irresponsabilidad organizada”, como expresara W. Paul en un reciente foro (49). Pero el Estado democrático de derecho parece hallar en su historia traumática la fuente de su preservación y de su eficacia para evitar nuevas catástrofes.

## 7. El Derecho Penal Liberal: el modelo holandés

La crítica del sistema penal a la luz de las exigencias del moderno Estado democrático de derecho no comienza con la impugnación, sino con la reivindicación de aspectos importantes de la teoría penal liberal. Sólo la recuperación de una concepción del derecho penal liberal, “que no sea anacrónica y utópica”, crea los presupuestos para la crítica ulterior de sus “fallas estructurales” y de sus “flancos abiertos” (50). Dicho de otra forma: las perspectivas reduccionistas y emancipadoras de política criminal —inherentes a una consecuente interpretación de los derechos de la persona— deben tener como punto de partida el rescate del discurso “clásico” de la teoría penal liberal, en el sentido de la “Magna Carta” que fija con precisión y objetividad los límites de los hechos

punibles y no punibles. Ello implica la depuración del discurso jurídico-penal dominante de los supuestos autoritarios que se le injertaron a partir de los años 30, con “el traslado de las ideas de la revolución conservadora del ámbito político al derecho penal” (51). Las concepciones que transfieren el centro de gravedad del sistema penal desde la tutela de bienes jurídicos contra un daño o peligro concreto hacia la *Gesinnung* y el desvalor del acto (indiciario de una “motivación jurídica insuficiente”) han ido ganando terreno, no sólo por la vistosa pretensión “ontológica”, sino por el desconocimiento del derecho a motivarse como a uno le plazca, en una sociedad pluralista. El desconocimiento de la libertad de motivación es coherente con las tradiciones de las burocracias autoritarias de derecha y de izquierda e incompatible con el Estado democrático de derecho

El modelo holandés es todavía —a pesar de no raras inconsecuencias— un buen ejemplo de la teoría y la práctica del derecho penal liberal. Ya en 1917 caracterizaba el jurista neerlandés Trapman la teoría penal “típicamente holandesa” del siguiente modo: “El espíritu moderado, práctico por excelencia en contraste con el ingenio constructivista; el método que ve el sistema como medio auxiliar, la práctica como pauta, en contra de la doctrina que por encima y fuera de la realidad atribuye la significación primaria al sistema” (52). De ahí que, mientras autores alemanes, como Engisch, proclaman que “los juristas tienen que considerarse satisfechos cuando hallan una justificación para la racionalidad y necesidad de la pena” (53), el Ministro de Justicia holandés Modderman, al presentar al Parlamento, hace algo más de cien años, el proyecto de Código Penal, formulaba la advertencia de que “la pena no debe ser un remedio peor que la enfermedad”. Ese criterio explica que la crítica autoritaria hable con impaciencia del “clima penal indulgente” de los Países Bajos: la pena mínima general de un día de privación de libertad aún para los más graves delitos; la pena de multa, a partir del mínimo general de cinco florines, en vez de penas privativas de libertad, también posible para cualquier delito; la posibilidad del perdón judicial respec-

to, asimismo, de todos los hechos punibles; la existencia de amplias posibilidades de suspensión de la pena o de su reemplazo mediante “transacción” por penas alternativas, tales como la reparación del daño causado; etc. Pero todavía más significativa es la forma original como se ha desarrollado el principio de oportunidad, según el cual para poder proceder a la persecución penal es preciso que “el interés general lo haga necesario” (arts. 167, inc. 2º; 242, inc. 2º; 244 y 245 del Código de Procedimiento Penal), de donde se sigue que el Ministerio Público puede decidir no ejercer la acción penal y sobreseer con respecto a cualquier delito, cualquiera que sea la pena que la ley le asigne, cuyo castigo no se considere oportuno. En última instancia es el Ministro de Justicia responsable ante el Parlamento por la decisión de perseguir o no un hecho punible. Lejos de favorecer la arbitrariedad, ese sistema admite abiertamente que la aplicación de pena no responde a necesidades ontológicas o axiológicas, sino a la táctica política del Estado en materia de control social. El Estado democrático de derecho debe asumir la responsabilidad, a través de sus órganos políticos, de la decisión —abierta al debate público— de encerrar o no en cárceles a determinados individuos por hechos juzgados socialmente dañinos, en vez de escudarse en el prestigio y el misterio de la necesidad metafísica de la pena (54). Por supuesto que en un sistema tan abierto y pragmático pierden gran parte de su importancia las sutilezas de la dogmática penal. El “mundo de la vida” precede siempre y en ocasiones se sustituye al “mundo del sistema”.

La tendencia dominante en Holanda mira con poca simpatía el concepto de expiación, considerado como una idea curiosa que no puede armonizarse con las tareas de la autoridad en una democracia pluralista. Pero aún frente a las preguntas de la dogmática se refleja la moderación de la visión liberal. Así, por ejemplo, frente a la extensión de las justificantes: Con razón observa Günther Spindel que, si uno se queja de la hipertrofia del derecho penal y quiere reducir su alcance, no puede a la vez reducir el campo de aplicación de la impunidad exigiendo elementos subjetivos en las causales de justifica-

ción. En tal caso, las miras de la voluntad “malévola” o “enemiga del derecho” pasan a tener la primacía sobre la exclusión objetiva de la punibilidad (55). A diferencia del finalismo, que exige un elemento subjetivo especial en todas las causales de justificación (56), la doctrina en Holanda prescinde de la “voluntad de obrar conforme a derecho” para aceptar la justificación. Lo mismo cabe decir a propósito de la tentativa: Welzel sigue una línea consistente con su teoría cuando reclama el castigo de la tentativa inidónea “sin consideración de la ausencia objetiva de peligrosidad de la tentativa con medios inidóneos o respecto de un objeto inidóneo”, ya que —dice—, “como el orden jurídico, en sentido amplio, es un poder espiritual que da forma a la vida del pueblo... la realidad y vigencia de ese poder espiritual es también lesionado por una voluntad que emprende acciones que tiene por acciones de ejecución idóneas para la comisión de un delito” (57). La doctrina admitida por los juristas holandeses —que, con arreglo a una visión liberal, no se proponen usar al derecho penal como “poder espiritual que da forma a la vida del pueblo”— ha optado, en cambio, por la teoría objetiva y rechaza la punibilidad de la tentativa inidónea. Por razones parecidas, mientras para Welzel hay delito consumado en la “*aberratio ictus*” y en la hipótesis del llamado “*dolus generalis*” (58), la doctrina dominante en Holanda opta por la tentativa (59).

No es del caso hacer aquí el parangón de todos los terrenos del discurso dogmático en que la interpretación liberal y la teoría fundada en la *Gesinnung* se separan. Particularmente notorias son esas diferencias, como se sabe, respecto de la importancia del resultado en los delitos culposos y sobre el alcance de la comisión por omisión. Lo esencial es, con todo, decidir si el delito se concibe como lesión de bienes jurídicos o como lesión de un deber. Ese diferente enfoque determinará —como apunta Bauman— que el derecho penal se ocupe de conductas dañosas de bienes jurídicos o de conductas “falsamente dirigidas” (60). Las cuestiones de simetría sistemática (como la situación del dolo en la “topografía” del esquema



*Adolfo Hitler*

delictivo) carecen de verdadera importancia. Sobre el asunto de la ubicación del dolo, como dice risueñamente Hassemmer (61), bien podríamos hacer una votación.

En el plano de las garantías procesales —que tampoco podemos detallar ahora— es de toda evidencia que la visión política sobre la relación entre el Estado y los individuos fija la mayor o menor extensión del respeto a los derechos individuales, ya que los criterios autoritarios tienden naturalmente a restringirlos.

La teoría y la práctica liberales son un buen punto de partida para cualquier avance en la perspectiva reduccionista o descriminalizadora. La suposición de que la criminología crítica es un pensamiento exclusivo de sectores radicales de la izquierda desconoce el pragmatismo del “establishment” liberal, que, hace ya mucho tiempo, ha ido abandonando la criminología etiológica (la que predominaba, por lo demás, en la concepción de los clásicos marxistas sobre el “lumpenproletariado” y en la sociología pro-

# NOTAS

- (1) Max Weber, Politik als Beruf, en: *Gesammelte politische Schriften*, Drei Marken Verlag, Múnich 1921, p. 397 y ss.
- (2) Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1933, p. 7 yss.
- (3) Juan Donoso Cortés, Ensayos sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo, en *Textos políticos*, Ed. Rialp, Madrid, 1954, p. 233 y ss.
- (4) Carl Schmitt, Teología política, en *Estudios Políticos*, Ed. Doncel, Madrid 1975, p. 65 y ss.
- (5) Ingo Müller, *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, Kindler Verlags, Múnich, 1987.
- (6) Cf. la opinión de Quaritsch, en: E. Denninger y otros, *Verfassungstreue und Schutz der Verfassung... Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler in Bonn vom 4 - 7. Oktober 1978*, Berlín, Nueva York, 1979, p. 141.
- (7) G. Jasper, cit. por Th. L. Bellekom, "Verfassungsfeinde" en openbare dienst, N.J.C.M. Bockerij 9, 1987, p. 41. Cf. S.I. Politoff, Een "Gehernaste" Rechtstraditie: vriend/vijand paradigma en "Gesinnungsschnüffelei"-syndroom, en: *Nederlands Juristenblad*, jaargang 64, 14, 1989, p. 451 y ss.
- (8) Cf. Hans Kelsen, *Sozialismus und Staat* (1920), Viena, 1965, p. 57. Cit. por Ingeborg Maus, *Bürgerliche Rechtslehre und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts* Munich, 1976, p. 32 y 112.
- (9) Vid. M. Kraft-Fuchs, *Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre*, en *Zör* 9 (1830), p. 511 y ss., Cit. por Ingeborg Maus, ob. cit., p. 112.
- (10) Cf. Ingeborg Maus, ob. cit. loc. cit.
- (11) Ulrich Storost, *Staat und Verfassung bei Ernst Forsthoff*, Frankfurt am Main/Berna/Las Vegas, 1979, p. 35.
- (12) Dieter Grim, Die "Neue Rechtswissenschaft", Ober Funktion und Formation nationalsozialistischer Jurisprudenz, en: *Wissenschaft im Dritten Reich*, Ed. por Peter Lundgreen, Frankfurt am Main, 1985, p. 47.
- (13) A. Grosse, Vorwort en L. Duve/W. Kopitzsch, *Weimar ist kein Argument, oder, brachten "Radikale in öffentlichem Dienst" Hitler an die Macht?*, Reinbeck bei Hamburg, 1977, p. 7. cit. por Bellekom, op. cit. p. 49.
- (14) Carl Schmitt, Der Führer schützt das Recht, en: *Deutsche Juristen-Zeitung*, 39 Jahrgang, 1934, p. 146 y ss.
- (15) Ibidem.
- (16) Cf. Carl Schmitt, *Stellungnahme der wissenschaftlichen Abteilung des NRSB*, p. 108, cit. por Stefan König, *Vom Dienst am Recht. Rechtsanwälte als Strafverteidiger im Nationalsozialismus*, Berlín - Nueva York, 1987, p. 149.
- (17) Carl Schmitt, Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist, en: *Deutsche Juristen-Zeitung*, 41. Jahrgang, 1936, p. 1194 y ss.
- (18) Ingo Müller, ob. cit. p. 53.
- (19) Cf., p. ej. Paul Piccone (y otros) *Carl Schmitt : enemy or foe*. Special issue of *Telos*, Nueva York, 1987, N° 72.
- (20) V.I. Lenin, Tareas de las Juventudes Comunistas, Discurso pronunciado en el III Congreso de la Unión de Juventudes Comunistas de Rusia, el 2 de octubre de 1920, en: *Obras escogidas*, tomo 3º, Ed. Progreso, Moscú, 1961, p. 485-486.
- (21) Georg Lukacs, Taktik und Ethik, en: *Politische Aufsätze*, Luchterhand Verlag, 1975, p. 48.
- (22) Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, Hamburgo, 1933, p. 32.
- (23) Ulrich K. Preuss, Perspektiven von Rechtsstaat und Demokratie, en: *Kritische Justiz*, Jahrgang 22, p. 12.
- (24) Hans Welzel, *Ober den substantiellen Begriff des Strafgesetzes*, en: *Probleme der Strafrechtserneuerung. Eduard Kholrausch zum 70. Geburtstag dargebracht*, Walter de Gruyter, Berlín, 1944, p. 118.
- (25) Ibidem, p. 111 y ss.
- (26) Preuss, ob. cit. p. 3.
- (27) Cf. Franz Mehring, *Aus dem literar. Nachlass von Karl Marx, Friedrich Engels und Ferdinand Lasalle*, 1, p. 153/4, cit. por Karl Binding, *Die Normen und ihre Obertretung*, vol. II, reedición de la 2ª ed., Scientia Verlag Aalen/Utrecht, 1975, p. 282.
- (28) Hans Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie (1935), en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín, 1975, p. 105 y ss.
- (29) Cf. Hans Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der Strafrechtssystematischen Schuldhlehre*, Berlín 1974, p. 209-210.
- (30) Hans Welzel, Persönlichkeit und Schuld, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 61, 1941, p. 461.
- (31) Monika Frommel, Welzels finale Handlungslehre. Eine konservative Antwort auf das nationalsozialistische Willensstrafrecht -oder die Legende von der Überwindung des Wertneutralismus im Strafrecht, en: Udo Reifner, Bernad-Rüdiger

- Sonnen (Hg.) *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*. Frankfurt/Nueva York, 1984, p. 93.
- (32) Hans Welzel, *Persönlichkeit und Schuld* cit., p. 428-475.
- (33) Hans Welzel, ob. cit. en: *Kohbrausch-Festschrift*, loc. cit.
- (34) Ingo Müller, ob. cit. p. 239.
- (35) Hans Welzel, Gedanken zur Willensfreiheit, en: *Festschrift zum 70. Geburtstag von Karl Engisch*, Frankfurt am Main, 1969, p. 100.
- (36) Hans Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie* cit. loc. cit.
- (37) Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*. 7. Auflage, Berlin, 1960, p. 2 y ss.; ver también p. 57.
- (38) Cf. la crítica de Jürgen Baumann, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Bielefeld, 1977, p. 18. Citando a Georg Lukacs: "no hay ninguna ideología inocente" (*El asalto a la razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*. Fondo de Cultura Económica, México, 1959, p. 4), yo objetaba con circunspección en 1965: "De ahí que nos resistimos a aceptar concepciones que tienden a subordinar en todo caso la antijudicialidad material a la ética, porque de esto al derecho penal del carácter hay un paso" (Sergio Politoff, *Los elementos subjetivos del tipo legal*. Editorial Jurídica de Chile, 1965, p. 57). No conocíamos entonces, sin embargo, todos los antecedentes históricos de la gestación de esa doctrina. Welzel había escrito en 1941: "No solamente la teoría final de la acción obliga a una nueva manera de ver la esencia y la posición de la culpabilidad en el organismo total de la acción, sino también la teoría moderna de la culpabilidad de autor que al hecho le hace un reproche penal por ser como es (*für sein Sosein*)" (*Persönlichkeit und Schuld*, cit. p. 428).
- (39) Winfried Hassmer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. München, 1981, p. 211.
- (40) Vid. Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlage und die Zurechnungslehre*. Berlin/Nueva York, 1983, p. 385.
- (41) Vid. Harro Otto, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 87, p. 562.
- (42) Jakobs, ob. cit. loc. cit.
- (43) Cit. por F.J.M. Feldbrugge, *Schuld in het Sovjet Strafrecht*, Utrecht/Nijmegen, 1959, p. 76.
- (44) Cf. Reinhart Maurach, Neuere Kriminalpolitische Tendenzen im Sowjetischen Strafrecht, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschafts*, 82, p. 239 y ss.
- (45) John Lekschas/ Joachim Renneberg, (ed.), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch*. Berlin, 1978, p. 270.
- (46) Jean Floud, Dangerousness and criminal justice, en: *British Journal of Criminology*, vol. 22, July 1982, N° 3, p. 216 y ss.
- (47) Cit. por Ulrich K. Preuss, ob. cit. p. 2.
- (48) Preuss ob. cit. loc. cit.
- (49) W. Paul, Ponencia leída en las Jornadas sobre la Función Simbólica del Derecho Penal, organizadas por la Universidad Autónoma de Barcelona (11, 12 y 13 de mayo de 1989) (ined.).
- (50) Cf. Klaus Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreissiger Jahre*. Duncker Humblot, Berlin, 1975, p. 263.
- (51) *Ibid.*, p. 247.
- (52) P.M. Trapman, Het bewustzijn der wederrechtelijkheid, en *Tijdschrift voor Strafrecht*, 36, p. 80.
- (53) Karla Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, Berlin, 1963, p. 65.
- (54) Cf. S.I. Politoff/F.A. Koopmans, *Schuld*. Gouda Quint, Arnhem, 1988, p. 43 y ss.
- (55) Günter Spendel, Gegen den "Verteidigungswillen" als Notwehrefformidn, en: *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*. München, p. 260. 1979.
- (56) Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. J. Córdoba Roda), Barcelona, 1952, p. 368.
- (57) Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit. p. 171.
- (58) Cf. *Ibid.* p. 66-67.
- (59) Vid. Politoff/Koopmans, ob. cit. p. 108 y ss.
- (60) Jürgen Baumann, ob. cit. p. 214.
- (61) Winfried Hassemer, ob. cit. p. 212.
- (62) Cf. Jack Young, Racial Criminology in Britain, en: *British Journal of Criminology*, 1988.
- (63) Cf. Ulrich Klug, Abschied von Kant und Hegel, en: Baumann (Ed.), *Program für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*. Frankfurt am Main, 1968.
- (64) Hans Thornstedt, Die Strafrechtsreform der BRD, en: *Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung*. Berlin/Nueva York, 1979, p. 72.
- (65) Cf. *Rapport sur la Décriminalisation*. Comité restreint d'experts sur la décriminalisation, Stnsbourg, 1979, p. 3 y ss.
- (66) Vid. S.I. Politoff, Giving chances to the "impossible", en: *The Criminal justice system as a social problem: an abolitionist perspective. Liber Amicorum Louk Hulsman*. John R. Blad, Hans van Mastrigt, Niels A. Uildriks (eds.), Rotterdam, 1987, p. 93 y ss.
- (67) L. Dupont; Polemische bespiegelungen over strafrechtshervorming, en *Panopticon*, jaargang 8, N° 5-6, sept/dec. 1987, p. 391.
- (68) Cf. Alfonso Reyes Echandía, *Criminología*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984, p. 374. Cf., asimismo, S.I. Politoff, Decriminalisering en rechtsbescherming in wisselende contexten, en *Recht en Kritiek*, jaargang 13, N°2, 1987, p. 159 y ss.