

Derecho Penal

NOTAS ACERCA DEL DERECHO PENAL ANTROPOLÓGICO¹

Germán Aller

Sumario

1. Cronología del hombre. 2. Progreso social. 3. Concepción antropológica.

1. CRONOLOGÍA DEL HOMBRE

El hombre, en el estricto sentido etimológico de la palabra³, luego de siglos logró erguirse sobre sus piernas y pararse frente al mundo. Apareció así el *homo erectus*, distinguiendo su figura de otros seres que habitaban el planeta y destacó su estampa signada por la inteligencia -incipiente- característica de la posterior evolución. El cambio ya se había producido: nuestro antecesor dirigió su mirada desde un punto más alto que sus ancestros y pudo ver más allá que sus antepasados. Sus ojos, como los del depredador: agresivos, con su ubicación anatómica claramente identificada con el cazador, orientados hacia el frente, dejando los costados para el mero control de su raballo, miraron fijamente al horizonte distante y vieron más lejos que nunca. Era el mismo hombre, pero diferente, porque algo había cambiado.

Con el transcurso del tiempo, los años dejaron este hallazgo para el olvido y el hábito ganó a la sorpresa. El desarrollo de la continuidad de los quehaceres cotidianos, la necesidad de sistematizar la producción de

Artículo efectuado en homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba.

Profesor de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay) y Director del Grupo de Investigación de Criminología. Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. Profesor de Derecho Penal de la Escuela Nacional de Policía. Profesor de postgrado de Criminología y de Victimología de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor colaborador del Departamento de Medicina Legal de la Facultad de Medicina de la Universidad de la República.

La palabra *hombre* proviene del latín *homo*, ser animado racional, y abarca toda la especie humana sin distinción de género femenino o masculino.

forma de obtener el mayor resultado favorable con el esfuerzo justo, sin desperdiciar energía, haciendo rendir la jornada de labor, dio origen al *homo jaber*. Este era -y es- el hombre trabajador, dispuesto a aplicar su mayor fuerza para obtener un resultado beneficioso para sí y los suyos. Su objeto no sería tanto el trabajo cuanto el sacrificio ofrecido con generosidad, aún a costa de su cuerpo, por proteger y asegurar la vida de su grupo.

Este cambio paradigmático de cuerpo y mente hacia el mundo circundante, con los consabidos cambios antropológicos producidos por el entorno, fue dando lugar al *homo sapiens*. Él constató lo que acontecía en el exterior, aproximándose a dos grandes realidades: la cotidiana, relativa a la supervivencia; y la existencia misma del hombre como ser pensante, conocedor, centrado en la razón y dueño de una poderosa imaginación. Este sabedor y pensador observó al hombre desde el hombre. Pudo distinguirse a sí mismo y a los demás porque su centro se ubicó fuera de sí, dando lugar a un ser trascendente, pues su objeto se fue desplazando de la supervivencia hacia la esencia⁴.

El conocimiento aplicado al grupo fue dando la noción de solidaridad y la consecuente compasión frente a los límites de los otros. Bases de la aceptación de valores sociales por los cuales el hombre habría de cumplir una tarea mancomunada tendiente a dispensar el saber y la cultura al desarrollo de los demás integrantes de la aldea global⁸. El desenvolvimiento del intelecto permite comprender sin compartir y, aún así, aceptar otras conductas como socialmente válidas. Esta amplitud de ideas lo coloca en situación de *homo pius*, un individuo capaz de tolerar, de entender y perdonar⁶.

Sin embargo, sigue siendo difícil aceptar que todo hombre pueda alcanzar ese grado de abstracción al punto de ver y verse desde otra

Antonio Beristain, *De leyes penales y de Dios legislador*, Madrid, EDERSA, s. f., p. 417.
 Marshall McLuhan, *La galaxia de Gutenberg*, 1ª ed., Barcelona, Galaxia de Gutenberg
 Círculo de lectores 1998, p. 50. Concepto que refiere a la globalización del mundo actual
 con cierta crítica implícita respecto a la gran velocidad de los cambios visibles y la relativa
 lentitud o contención en la evolución de los aspectos básicos de la comunidad. Un aspecto
 difícil de solucionar en las sociedades modernas pluralistas, complejas y democráticas, es
 dar un paso más allá que la aceptación pasiva de que cada cual puede tomar sus decisiones
 y permitir que efectivamente el otro actúe libremente, aún contrariando criterios
 mayoritarios. Eso implica el respeto y ámbito adecuado para desarrollar conductas libres y
 responsables.

dimensión -casi virtual- donde la percepción de los actos sobre relevancia constructiva y deseché sentimientos desvalorados como la venganza, el odio, la envidia, el egoísmo y otros que hacen pequeños a sus cultores, ya que no es factible que de ellos pudiera brotar el perdón en eterno presente. Esta concepción interior se está gestando desde su esencia en el *homo creator*, capaz de sintetizar la razón, el espíritu, el impulso, el instinto y la propia antropología humana en la creación, la autocreación y la heterocreación como componentes fundamentales de toda persona. Quitando todo lo que sobra, Miguel Ángel pudo descubrir la figura de David dentro de un bloque virgen de mármol.

2. EL PROGRESO SOCIAL

Es frecuente observar que el progreso es definido como un constante movimiento orbital o elíptico, siguiendo las antiguas concepciones helénicas sobre la evolución del hombre. Ello da lugar a la consuetudinaria visión de que todo en el mundo se repite: éxito y fracaso; guerra y paz; amor y odio; alegría y tristeza. A pesar de tal repetida estructuración del acontecer humano, el surgimiento de nuevos problemas sociales como la actual globalización económica muestran la capacidad de inventiva y progresión de la inteligencia aplicada a un punto⁸, de manera de plantear un paradigma completamente nuevo. La existencia de un problema reciente y sin antecedentes indica que la complejidad del entramado sociocultural ha planteado un cambio estructural que pauta la encrucijada a resolver. A medida que se van abatiendo o mitigando conflictos sociales y que la cultura va desarrollando nuevas variables en la vida comunitaria, también aparecen nuevas preguntas que responder y caminos que transitar.

Un ejemplo de esto fue lo ocurrido a partir de los tiempos de la Conquista de América. Los portugueses, holandeses, españoles, franceses y británicos se enfrentaron a culturas entonces desconocidas, de costumbres extrañas y creencias inadmisibles para la aparente rigidez de

Gustav Radbruch, *La Filosofía del Derecho*, Granada, Comares, 1999, p. 9.

No solo la globalización económica, que es la que inicialmente apareció, sino también la globalización de la pobreza, la desocupación, los grandes delitos respecto del ecosistema, la informática, etcétera. Desgraciadamente, no hemos llegado a la globalización de la cultura, la justicia y el perdón social.

la estructura política europea de la época⁹. Sin embargo, a pesar del genocidio de esos pueblos, con los siglos se ha valorizado el acervo de las culturas indígenas y se ha reconocido el error cometido¹⁰. La actual crisis económica de muchos de esos Estados muestra un nuevo problema a resolver: el destrozamiento cultural, que termina hoy costando tanto o más que la riqueza que les quitaron durante la Conquista. El tema es harto complejo y muestra las aristas de una problemática que supera las estructuras preestablecidas. Por esa razón, cabe afiliarse a la idea del progreso lineal o rectilíneo, ya postulado antiguamente por el cristianismo primitivo que reconoció la evolución como un andar sostenido, con variantes, pero constante en su avanzar hacia la trascendencia del hombre y superando paulatinamente cada uno de los obstáculos. Afirmando esta idea, el hombre va revisando -aún cuando fuere tarde- sus errores, y así mirar con otros ojos aquellos hechos que en otrora resultaron indiferentes:

Miren hermanos: llegó la primavera. La tierra se casó con el sol y pronto veremos los frutos de ese amor. Todas las semillas están despiertas y los animales también. Ese gran poder es igualmente la fuente de nuestra vida. Por eso es que nuestros compañeros - hombres y animales- tienen los mismos derechos que nosotros sobre la tierra.

Escuchen, hermanos: ahora debemos contar con otra raza. Eran pocos y débiles cuando nuestros antepasados los encontraron por primera vez; ahora son numerosos y fuertes. Es una cosa extraña, pero ellos quieren labrar la tierra. En ellos, la avaricia es una enfermedad muy difundida. Hicieron muchas leyes, los ricos pueden escapar de ellas, pero los pobres no. Toman el dinero del pobre y del débil para ayudar al rico y al poderoso. Dicen que nuestra madre tierra pertenece solo a ellos y rechazan a los vecinos. Mutilan nuestra madre tierra con sus casas y su basura. Fuerzan la tierra a dar frutos fuera de estación, y si ella no lo acepta, le dan remedios. Este pueblo es como un río en la inundación, que en la

Juan Castillo Vegas, *El mundo jurídico en Fray Luis de León*, p. 25. Los tratadistas y teólogos de la Universidad de Salamanca defendieron la dignidad e igualdad de los esclavos y los indios, reclamando para ellos el Derecho de gentes, oponiéndose a las doctrinas teológico-jurídicas que mal interpretaban la potestad del Papa, a las teorías teocráticas y al origen divino del Príncipe.

¹⁰ Hasta en la actualidad, investigadores europeos siguen trabajando en descubrir y difundir la riqueza cultural de aquellos pueblos antes considerados como salvajes e impíos.

primavera sale del lecho y destruye todo a su paso. No podemos vivir junto a ellos. Hace siete años nos habían prometido que la tierra de los búfalos siempre sería nuestra, ahora nos amenazan con quitárnosla. ¿Debemos ceder a ellos, hermanos, o decirles: tendrán que matarnos antes que robamos nuestras tierras?

TORO SENTADO¹

El hombre es un ser social que se configura a sí mismo (del hombre al hombre), pero se ha sostenido que se constituye de forma previa a la sociedad, lo que ha sido una larga discusión filosófica que desde el punto de vista penal se ha superado dialécticamente mediante el concepto de persona como hombre libre y social, y aunque su significancia le preexista, ella se acentúa mediante la vigencia de la norma ¹².

El progreso puede observarse de diversas maneras¹³. Quizás las más frecuentes sean la constatación de los beneficios de la técnica aplicada al bienestar, el acceso a las comunicaciones más eficientes y avanzadas, el desarrollo cualitativo de la ciencia médica y otras, pero esta visión del progreso no aborda la esencia del ser como ente dinámico, inimitable, único e irreplicable. En efecto, allí radica la ya mencionada autocreación, heterocreación y creación, ya que todos los avances científicos y técnicos sumados no se acercan a la dimensión del hombre pensante. El descubrimiento, el éxito y la inventiva son el resultado de la potencialidad creadora; por tanto, admitir que ella existe y se desarrolla cada vez más conlleva, inequívocamente, a reafirmar que el proceso evolutivo -aunque a veces difuso- no se detiene (como el eterno fluir de Heráclito) y es un valor esencialmente positivo. De no ser así, cabría la posibilidad del estancamiento o regresión cultural -manifestación de un proceso dinámico y vital- siendo que el acontecer humano no denota inmovilidad social. Basta tener presente la diversidad cultural histórica de los pueblos sometidos y su riqueza espiritual que, a pesar de todo, ha dejado un

¹¹ José Enrique Pierangeli, "Ecología, polución y Derecho penal" en *Doctrina Penal*, _ Buenos Aires, Depalma, 1983, p. 51. Parte del discurso pronunciado en ocasión de la fiesta anual *Pow Wow*, atribuido al jefe piel roja sioux Toro Sentado (Sitting Bull).

¹² Günther Jakobs, "La omisión: el estado de la cuestión", en *Sobre el estado de la teoría del delito*, obra colectiva, Madrid, Civitas, 2000, pp. 152-153.

¹³ Heráclito (siglo VI a. de C), a diferencia de la mayoría de los filósofos griegos, planteó el eterno fluir: *No es posible ingresar dos peces en el mismo río, ni tocar dos veces una sustancia mortal en el mismo estado* (fragmento 91).

legado. En este entendido, los logros tecnológicos alcanzados son consecuencia de cada poder creador individual potenciado por el colectivo. Ese es el verdadero progreso del hombre, la permanente y trascendente facultad de imaginar, errar y construir más allá de la obra misma.

El ser pensante, compasivo, capaz de perdonar y ser perdonado, no puede volver sobre sus pasos, pues su andar es un nuevo camino a crear que lo ha de llevar a otros paradigmas que también superará. Por eso, como indicó RADBRUCH:

El patrón de lo moralmente bueno se expresa en un hombre ideal, el patrón de la justicia en una ordenación ideal de la sociedad¹⁴.

3. CONCEPCIÓN ANTROPOLÓGICA

La simple asociación del término *antropología* puede suponer -en una lectura desatenta- la idea de una vuelta a la antropología criminal de Cesare LOMBROSO o alguno de sus antecesores, pero lejos estamos de ella, ya que, sin desconocer que las investigaciones del médico más famoso y controvertido del ámbito de estudio del crimen, resultaron un detonante fundamental para el desarrollo de la criminología, en la actualidad, la visión antropológica se supedita al aspecto global del hombre¹⁵. Su concepción como tal lo ubica en una síntesis de cuerpo y mente; espíritu y razón; inteligencia e instinto. Al estudiar la problemática *in totum* del fenómeno social llamado "crimen", no puede perderse de vista al agente y su víctima, siendo que ambos son seres de carne y hueso y, en consecuencia, no debe dejarse de lado que el centro del mundo es -y será- el hombre (*antropos*). Por tanto, para estudiar los procesos colectivos e individuales atinentes al crimen y la definición de conductas humanas como delito, ha de seguir refiriéndose al hombre como centro del mundo y del Derecho¹⁶. El célebre Marqués de Beccaria dijo al hombre: *observa el Derecho*. Por su parte, C. LOMBROSO dijo al Derecho: *observa al hombre!*? Ambos respondían a ideas diferentes en su origen y destino. Sin embargo, hay una paradójica coincidencia: los dos

¹⁴ Gustav Radbruch, *o.c.*, p. 39.

¹⁵ Noam Chomsky y Heinz Dietrich, *La Aldea global*, México, Txalparta, 1997.

¹⁶ El hombre visto por el Derecho como centro de imputación de derechos y obligaciones. ¹⁷Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología*, 5ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 3.

entrelazaron hombre y Derecho, pues no es concebible el uno sin el otro. Carece de sentido axiológico y sería una incongruencia semántica descartar al hombre en su íntegra concepción como objeto de análisis al abordar cuestiones sociales. Sería como estudiar los alimentos sin conocer al organismo humano. Lo que se busca con el Derecho solo puede ser el hombre y la historicidad lo vuelve humano¹⁸. A su vez, por el hombre el Derecho se vuelve racional.

Por lo indicado, una disciplina jurídica como el Derecho penal, quizás la más humana de las ramas del árbol del Derecho¹⁹, mal podría apartarse de estudiar al hombre como fin en sí mismo, ya que si las garantías individuales son objeto primordial del Derecho penal liberal contemporáneo, resulta entonces claro el mensaje social de protección y observancia del acontecer individual. Es el hombre como tal concebido el objeto de tutela de esta disciplina jurídica, siendo ella un garante necesario de tal protección. En efecto, hace ya muchos años P. DORADO MONTERO dejó en claro que el Derecho penal era el *Derecho protector de los criminales*, en tanto ejercía los controles constitucionales respecto de sus garantías mediante la instrumentación de una disciplina específica al servicio de la protección de los derechos irrenunciables de toda persona, haya delinquirido o no. L. JIMÉNEZ DE ASÚA aceptó su actual nombre, pero también calificó a esta disciplina como *Derecho criminal*²⁰. Esta última denominación ha sido también sustentada por A. BERISTAIN, refiriéndose a que de esta forma abarcaría no solo al delincuente, sino también a la víctima y las instancias sociales que delimitaban su entorno²¹. Viene de decirse que no es nuevo imaginar al Derecho penal -u otra válida denominación- como ámbito normativo de raigambre antropológica, pues centra su objeto en conductas humanas abarcadas en tipos penales pretendidamente cerrados y creados para hombres en sociedad. Luego, no debe asociarse al término *antropología* únicamente con un análisis orgánico o morfológico del individuo, sino con su *yo social*. Desde esta óptica actual y abierta, el Derecho se vislumbra como estructura real de

¹⁸ Arthur Kaufmann, *Filosofía del Derecho en la pos modernidad*, Bogotá, Temis, 1998, pp. 67-69.

¹⁹ Milton Cairoli Martínez, *Curso de Derecho penal*, 2ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1988, p. 13.

²⁰ Luis Jiménez de Asúa, *Lecciones de Derecho penal*, México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1995, pp. 1-2.

²¹ De conformidad A. Beristain. Véase Antonio Beristain, *Derecho penal y criminología*, Bogotá, Temis, 1986, p. 62.

armonización social y no una mera hipótesis de pretendidos ideales más próximos a la ficción que a la concreción²².

Parfraseando a J. RIFKIN, hoy vivimos en la era del acceso, donde una serie de cuestionamientos ideológicos han perdido relevancia frente a la revolución de una nueva economía, en buena parte dada por la comunicación masiva que en alguna medida coadyuva a la democratización en el acceso a la información, al contacto inmediato y telemático²³. Ojalá que esta expansión de la conexión entre muchos millones de personas abra una puerta para la pacificación de los Estados, de las naciones y de los ciudadanos, porque las fronteras han mudado notoriamente, no solo en lo netamente geográfico, sino también desde la visión de los grupos humanos, ya que las limitaciones van cayendo y la solidaridad social no requiere más que un instrumento telemático para poner en el aire, al acceso de millones, toda denuncia de abuso y desprecio por la vida. Quizás, algún día se acepte que el hombre y su trascendencia es un dogma real²⁴. En ese momento, el Derecho penal -o como entonces se le denomine- cumplirá su fin como componedor de conflictos no solo jurídicos, sino también sociales.

La visión antropológica del hombre es un ejercicio por humanizar al Derecho penal abarcando los procesos sociales que circundan al delito y aproximándose a la comprensión de que la motivación mediante la norma sólo será posible cuando ella vaya acompañada con políticas sociales identificadas con el contenido normativo y tendientes, una y otra, a constituir un todo social. La existencia y proliferación de leyes penales meramente formales, representativas de un progreso manuscrito, pero hueco de contenido, aumenta el proceso de anomia, no ya por la ausencia, sino por la sobreabundancia de normas improductivas que no permiten al ciudadano satisfacción alguna y, en demérito, acentúan marcadamente la incredulidad en la eficacia penal, propiciando el descreimiento comunitario al constatar que los medios institucionales lícitos no son aptos para alcanzar los objetivos culturales propuestos socialmente y aceptados

²² En consonancia con eso, se ha acentuado la protección internacional del hombre mediante la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (Carta de la ONU) y la Convención de Roma de 1950 que establece la supraprotección del hombre, aún más allá de la jurisdicción de los Estados.

²³ Jeremy Rifkin, *La Era del acceso*, Barcelona, Paidós, 2000, pp. 188 Y ss.

²⁴ Hans Welzel, *El Derecho Natural de Samuel Pufendorf*, Berlín, De Gruyter, 1958. pp. 36-37.
El último fundamento de ser y del modo de ser es la irracional voluntad de Dios.

como válidos. Ello ocasiona conductas innovadoras y rebeldes que llegan incluso al delito como medio de obtención ilícita de metas en sí lícitas²⁵. Al respecto, cabe citar a HERDER:

La individuación de la especie humana en ejemplares particulares no viene regulada por un mecanismo gen ético que sin mediación alguna establezca el tránsito desde la especie al organismo particular. Los sujetos capaces de lenguaje y de acción solo se constituyen como individuos porque como miembros de una comunidad particular se van introduciendo por vía de socialización en un mundo de la vida intersubjetivamente compartido. En los procesos comunicativos de formación se desarrollan cooriginariamente la identidad del individuo y la del colectivo²⁶.

Se afirma que la norma debe satisfacer a cada uno de los afectados²⁷, tanto por su objeto cuanto por sus consecuencias y efectos laterales, de manera que sea aceptada -sin coacción- por los comprendidos en su alcance. Eso supondría una comunidad de intereses coincidentes en el discurso teórico y en el práctico²⁸. Normas y valores integran el entramado social como componentes prácticos que son enjuiciados por niveles generales de moralidad buscando su justificación, en tanto que las valoraciones particulares de la vida individual o colectiva no requieren esa autojustificación moral en sentido estricto por estar supeditadas a la *simple vida* y no al entramado completo. Por eso, un Derecho penal de orientación antropológica sería un instrumento social más efectivo y garantista respecto de cada individuo, sin rechazar la problemática de la justificación moral, pues ella debe ser analizada en instancias ajenas al conflicto de base. Esto no significa el desconocimiento de la moral como valor social e individual a ser rescatado, sino el respeto a la

²⁵ Al respecto, los ya antes citados Émile Durkheim y Robert K. Merton, desarrollaron abundantemente el concepto de anomia legal y sus consecuencias en los procesos de desviación social tendiente al crimen.

²⁶ J. G. Herder, *Seprnchplzilosophie, Ausgewahlte Schriften*, Francfort, 1960, pp. 172 Y ss.

²⁷ Esta afirmación es aceptable como conclusión, pero no como premisa, ya que supondría la abstracción de interpretar que sí hay un pacto social en la existencia de esas normas, lo que también ha de ser debatido.

²⁸ Conforme al principio de *universalización* se establece un corte entre los enunciados evaluativos y los estrictamente normativos. Los valores culturales en una sociedad democrática liberal suponen una pretensión de validez intersubjetiva, pero no pueden ser normativos plenamente por su complejidad social, ya que se integran tanto o más por la diversidad que por el consenso.

horizontalidad de las relaciones humanas igualitarias, debiendo ser ellas tratadas en este mismo sentido horizontal conforme al pensamiento ético humano de recibo. De allí la importancia de lograr un mejor acabado del concepto de justicia, que al decir de RADBRUCH:

Está justificado que nos detengamos en la justicia, como en un último punto de partida, ya que lo justo -como lo bueno, lo verdadero y lo bello- es un absoluto, es decir, un valor que no puede derivarse de ningún otro²⁹.

Se trata de un proceso de individualización del hombre y no de su abstracción para otorgarle soluciones abstractas a su individualismo. Autores como É. DURKHEIM, G. HERBERT MEAD, M. WEBER y T. PARSONS anticiparon la modernización de las sociedades occidentales mediante la puesta en práctica de principios *universalistas* provenientes de la abstracción moral que facilitasen la aplicación individual de esas abstracciones. Entonces se justificaría la existencia de normas, ya que estarían estructuradas por y para el hombre concreto, no abstracto, dando validez a una ética universalista expresada no ya por la intuición de una determinada cultura, sino de validez general al estar integrada por el hombre (ser complejo, pero real). Se comparte el pensamiento de J. HABERMAS al afirmar:

Todo aquel que trate en serio de participar en una argumentación, no tiene más remedio que aceptar implícitamente presupuestos pragmático-universales que tienen un contenido normativo³⁰.

Aceptándose que las normas son para individuos concretos se obtendría un trato más igualitario, mayor solidaridad y aceptación del bien común en función de la simetría y expectativas de reciprocidad de los afectados, ya que se sentirían implicados en una práctica cotidiana orientada al entendimiento³¹, a diferencia de quien no se siente alcanzado por la validez y aplicabilidad de la norma en cuestión.

Si bien es cierto que hasta ahora no se ha llegado a una formulación satisfactoria de un principio moral con independencia del contexto, tam-

²⁹ Gustav Radbruch, *op. cit.*, p. 38.

³⁰ Jürgen Habermas, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Pensamiento Contemporáneo 17, I' ed., Barcelona, Paidós, 1991, p. 102.

³¹ A. Gouldner, *Reziprozität und Alltönnigkeit*, Frankfurt, 1984, pp. 79 Y ss.

bién hay que reconocer que por vía de negación se han establecido valoraciones indirectas que efectúan *prohibición de imágenes*, rechazándose el valor positivo sobre la negación de la ética en el discurso y, asimismo, vulnerar la vida de los próximos. En virtud de ello, no deben ser descontextualizadas las pautas valorativas morales ni las normativas, pues unas y otras perderían justificación en su aplicación. Al enfrentar la casuística criminal no ha de dejarse de lado el deber ser ni la razón, pero de mayor relevancia social es la sensibilidad, pues ella compone el contexto y éste da justificación a la norma en aplicación. Desde el comienzo del *universalismo*, proveniente de ROUSSEAU y KANT, pasando por la crítica de HEGEL, puede hoy estimarse el estado de este principio antropológico por la práctica de efectuar leyes morales y justificadas para el hombre, puesto que, como señaló RADBRUCH:

Los preceptos del deber ser se pueden fundar y ser demostrados por medio de otros conceptos del deber ser. Precisamente por esto, los supremos preceptos del deber ser son indemostrables, axiomáticos, no susceptibles de conocimiento, sino tan solo de creencia³².

A continuación de la necesidad nuclear de leyes morales y justificadas por el deber ser como valores esenciales, se vislumbra la realidad incontrovertible que ocasiona la actual vergüenza político-moral: hambre y miseria en el Tercer Mundo; tortura y violación de la dignidad humana en los Estados totalitarios; desempleo y desigualdad en países industrializados; riesgo mundial de destrucción por armamento nuclear. Esto supone una grave responsabilidad política mundial porque lo denunciado es obra y gracia del hombre³³. Es necesario contar con una permanente crítica y control desde el hombre para el hombre, a efectos de abatir el abuso. Como ejemplo, en época de la Inquisición española administrada por los dominicos, el sacerdote Antonio MONTESINOS (también dominico) dio un famoso sermón en 1511 donde proclamó (con el apoyo de su comunidad) los derechos del hombre en relación a los indios americanos. Este alegato motivaría a la Escuela Española de Derecho Natural y de Gentes de Salamanca a sistematizar esa lucha en defensa de los oprimidos.

³² Gustav Radbruch, *op. cit.*, p. 11.

³³ Juan Castillo Vegas, *El mundo jurídico de Fray Luis de León*, Burgos, Universidad de Burgos, 2000, p. 22.

El Derecho -al transformarse en positivo- no rompe su vínculo con la política ni con la moral. Ellos se mezclan, se entrelazan y complementan, como ha indicado Arthur KAUFMANN refiriéndose al Derecho y la moral:

No hemos encontrado una fórmula que permita distinguir ambos con exactitud. Sin embargo, tampoco debería buscarse tal fórmula. Lo que determina empero que la categoría ética del jurista es encontrar siempre, según el momento y las circunstancias concretas, el equilibrio adecuado entre las exigencias del Derecho y las de la moral³⁴.

En la actualidad, no existe la división medieval en Derecho sacro y profano. El canónico suplió al tecnicismo jurídico y conceptual romano clásico que dio también lugar al *Corpus Iustinianum* y al consuetudinario mixto romano-germánico de las provincias occidentales del Imperio (escrito a partir del siglo XII). El Derecho divino o natural no estaba a disposición del príncipe, sino que él ejercía su poder profano a través de este Derecho, denotando la existencia, como dijera M. WEBER, de un *doble reino de la dominación tradicional*³⁵. Uno y otro Derecho fueron absorbidos y se transformaron en una misma dimensión. Las imágenes religiosas se disolvieron del Derecho mediante desintegración de convicciones subjetivas y privadas. Las tradiciones consuetudinarias dieron paso al Derecho de *especialistas* y ahora al *burocrático*, consistente en legislar y reglar soluciones normativas teóricas a problemas sociales reales. La consecuencia es evidente: hipertrofia de leyes que no se aplican, problemas que no se solucionan y leyes que sí se aplican, pero no dan soluciones sociales, sino solo jurídicas. En las sociedades tribales neolíticas los conflictos internos se regulaban de tres formas: 1) por el *autoauxilio* mediante alianzas y venganza de sangre; 2) el *poder mágico* mediante rituales, oráculos y duelos; 3) la *mediación* como medio pacífico equidistante de la violencia de la venganza y de la magia. La concepción sobre la justicia no ha tenido grandes cambios, ya que se siguen queriendo soluciones mágicas, cuando no vindicativas. El mundo podría ser interpretado en clave mítica como forma subyacente de la justicia, dado que la

³⁴ Arthur Kaufmann, *Derecho, moral e historicidad*, Madrid, Marcial Pans, 2000, p. 88. ³⁵ W. Schluchter, *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus*, Tubinga, 1980.

gravedad y violencia del delito se mide por las consecuencias sociales e individuales y no por la mera intencionalidad³⁶.

Los tradicionales estancos de Derecho civil y penal van desdibujándose al entender que toda trasgresión jurídica requiere una compensación por el hecho de ocasionar un daño³⁷. Esto tiende a igualar a la responsabilidad civil y la administrativa con el reproche penal. Por desgracia, el que asimila esta pérdida de separación es el Derecho penal que aumenta incesantemente sus tipos penales y los niveles de castigo, ya que - en cierto modo - toda conducta contra el Derecho se transforma en un delito (civil o penal) que requiere sanción debido a una conciencia moral *convencional*³⁸. No es esta una respuesta pensada en términos antropológicos, sino institucionales y políticos. En efecto, la expansión penal propugnada desde diversos ámbitos y latitudes, justifica la ineficacia policial, la ausencia de política social solidaria, la injerencia de unos Estados sobre otros y sirve para quitar la atención real sobre cuestiones de tanta o mayor importancia. De antemano se sabe que el Derecho penal no solucionará los problemas que se le están dando para resolver. Quizás, por esa razón se le den estas cuestiones, es decir, para que no las resuelva.

El Derecho es una realidad a pesar de estar estructurado, pues su forma es la existencia frente a la esencia. Es un ente terrenal como tantas cosas que, aún sin ver, sabemos que está, como señalara San AGUSTÍN:

¿Qué es el tiempo? ¿Quién puede explicarlo brevemente y con sencillez?
 ¿Quién puede hablar de él, e incluso comprenderlo únicamente en su mente?
 Y sin embargo, no hay nada que mencionemos tanto y de manera tan lógica y natural como el tiempo. ¿Qué es entonces el tiempo?³⁹

³⁶ Günther Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 21 Y ss. Hoy los delitos imprudentes y omisivos (propios e impropios) tienen más relevancia que los mismos dolosos (dolo directo o intencional), al punto de analizar la reprochabilidad en función de la *evitabilidad* de la conducta o resultado dañoso y la *exigibilidad* de una acción distinta a la delictuosa.

³⁷ Compartible en cuanto a que los actos tienen consecuencias sociales y jurídicas, pero cuestionable cuando se amplifica el ámbito de castigo expandiendo al Derecho penal con situaciones que podrían ser abordadas con mayor éxito por otras áreas del Derecho. Más aún cuando, dentro del Derecho penal, la violencia inicial del delito es superada por la - también violencia- de una respuesta penal exagerada.

³⁸ 1. Posipil, *Anthropologie des Rechts. Rechts lnd Gessellschaft in archaischen und modernen Kllturen*, Munich, 1982.

³⁹ San Agustín, Confesiones XI, 14.

El hombre, como ser inteligente, comprende el pasaje del tiempo, es capaz de percibirlo como un espectador y de protagonizarlo como ser existente, desprendiéndose de él y estando siempre en camino a una meta quizás supratemporal y absoluta, pero eso es harina de otro costal⁴⁰. Por eso, los valores del hombre también existen y no deben sujetarse a un relativismo tal que tolere interpretaciones falaces de corte nihilista que equiparen el Derecho y la norma estatal, como sucedió con el nacionalsocialismo hitleriano⁴¹. Este relativismo que se aduce del Derecho también es sostenido por la constatación de que todos y cada uno de los ordenamientos jurídicos es cambiante, dinámico, contradictorio y no puede ser mantenido perennemente. En efecto, así es respecto del ordenamiento jurídico, pero no de los valores que definen el Derecho como tal, dado que así entendido, él se fundamenta, precisamente, en el hombre⁴². Esta tesis no ha de ubicarnos en un retroceso hacia el jusnaturalismo histórico, sino a una concepción antropológica del Derecho positivo aquí y ahora, puesto que uno suprapositivo no es Derecho⁴³. Sencillamente, si no hubiese hombres no habría Derecho. Lo hay para ordenar la voluntad, los actos y el espacio en que el hombre se ha de autorrealizar, pues *él es sí mismo*⁴⁴.

La injusticia es en sí una arbitrariedad y el Derecho es un logro obtenido con grandes sacrificios humanos, irreparables, para acreedores de la mayor tutela por su constante consagración presente y futura⁴⁵. A

⁴⁰ Martin Heidegger, *El concepto de tiempo*, Madrid, Trotta, 1999, p. 25. Al respecto expresó: *El filósofo no cree. Cuando plantea la Cuestión del tiempo, entonces está dispuesto a comprender el tiempo a partir del tiempo.*

⁴¹ José María Rodríguez Paniagua, *Historia del pensamiento jurídico*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1996, pp. 153-156. Samuel Pufendorf (1632-1694) fue el titular de la primera cátedra en Europa de Derecho natural y gentes (1661), en la Universidad de Heidelberg. Representó, junto a muchos otros, el pensamiento jurídico y filosófico luego desterrado por Hitler. En *De officio hominis et civis, I, III*, expresó: *... abandonado el hombre a sus inclinaciones y posibilidades como ser individual, sería para sus congéneros uno de los animales más peligrosos. De donde se desprende que para que el hombre esté a salvo es necesario que sea sociable, es decir, que se una con sus semejantes y se comporte con ellos de manera que éstos no tengan razón para hacerle daño, sino que, al contrario, estén dispuestos más bien a promover y conservar lo que le es útil.* Pufendorf dio fuerza a la idea de la codificación y el estudio sistemático del Derecho, propugnó la libertad e igualdad de las personas y fue inspirador de las ideas independentistas norteamericanas.

Arthur Kaufmann, *op. cit.*, pp. 18-41.

⁴² Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologica II, II, 57,2.*

⁴³ Arthur Kaufmann, *op. cit.*, pp. 51-53.

⁴⁴ Rudolph von Ihering, *La lucha por el Derecho*, Bogotá, Temis, 1990, p. 14. El autor alemán indicó: *A poco que la contemplemos [la realidad], nos muestra los pueblos que no llegan a establecer su derecho, sino a precio de grandes esfuerzos, ya estas cuestiones tan graves que se*

medida que el Derecho vigente pierde relación con la casuística del hombre, los aspectos morales y la concepción de justicia se tornan difusos y se desvanece su identidad al faltarle la requerida legitimidad por no poder sostener y preservar una estructura social determinada. Aún así, la sociedad no puede vivir sin Derecho y si el ordenamiento jurídico que tiene no cumple su objeto deberá deconstruirlo y volver la mirada sobre el hombre⁴⁶.

Por lo dicho, hay que buscar el sistema jurídico más adecuado al hombre, sin destruir las particularidades propias de cada país y así crear un Derecho penal para el futuro revisando sus objetivos y caminos, aún cuando para ello debamos ir hasta sus raíces. Desde esta tesis, no se necesitan más derechos humanos, sino una justicia pensada y adaptada totalmente para el hombre en sus tres niveles: como individuo, como prójimo y como es calón hacia las siguientes generaciones. Lo que hoy se denomina "derechos humanos" funciona como un límite estatal más o menos efectivo a los abusos propios de la sanción penal y su correspondiente procedimiento, siendo restricciones excepcionales a la persecución del Estado y, por ende, requiriendo justificación en cada caso. Si el Derecho positivo estuviese íntegramente estructurado para el hombre no habría necesidad de reclamar el reconocimiento y tutela de los derechos del hombre, pues se trataría de su conservación y no como ahora, de su instauración. Lo dicho condice con el principio de humanidad que debe abarcar todo el Derecho. Desde mi postura, se debe prioritariamente tutelar al hombre, ajustarse a sus necesidades y protegerlo cuando es víctima, aún anteponiéndolo al Estado mismo. En este aspecto, el Derecho penal no puede ser sustituido, puesto que en virtud de los conflictos y defectos humanos, se necesita la institucionalización del arreglo, y la sanción solo como último recurso. Esta es una concepción de corte finalista del Derecho penal, en tanto propende a la seguridad, paz y libertad en igualdad de condiciones. Lleva ínsita la contemplación de la víctima como vía de recreación del entramado social e individual de la persona concreta, también restaura la paz social mediante la estabilización de la norma actuando sobre el autor de la conducta y respetando su dignidad.

amontonan tumultuosamente, podemos medir todo el testimonio del pasado, cualquiera que sea la época sobre la que hagamos nuestras investigaciones.

⁴⁶ El más famoso de los sofistas griegos, Protágoras de Abdera, hizo célebre la frase: *el hombre es la medida de todas las cosas.*