Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

"Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal" de Luís Greco

Leandro A. Dias*

Fecha de recepción: 16 de noviembre de 2015
Fecha de aceptación: 27 de noviembre de 2015

Greco, Luís, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, Marcial Pons, 2015, 485 pp.

De la mano de la editorial Marcial Pons, y con una impecable traducción de José R. Béguelin y Paola Dropulich, se ha publicado en español una versión levemente reducida de la tesis doctoral del actual profesor de Augsburgo, Luís Greco. "Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach" es el título que lleva esta obra, que se enmarca claramente en el punto clave de lo que se conoce como Filosofía del Derecho penal: investigación filosófica sobre el Derecho penal como práctica social y, en especial, sobre la justificación del castigo, esto es, sobre las razones para castigar, sobre si las hay y, en su caso, cuáles son.[1] Dentro de este marco, el problema reside en que las posturas que se presentan como novedosas en materia de teoría de la pena, como bien señala Pawlik,[2] demuestran más bien una lectura incompleta de la vasta

* Abogado, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente en la asignatura "Elementos de Derecho penal y procesal penal", cátedra de Marcelo A. Sancinetti (UBA). Profesor adjunto interino en la asignatura "Derecho Penal", Instituto Superior de Seguridad Pública (ISSP). Agradezco al Prof. Dr. Marcelo D. Lerman por las sugerencias realizadas a un borrador de este comentario y por las discusiones que hemos tenido respecto de la presente obra. Contacto: leandrodiasder@gmail.com.

[1] Ferrante, "Filosofía del Derecho Penal", en Fabra/Spector (eds.), *Manual de Teoría y Filosofía del Derecho, volumen III*, México, Instituto de Investigaciones de la Universidad Autónoma de México, en prensa.

[2] Pawlik, "Prólogo", en *La libertad institucionalizada*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, p. 9.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

bibliografía existente que una verdadera innovación, por lo que toda obra que pretende redefinir las razones del castigo estatal debe ser tomada *cum grano salis*.

Sin embargo, lejos de ser arrogante, GRECO no pretende redefinir la historia del pensamiento filosófico sobre el castigo estatal, sino, en primer lugar, analizar críticamente y observar a su mejor luz al filósofo liberal que es considerado por muchos como el padre del Derecho penal moderno: P. J. A. FEUERBACH. En ese aspecto, el autor de la obra logra, en el primer capítulo ("Historia del Derecho"), no sólo introducir al lector a los aspectos centrales del pensamiento de FEUERBACH, sino también despejar una serie de prejuicios que nacieron a partir de una sobre simplificación que fue generándose hasta la actualidad. El punto decisivo de este problema, que GRECO expone con enorme claridad, se relaciona con un rasgo fundamental de la teoría de la pena. Y es que usualmente se considera a la "teoría de la coacción psicológica" de FEUERBACH como una teoría basada en una noción de *rational choice*, que concibe a potenciales delincuentes que calculan costos y beneficios antes de cometer ilícitos. Sin embargo, GRECO pone de relieve que se está en presencia de una concepción superficial del pensamiento de FEUERBACH y presenta a la "psicología de la coacción psicológica" como un ejemplo de la psicología asociativa, de un modo completamente distinto al entendimiento tradicional. Esta psicología asociativa deja de lado las elecciones racionales provenientes de la reflexión (humana-voluntaria), para centrarse en la asociación (animal-automática): si el delito fuera asociado psicológicamente con la pena (que haría las veces de estímulo), el potencial autor de un hecho ilícito no podría pensar en el delito sin tomar conciencia de la punibilidad. En este aspecto, consistente en demostrar cómo históricamente se ha deformado el pensamiento de FEUERBACH, el autor de este libro se mueve con enorme versatilidad y elocuencia, ofreciendo argumentos sólidos, concluyentes. Además, le muestra al lector cuál era la postura (muchas veces implícita) de FEUERBACH respecto de temas de gran actualidad, tales como la relación entre Derecho y moral, la prohibición de la pena de muerte, o la sujeción de los jueces a la ley positiva.[3] Esta caracterización limpia de las ideas de FEUERBACH le permite al autor analizar la actualidad de dichas ideas en el capítulo III y reformularlas según los estándares modernos.

[3] Quizá aquí hubiese sido ideal que no se suprimiesen algunos apartados del libro original. En particular, el desarrollo de la teoría de la voluntad del dolo de FEUERBACH que realiza GRECO en la tesis original debería haber sido incluida, no sólo por la actualidad del tema, sino también para que el lector pueda observar cómo operan los fundamentos de FEUERBACH en una cuestión clave de la dogmática penal.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En el segundo capítulo del libro, denominado "Filosofía del Derecho", GRECO ofrece las herramientas que luego serán la base de su teoría. En primer lugar, brinda una perspectiva sobre la relación entre Derecho y moral, entendida esta última como concepto opuesto al consecuencialismo, como un prototipo de exigencias fundadas deontológicamente o en la ética de las virtudes. En este apartado, el autor demuestra una preocupación que guiará toda su tesis: la necesidad de que se respete la autonomía de los ciudadanos y que el Estado no imponga una determinada moralidad. Por lo tanto, a nivel *individual*, GRECO plantea que la libertad de los ciudadanos no se puede limitar solamente a partir de consideraciones morales y señala que "[e]l amoralismo individual, es decir, la impermeabilidad completa entre el Derecho y la moral individual, se sigue sin pasos intermedios de la idea del ciudadano responsable, en que debe basarse toda representación de un ejercicio legítimo de poder". Esto lo llevará posteriormente a descartar la posibilidad de que el Estado imponga una moral, por lo que en este aspecto individual de la fundamentación de la pena necesariamente se deberá recurrir a consideraciones consecuencialistas y no deontológicas. Sin embargo, en el nivel de fundamentación de la conducta *estatal*, GRECO propone precisamente lo contrario: en tanto el Estado ejerce su poder en nombre de los hombres que se hallan en su ámbito de acción, debe tomar en serio a esos hombres y tratarlos con arreglo a algo más que criterios de adecuación a fines. Esto da lugar a un concepto clave para entender la postura de GRECO, ya que afirma la necesidad de que este deber del Estado de manejarse respetando ciertas reglas morales fundamentales (como la prohibición de la tortura) se concretice a partir de limitaciones laterales o *side constraints*, en la terminología de Robert NOZICK. Así, se delinea un sistema de doble vía, en el cual los mandatos de optimización y maximización, propios del consecuencialismo, se ven limitados por restricciones deontológicas absolutas. De esta manera, aparece una crítica rotunda a la teoría constitucional de la ponderación, que se basa en un entendimiento liberal del Derecho penal, en tanto se reconocen límites al accionar estatal que bajo ninguna circunstancia se está dispuesto a relativizar.

Lo interesante de la exposición de GRECO en este punto es que no se limita a fundamentar la existencia de ciertas limitaciones deontológicas al accionar estatal, sino que desarrolla cuáles podrían ser algunas de estas restricciones a partir de una reformulación del tradicional entendimiento kantiano de considerar al hombre como un fin en sí mismo (también llamada "prohibición de instrumentalización"). Así, presenta cinco lineamientos que deben ser tenidos en cuenta para analizar si se puede estar en presencia de una restricción deontológica absoluta

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

("proceso complejo de coordinación),[4] lo que le permite derivar prohibiciones intuitivamente justificadas, como la de la pena de muerte, de penas mutilantes, de castigos corporales, de la prisión perpetua y de la invasión de un ámbito de privacidad reservado a cada individuo. Cada una de estas prohibiciones requeriría de una tesis doctoral aparte, lo cual es reconocido por el autor, pero al menos se establece un bosquejo y no una mera enunciación de lineamientos abstractos que podrían resultar fácilmente manipulables.

El capítulo III representa el núcleo del trabajo, en el que se combinan los dos capítulos anteriores, esto es, la teoría de la pena de Feuerbach recibe el complemento analítico esbozado por GRECO, en el que se propone una justificación del castigo estatal de un modo consecuencialista respecto de los individuos, pero con limitaciones deontológicas para el accionar del Estado. Así, GRECO plantea una teoría de la pena dividida materialmente en dos partes. La primera, serían los fines de la pena, entendidos como situaciones cuyo fomento provee una buena razón para penar y que están orientadas de modo consecuencialista. La segunda parte serían las restricciones deontológicas a la pena, esto es, reglas incondicionales que no admiten excepciones, a cuya observancia está sujeta toda pena legítima. Puede vislumbrarse que esta tesis de GRECO se enmarca en la tendencia actual de ofrecer una unión entre consecuencialismo y deontología, que ha llevado a ROXIN a considerar que la disputa entre escuelas se encuentra superada,[5] a partir de una elegante división. De todos modos, en este aspecto, el autor es quizá demasiado optimista. En particular, no considera problemática esta combinación de teorías contrapuestas y señala que quienes intentan encontrar un modelo basado en un único principio del cual puedan derivarse todas las explicaciones parten de un prejuicio estético, un estereotipo que no se corresponde con la complejidad de los fenómenos. Esta frase desafortunada ha recibido una crítica contundente en otro lugar,[6] por lo que solamente cabe señalar aquí que con esta clase de teorías se da lugar a una perturbación en el equilibrio reflexivo, en tanto se recurre a conceptos que no pueden agregarse entre sí y, en todo caso, una combinación de ambos podrá dar lugar a resultados intermedios

[4] En particular, estos lineamientos serían los siguientes: 1) se debe tratar de un aspecto fundamental de la existencia humana; 2) la actuación del Estado debe ser totalmente incompatible con el reconocimiento de ese aspecto fundamental; 3) se deben tomar en serio las emociones morales; 4) se deben tomar en serio los escritos y pensamientos de la tradición liberal; 5) se deben tomar en serio las propias prohibiciones que se intentan establecer, sin la posibilidad de excepciones.

[5] ROXIN, "Prevención, desaprobación y responsabilidad: acerca de la más reciente discusión sobre los fines de la pena", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año V, n.º 6, julio de 2015, p. 3. Sin perjuicio de lo expuesto, y a diferencia de ROXIN, GRECO explícitamente reconoce y propone un elemento deontológico como parte constitutiva de su teoría: las ya mencionadas limitaciones laterales.

[6] Véase, PAWLIK, "Buchrezension. Luís Greco, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie", en *ZIS*, n.º 4, 2011, p. 262.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

problemáticos, o bien a que en el caso concreto ceda necesariamente una de las dos posturas (por ejemplo, flexibilizando el alcance de las *side constraints*, para dar lugar a una preeminencia de las razones consecuencialistas por sobre las deontológicas).

Pero más allá de plantear una teoría de la pena de doble vía, GRECO ofrece su perspectiva de distintos aspectos vinculados, tales como la noción de pena y el llamado "concepto material del delito", este último vinculado con la discusión sobre el objeto de protección de Derecho penal. Estos apartados resultan extremadamente educativos, debido a que el autor da cuenta de más de dos siglos de literatura, por lo que el libro ya de por sí resulta recomendable si se desea obtener información de primer nivel sobre estas discusiones. El único detalle negativo, que no es privativo de estas secciones sino de la obra general, es el excesivo recurso a argumentos históricos, a pesar de que en más de una oportunidad GRECO precisamente rechaza esta clase de explicaciones en favor de otras de tinte normativo. En particular, el autor recurre en demasiadas oportunidades a descartar ideas por considerarlas ideológicamente maleables, en especial si alguna de ellas fue utilizada por el nacionalsocialismo. Pero esta clase de argumentos y de vinculaciones con períodos totalitarios de la historia, que hoy se repiten hasta el hartazgo, no resultan concluyentes para descartar una teoría. Y es que hasta la teoría más liberal puede ser tergiversada por un régimen totalitario que busca legitimación, algo que también es reconocido por GRECO en el libro.

Incluso se le presenta al lector un excurso sobre el principio *nullum crimen sine lege* o, mejor dicho, sobre la justificación deontológica del principio de legalidad penal. Y en lo que hace al objetivo principal del trabajo, es decir, el análisis de FEUERBACH a su mejor luz, GRECO produce un enlace necesario, reformulando la teoría de la coacción psicológica, que pasa a entender a la *intimidación*, en tanto fin de la conminación penal, como el brindar razones de sensatez para que los ciudadanos se comporten de cierta manera. Este segmento del trabajo resulta por demás interesante, en especial en la comparación con las diversas objeciones y en la refutación de otras teorías. Quizá el punto menos contundente tenga que ver con la crítica a la teoría de la prevención general positiva, actualmente dominante. Esto se debe a que hoy en día las formulaciones de esta teoría son tan variadas que resultan muy difíciles de clasificar y sistematizar, más allá del intento de GRECO de derivar solamente dos vertientes (prevención general positiva moral y prevención general positiva jurídica). Un análisis más pormenorizado de los distintos autores que hoy en día sostienen visiones de esta clase podría haber ayudado a ofrecer un poco más de claridad en el asunto.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por otro lado, GRECO también resuelve de modo atractivo el problema del fin de la imposición de la pena, que pasa a derivarlo del principio de legalidad y no como una consecuencia de la intimidación. A su vez, trata los llamados fundamentos jurídicos de la conminación penal y de la imposición de una pena, que para FEUERBACH residían en el hecho de que con la pena no se afectan los derechos de nadie, por un lado, y que el delincuente consiente su propia punición, por otro. En el primero de los casos, el autor del libro rechaza, con buenas razones, este fundamento, mientras que en el siguiente caso presenta un concepto de culpabilidad muy interesante, entendida como falta de prudencia referida a la norma, que con seguridad no pasará inadvertido.

A modo de cierre, debe decirse que "Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach" es una obra recomendable para quienes desean incursionar en la discusión científica actual sobre teoría de la pena, que a partir de un objetivo modesto intenta ofrecer una fundamentación global de la pena desde una más que bienvenida perspectiva liberal. Incluso quienes no coincidan en general con algunas de las propuestas de GRECO, encontrarán en cada uno de los apartados del libro un bagaje de información indispensable para conocer los más recientes avances en la materia. Esta publicación, con seguridad, será sólo el comienzo de un arduo debate académico, que el profesor de Augsburgo se ha encargado de fortalecer enormemente con esta obra.

DR © 2015. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/