

OBRAS FUNDACIONALES: “Paul Johann Anselm von Feuerbach y su Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania (1801)”*

Prof. Dra. Tatjana Hörnle**

Traducción y anotación de Victor-Hugo García*** revisada por Eugenio Raúl Zaffaroni****.

* Título original: “P.J.A. von Feuerbach and his Textbook of the Common Penal Law”, en: DUBBER, M. (Ed.), *Foundational texts in modern criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 119-140.

** Directora del Instituto Max Planck para la Investigación de la Criminalidad, Seguridad y Derecho (antes Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional) desde 2019. Estudió Derecho en la Eberhard-Karls-Universität de Tübinga, donde rindió exitosamente el examen habilitante como Abogada o *Volljurist*. Posteriormente estudió en la School of Criminal Justice de la Rutgers State University de Nueva Jersey, EE. UU., donde se graduó como Magíster. En 1998 completó su Doctorado y 2003 obtuvo su habilitación en la Facultad de Derecho de la Universidad Ludwig-Maximilians de Múnich. Desde 2003 a 2009 se desempeñó como catedrática de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Filosofía del Derecho en la Ruhr-University de Bochum, pasando luego a ser catedrática en Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Filosofía del Derecho y Derecho Comparado en la Humboldt-Universität de Berlín. Durante el período 2011-2012 fue profesora adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto, Canadá, realizando posteriormente estancias de investigación en el Instituto de Estudios Avanzados de Israel, Jerusalén, entre otros. Tatjana Hörnle es miembro de pleno derecho de la Academia de Ciencias y Humanidades de Berlín-Brandemburgo y miembro de la Academia de Ciencias y Literatura de Mainz, así como miembro de la Academia Alemana de Ciencias Leopoldina. [Professor Dr. Tatjana Hörnle is director at the Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law in Freiburg. She studied law at the Eberhard-Karls-Universität Tübingen, graduating with a second state law examination. Subsequently studied at the School of Criminal Justice, Rutgers State University of New Jersey, USA, graduating with a Master of Arts. 1998 Doctorate and 2003 Habilitation at the Law Faculty of the Ludwig-Maximilians-University Munich; 2003 to 2009 Chair of Criminal Law, Criminal Procedure Law and Philosophy of Law at the Ruhr-University Bochum, then Chair of Criminal Law, Criminal Procedure Law, Philosophy of Law and Comparative Law at the Humboldt University Berlin. 2011-2012 Adjunct Professor at the Faculty of Law, University of Toronto, Canada. Research stays among others at the Israel Institute for Advanced Studies, Jerusalem. Since June 2019 Director of the Department of Criminal Law at the Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law (formerly Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law). Tatjana Hörnle is a full member of the Berlin-Brandenburg Academy of Sciences and Humanities and a corresponding member of the Academy of Sciences and Literature Mainz as well as a member of the German Academy of Sciences Leopoldina. SOURCE: <https://www.mpg.de/13574061/strafrecht-hoernle>]

*** Procurador y Abogado por la Universidad de Buenos Aires con orientación en Derecho Penal y Derecho Internacional Público. Becario de la Agencia Sueca Internacional de Cooperación al Desarrollo (*Stockholms Universitet*). Realiza, asimismo, la Diplomatura en Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional José Clemente Paz (Argentina) y el Máster Universitario en Derecho Penal (Universidad de Salamanca). Correo de contacto: VictorHugo.DP@usal.es

Esta traducción fue efectuada luego de una investigación sobre la obra de Paul Johann Anselm von Feuerbach en el marco de los estudios en Derecho Penal llevados a cabo en la Universidad de Salamanca y en el *Curso de Especialización* que brinda la Fundación General de dicha universidad (2019-2020).

Inicialmente y tras la autorización de su autora, la misma tuvo como base las ediciones del artículo y del *Tratado de Derecho Penal* que pueden hallarse en la biblioteca universitaria *Carolina Rediviva* de Uppsala, Reino de Suecia. Un posterior viaje en septiembre posibilitó el empleo de varias de las traducciones al castellano citadas; las cuales, a su vez, pueden consultarse en la biblioteca *Francisco de Vitoria* de la Universidad de Salamanca.

El agregado de notas relativas a la obra de von Feuerbach traída al español tiene como fin tanto su difusión como el facilitar su consulta. En el mismo sentido, las relativas a los trabajos de la Dra. Tatjana Hörnle permitirán, además, su ubicación en el contexto general de sus líneas de investigación.

**** Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Dr. Raúl Eugenio Zaffaroni ha traducido, individualmente o en colaboración, a numerosos doctrinarios alemanes del Derecho penal. Así, puede destacarse especialmente su traducción del *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania* (publicada en dos ediciones correspondientes a los años 1989 y 2007), la cual fue utilizada en la presente obra. Si bien con algunos reparos, Zaffaroni considera a von

I. INTRODUCCIÓN

Paul Johann Anselm von Feuerbach nos legó una obra impresionante. Tal es así que, considerando el número de publicaciones, su amplio abanico de intereses y el alcance de sus actividades políticas, legislativas y judiciales, llevar a cabo una evaluación completa de la misma en un ensayo resultaría imposible¹. Por tal motivo, este trabajo se concentrará en tres materias de gran relevancia para el Derecho penal: la visión de Feuerbach sobre la finalidad de castigo penal (su teoría de la “coacción psicológica” o intimidación a través de la pena legalmente definida, ver *infra* III); su tratamiento del principio *nulla poena sine lege* (*infra* IV); y su definición general del delito como lesión jurídica; una noción que conlleva, para la teoría de la criminalización, un potencial fuertemente liberal, antipaternalista y antimoralista. Feuerbach escribe sobre estos temas fundacionales en el inicio de uno de sus textos más conocidos: el *Tratado de Derecho Penal Común vigente en Alemania (Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, en adelante el *Tratado*) publicado en 1801².

Feuerbach como el principal representante del Derecho penal liberal; opinión que compartió, entre otros, con Mario Alesandro Cattaneo (1934-2010).

Durante el verano europeo de 2020 el profesor Dr. Zaffaroni accedió amablemente a corregir el presente trabajo; proporcionando las modificaciones que le dieron su forma final.

¹ Para una revisión completa de la bibliografía de Feuerbach, consultar: HANEY, “Bibliographie P.J.A. Feuerbach” en GRÖSCHNER, R., HANEY, G. (Ed.) *Die Bedeutung P.J.A. Feuerbachs (1775-1833) für die Gegenwart [El significado de P.J.A. Feuerbach para el presente]*, 2003, pp. 217-240.

² Del *Tratado* se publicaron catorce ediciones, la última de ellas en 1847. Tras la muerte de Feuerbach, su colega el Profesor C.J. A. Mittermaier estuvo a cargo de su actualización. Para mayor detalle sobre la contribución de Mittermaier, particularmente tras la muerte de Feuerbach, véase: NEH, S.W., *Die posthumen Auflagen von Feuerbachs Lehrbuch [Las ediciones póstumas del Tratado de Feuerbach]* (1989).

Si bien en este ensayo se utilizó la primera edición, puede hallarse una traducción al inglés de un fragmento tomado de la decimotercera revisada por Carl Joseph Anton Mittermaier (pero reconocible, en su núcleo, como un trabajo de Feuerbach) en: <http://www.lawlib.utoronto.ca/bclc/crimweb/web1/foundational.html>.

El *Tratado* está compuesto por tres partes principales que llevan por título ‘Libro Primero: Parte General o Filosófica del Derecho punitivo’, ‘Libro Segundo: Parte Positiva o Especial del Derecho penal’, y ‘Libro Tercero: Pragmática del Derecho punitivo’. Con respecto a la ‘Parte General’ y a la ‘Especial’, no hay necesidad de explicación de la terminología. No obstante, al equiparar ‘parte general’ con ‘parte filosófica’ y ‘parte positiva’ con ‘parte especial’, Feuerbach se alejó del marco teórico usado en otros tratados modernos; debiendo por esto aclararse que su abordaje es el característico de la primera mitad del siglo XIX, cuando los principios generales eran considerados ‘filosóficos’ debido a la falta de legislación positiva adecuada. Véase al respecto, KESPER-BIERMANN S., KLIPPEL, D., “Philosophische Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung. Die Neubegründung des Strafrechts zu Beginn des 19. Jahrhunderts” [‘La Ciencia del Derecho penal filosófica y la función legislativa. El restablecimiento del Derecho penal en el inicio del siglo XIX’], en: KESPER-BIERMANN, S., KLIPPEL, D. (Eds.), *Kriminalität in Mittelalter und Früher Neuzeit [‘Criminalidad en la Edad Media y en la Modernidad temprana’]*, 2007, pág. 211. El ‘Libro Tercero’ se refiere a las reglas del procedimiento penal.

Nota del Traductor: Para este artículo se utilizó la traducción al español de la decimocuarta edición llevada a cabo por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer: v. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter, *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, traducción al castellano de la 14a edición alemana (Gießen, 1847) por Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989. [Translator’s Note: For this article, the translation into Spanish of the fourteenth edition of the Textbook (Giessen, 1847) carried out by Judge of the Interamerican Court of Human Rights Eugenio Raúl Zaffaroni, and Irma Hagemeyer was used.]

Para empezar, es lícito referirse a dos preguntas obvias: ¿para qué desempolvar un *Tratado* del siglo XIX si uno no se especializa en Historia del Derecho? Luego, ¿qué espera obtener del examen de esta obra el más amplio público de doctrinarios de Derecho penal? Tales interrogantes son mucho menos comunes para una audiencia alemana o europeo-continental: en estos círculos académicos, Feuerbach es considerado una figura de relevancia y cualquier interés sobre su obra no necesitaría de justificación alguna. Así, el *Tratado* es considerado un clásico, un texto fundacional; siendo su autor reverenciado como uno de los padres fundadores³ de la Ciencia del Derecho penal moderna, la cual tiene su fundamento en el principio del Estado de derecho (*Rechtsstaatsprinzip*)⁴. Su influencia se extiende mucho más allá del mundo germanoparlante: así, la legislación de países sudamericanos⁵ y hasta del Reino de Suecia⁶ tuvieron al Código Penal de Baviera y al resto de la obra de Feuerbach como fuentes fundacionales. No obstante, siendo Feuerbach mucho menos conocido en el mundo angloparlante, algunos párrafos serán destinados a explicar quién fue (*infra*, II) y las razones por las que sus publicaciones deben ser tenidas en cuenta.

En particular, este *Tratado* merece ser leído, entre otros, por los siguientes motivos:

Feuerbach fue uno de los grandes pensadores de su tiempo. Comparado con los filósofos del Derecho de aproximadamente la misma época (siendo el más importante de ellos Georg Friedrich Wilhelm Hegel, quien escribió en un lenguaje opaco y caracterizado por una

³ NAUCKE, Wolfgang, “Paul Johann Anselm von Feuerbach. Zur 200. Wiederkehr seines Geburtstages am 14. November 1975” [‘Paul Johann Anselm von Feuerbach. En el bicentenario de su nacimiento el 14 de noviembre de 1975’], en: *Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften*, nro. 87, 1975, pág. 861; ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1*, cuarta edición, 2006, [‘Derecho Penal, Parte General. Tomo I, cuarta edición, 2006’], pág. 78.

⁴ Para el concepto de *Rechtsstaat*, HALL, Jerome, “Nulla Poena Sine Lege” en *The Yale Legal Journal*, nro. 47, 1937, pp. 165, 181-182; EWALD, W., “Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat?”, en: *University of Pennsylvania Law Review*, nro. 143, 1995, pp. 1889, 2046-2055.

Nota del Traductor: En este punto es necesario aclarar que la definición del principio no es materia pacífica. Así, a modo de ejemplo puede citarse la opinión de Michael Marx, quien lo divide en dos aspectos: uno formal, que corresponde al sometimiento de la autoridad a la ley, y otro material, que exige la racionalidad de la ley. Véase: MARX, Michael, *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”. Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre* [‘Hacia una definición del concepto de ‘bien jurídico’. Prolegómenos de una teoría material del delito’], Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1972.

[Translator’s Note: It should be clarified that the definition of this principle is still debated. Thus, we can mention, for example, the opinion of Michael Marx. For this author, the principle is divided into two aspects: one formal, which corresponds to the submission of authority to the law, and another material, which requires the rationality of the law.]

⁵ DUVE, Thomas, ‘Die Feuerbach-Rezeption in Lateinamerika’ [‘La recepción de Feuerbach en Latinoamérica’], en: GRÖSCHNER, R., HANEY, G. (Ed.) *Die Bedeutung P.J.A. Feuerbachs (1775-1833) für die Gegenwart*, 2003, pág. 154.

⁶ KÜPER, W., “Paul Johann Anselm Feuerbach als Zeitgenosse” [‘Paul Johann Anselm Feuerbach como contemporáneo’], en: WOLTER, J. (Ed.), *140 Jahre Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* [‘140 años del Archivo de Derecho Penal de Goltdammer’], 1993, pp. 131, 144.

inusual terminología), Feuerbach era un excepcionalmente lúcido escritor tanto en términos de lenguaje como de estructura. Y, lo que es aún más importante, sus publicaciones son representativas del “período de cruce” al que el historiador Reinhardt Koselleck⁷ denomina como *Sattelzeit*. El mismo representó una era de transición que trajo importantes cambios no sólo a nivel social, económico, etc., sino que también lo hizo en el mundo de las ideas y de los conceptos. El reconocer que la segunda mitad del siglo XVIII y el principio del XIX constituyeron tal “período de cruce” no reviste de importancia únicamente para filósofos e historiadores con un gran interés por el estudio de la Historia de las Ideas: la doctrina en general y los penalistas en particular deben asimismo reconocer la imposibilidad de lograr una comprensión acabada de los fundamentos de nuestros sistemas legales contemporáneos sin toman en cuenta sus sólidas “raíces”; las cuales se remontan, justamente, al tardío siglo XVIII y el inicio del XIX. Las ideas a discutirse más adelante (intimidación a través de la conminación penal; *nulla poena sine lege*; protección de los derechos de los otros como legítimo propósito de las prohibiciones criminales), sin embargo, lejos están de ser anacrónicas: las mismas aún caracterizan de forma considerable el repertorio de los teóricos del Derecho penal.

II. ¿QUIÉN FUE FEUERBACH?⁸

Aún antes de dar a la imprenta su *Tratado* de 1801, Feuerbach (quien tenía por entonces veintiséis años) había alcanzado impresionantes logros académicos. Así, en 1795, obtuvo el grado de Doctor en Filosofía; en 1799, el de Doctor en Derecho. Sus primeros libros dan testimonio de su interés por la Filosofía del Derecho: en 1796 aparece su *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte* (“Crítica del Derecho Natural como propedéutica para una ciencia de los derechos naturales”); en 1798, su *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn* (“Anti-Hobbes o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano”⁹). En este último, si bien no se oponía a los argumentos de

⁷ KOSELLECK, R., “Einleitung” [‘Introducción’], en: BRUNNER, O., CONZE, W., KOSELLECK, R. (Eds.) *Geschichtliche Grundbegriffe, Band I* [‘Conceptos históricos fundamentales, Tomo I’], 1979, pág. XV.

⁸ Véanse las siguientes obras biográficas: RADBRUCH, Gustav, *Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben* [‘Paul Johann Anselm Feuerbach. Una vida de jurista’], tercera edición editada por Erik Wolf, 1934; KIPPER, Eberhard, *Johann Paul Anselm Feuerbach. Sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter* [‘Johann Paul Anselm Feuerbach. Su vida como pensador, legislador y juez’], 1969; KÜPER, W., Op. cit.

⁹ Nota del Traductor: Existe una traducción al español de esta obra: v. FEUERBACH, Anselm, *Anti-Hobbes o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano. Introducción y revisión de Eugenio Raúl Zaffaroni*, traducción de Leonardo G. Brond, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2010. [Translator’s Note: There is a Spanish translation of this work: v. FEUERBACH, Anselm, *Anti-Hobbes o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano. Introducción y revisión de Eugenio Raúl Zaffaroni*, traducción de Leonardo G. Brond, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2010.].

Thomas Hobbes sobre el peligro del “estado de naturaleza” o del fundamento contractual del poder del soberano, su posición venía a señalar el hecho de que dicho poder no era en modo alguno ilimitado. Luego, en 1799, Feuerbach publica la primera parte de su *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* (“Revisión de los principios y conceptos fundamentales del derecho penal positivo”¹⁰) llegando la segunda en 1800. El mismo año es nombrado profesor adjunto de la Universidad de Jena (hoy Universidad Friedrich Schiller) y pronto fue designado como catedrático de Derecho en otras dos altas casas de estudios alemanas.

En este punto, su carrera da un giro: Feuerbach es nombrado entonces como alto funcionario del ministerio de justicia del Reino de Baviera. Es por esto que una de las razones que hicieron perdurable su influencia se debe a su rol como uno de los arquitectos de la modernización del sistema de justicia penal: mientras que, en última instancia, los intentos de desarrollar un Código Civil para Baviera fracasaron¹¹, los relativos a la reforma de la legislación penal alcanzaron gran éxito. Y si bien hacia finales del siglo XVIII la situación jurídica en los territorios alemanes distaba de ser prometedora¹², dicha reforma fue propiciada por dos factores: Primero, debido a los cambios en las ideas imperantes en lo relativo a la filosofía y a la política (los cuales fueron resumidos en el concepto de “Iluminismo”) y, luego, por las transformaciones de orden específicamente político. En 1803, la *Reichsdeputationshauptschluss* (un instrumento legislativo sancionado por la Dieta Imperial o *Reichstag*) posibilitó la reorganización y centralización de la soberanía en los Estados alemanes¹³. Esto, a su vez, hizo posibles formas de administración y reformas legislativas de una mayor eficiencia¹⁴. En Baviera, uno de los grandes reformadores del período en análisis,

¹⁰ Nota del Traductor: Existe una traducción al castellano del *Prefacio* y de la *Introducción* de esta obra: v. FEUERBACH, Anselm, *Revisión de los principios y conceptos fundamentales del derecho penal positivo. Primera Parte (Prefacio e Introducción)*, traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni, 2020. [Translator's Note: There is a Spanish translation of this work: v. FEUERBACH, Anselm, *Revisión de los principios y conceptos fundamentales del derecho penal positivo. Primera Parte (Prefacio e Introducción)*, traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni, 2020.].

¹¹ HANEY, G., ‘Feuerbachs gesetzgeberische Tätigkeit, insbesondere das Scheitern der Zivilgesetzgebung’ [‘La producción legislativa de Feuerbach, con especial referencia al fracaso de la legislación civil’], en: GRÖSCHNER, R., HANEY, G. (Ed.), Op. Cit., pág. 144.

¹² KESPER-BIERMANN, S., KLIPPEL. D. (Ed.), Op. cit., pp. 216-218.

¹³ Véase WHALEY, J., *Germany and the Holy Roman Empire, Vol. II* [‘Alemania y el Sacro Imperio Romano Germánico’], 2012, pp. 614-622.

¹⁴ Para un abordaje de las reformas legislativas en Prusia durante el siglo XVIII y los intentos iniciales de otros Estados alemanes, *ibidem*, pp. 513-516.

Maximilian, Conde de Montgelas, impulsó la modernización legislativa¹⁵. La tortura en los procedimientos penales fue abolida en 1806¹⁶. El nuevo Código Penal para el Reino de Baviera, cuyo proyecto fue supervisado por Feuerbach, fue sancionado en 1813¹⁷.

Tras una disputa debida a la publicación de un polémico panfleto contra Napoleón I (el Imperio Francés era entonces aliado político del Reino de Baviera), Feuerbach debió renunciar a su cargo¹⁸. En 1814, es designado como juez de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Bamberg y luego, ya en 1817, en la de Ansbach; ciudades del norte de Baviera. Feuerbach no ocultó su enojo por esto, y su irascible temperamento¹⁹ no le hizo precisamente más fácil la adaptación a su nuevo cargo en el Poder Judicial²⁰. A su vez, tales dificultades no fueron en modo alguno disminuidas por el hecho de que muchos de sus contemporáneos en Ansbach percibían su estilo de vida como escandaloso en la medida en la que Feuerbach vivió muchos años con su concubina²¹. No obstante, su trabajo continuó, virando con énfasis durante este período hacia las estructuras judiciales, el proceso y la justicia penal, y hacia la criminología, concentrándose para esta última en algunos casos penales destacables. Una relación de tales procesos fue publicada en esta época y traducida más tarde al inglés²².

Otra de sus últimas publicaciones (Feuerbach murió a la edad de 57 años, el 29 de mayo de 1833) tuvo a Kaspar Hauser como protagonista.

Hauser fue un desequilibrado joven que había aparecido en la ciudad de Núremberg en mayo de 1826. Su condición física y el retraso que sufrió su desarrollo mental llevaron a varios observadores a la conclusión de que había sido mantenido confinado desde su infancia²³. No

¹⁵ WEISS, Eberhard, *Montgelas. Band 2, 1799-1838. Der Architekt des modernen bayerischen Staates* [*Montgelas, Tomo II, 1799-1838, El Arquitecto del Estado moderno bávaro*], 2005, pp. 558-569.

¹⁶ RADBRUCH, Op. cit., pág. 75; HANEY, Op. cit. en nota 11, pág. 147; WEISS, Op. cit., pág. 558.

¹⁷ Para un abordaje del trabajo legislativo de Feuerbach, véase: RADBRUCH, Op. cit., pp. 74-84; HANEY, Op. cit. en nota 11.

¹⁸ WEISS, Op. cit., pp. 569-572; KIPPER, Op. cit., pág. 70.

¹⁹ Algunos autores señalan que la personalidad de Feuerbach poseía algunas características cercanas a lo patológico. Véase NAUCKE, Op. cit. en nota 3, nota al pie 4, pág. 863.

²⁰ KIPPER, Op. cit., pp. 74-75 y 120-121.

²¹ RADBRUCH, Op. cit., pág. 135; KIPPER, Op. cit., pp. 75-77 y 177-179.

²² v. FEUERBACH, ANSELM, *Narratives or Remarkable Trials translated from the German of Anselm Ritter von Feuerbach by Lady Duff Gordon*, London, Albemarle Street, 1846.

²³ v. FEUERBACH, P.J.A., *Kaspar Hauser. Beispiel eines Verbrechens am Seelenleben des Menschen* [*Kaspar Hauser. Ejemplo de un crimen contra el alma humana*], 1832, reimpreso en: MAYER, J., MASSON, J.M., (Eds.) *Kaspar Hauser* (1995), pág. 7.

obstante, lo más atractivo del tratamiento que tanto Feuerbach como otros autores dieron al asunto fue la altamente especulativa asunción de que Hauser era el príncipe heredero de Baden²⁴. Como muchas teorías conspirativas, el relato atrajo a una gran audiencia y hasta el día de hoy el misterio sobre sus antecedentes y muerte continúa inspirando una gran cantidad de trabajos²⁵.

El abordaje literario dispensado al tema por Feuerbach contribuyó, a su vez, a incrementar su propia notoriedad, llevándola más allá del reducido círculo compuesto por filósofos y doctrinarios del Derecho penal²⁶.

III. LA TEORÍA DE LA PENA EN FEUERBACH

1. Introducción

Una de las características que hacen del trabajo de Feuerbach un modelo para los tratados de Derecho penal moderno es su insistencia en la necesidad de formular una pregunta y, más aún, de responderla con seriedad: ¿Por qué debe existir una pena estatal? En este sentido, ya en el prefacio del *Tratado*, Feuerbach insiste en su intención de hacer una contribución a la ciencia. Dicha noción científica del Derecho penal da testimonio de su ambición de argumentar de

Nota del Traductor: Existe una traducción al español de esta obra: v. FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Kaspar Hauser. Ejemplo de un crimen contra la vida interior del hombre*, traducción de Ariel Magnus Mayer, Logroño, Editorial Pepitas de Calabaza, 2017. [Translator's Note: There is a Spanish translation of this work: v. FEUERBACH, Anselm, *Kaspar Hauser. Ejemplo de un crimen contra la vida interior del hombre*, traducción de Ariel Magnus Mayer, Logroño, Editorial Pepitas de Calabaza, 2017.].

²⁴ FEUERBACH, P.J.A., *Memoire über Kaspar Hauser. Wer möchte wohl Kaspar Hauser sein?* [Memorias sobre Kaspar Hauser. ¿Quién desearía ser Kaspar Hauser?], reimpreso en MAYER, J., MASSON, J.M., (Eds.), Op. cit., pág. 97. Feuerbach escribió este texto como un informe personal para la Reina Karoline de Bavaria, viuda del Rey Max Joseph. Karoline era entonces la princesa heredera de Baden y, por supuesto, sin parentesco alguno con la rama de la familia de la 'despiadada duquesa'. No obstante, Karoline rehusó a dar importancia a la explicación de Feuerbach, recordando los relatos de su madre sobre como el recién nacido murió en sus brazos (véase: RADBRUCH, Op. cit., pág. 201). Posteriormente, el mismo Feuerbach expresó algunas dudas (véase: RADBRUCH, Op. cit., pág. 202), pero una vez en circulación, el mito fue demasiado fascinante como para desvanecerse.

²⁵ Véase MASSON, J.M., "Kaspar Hauser will nicht sterben" ['Kaspar Hauser no quiere morir'], en: MAYER, J., MASSON, J.M., (Eds.), Op. cit., pág. 343. Masson contabiliza 'más de 3000 libros y al menos 14.000 artículos' escritos sobre el tema. Durante el siglo XX, muestras de ADN de manchas de sangre en ropas supuestamente usadas por Hauser fueron comparadas con el ADN de descendientes actuales de los antiguos duques de Baden. El resultado fue que no pudo establecerse parentesco alguno (WEICHHOLD, G.M., BARK, J.E., KORTE, W., EISENMENGER, W., SULLIVAN, K.M., "DNA analysis in the case of Kaspar Hauser" ['Análisis de ADN en el caso de Kaspar Hauser'], en: *International Journal of Legal Medicine*, nro. 111, 1998, pág. 287. Sin embargo, esto no dio por terminado el debate: Quienes apoyan la teoría del 'Príncipe de Baden' pueden cuestionar la presunción sobre la autenticidad tanto de las ropas como de las muestras de sangre. Véase FORKER, A., "Kaspar Hauser—ewiges Änigma?" ['Kaspar Hauser. ¿Un eterno enigma?'], en GRÖSCHNER, R., HANEY, G. (Ed.), Op. Cit., pág. 100.

²⁶ Véase NAUCKE, "Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach", en: ANDERHEINDEN, M. et al (Eds.) *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, nota 6, disponible al 18/08/2020 en [http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net].

forma estrictamente racional. Los fundamentos del Derecho penal no deberían, entonces, ser entendidos como cuestiones relativas a las tradiciones, o como una serie de proscripciones religiosas, sino como una empresa humana que requiere justificación y fundamentos filosóficos no meramente metafísicos. Esta comprensión de la *Rechtswissenschaft* o Ciencia del Derecho se basa en un gran número de principios asociados con el Iluminismo, como el de secularización, racionalización y de humanización del Derecho.

La voluntad de justificar la institucionalización del castigo penal con fundamentos racionales no fue algo universal en la época de Feuerbach. El parágrafo de la “Metafísica de las Costumbres²⁷” de Kant es un ejemplo de un punto de vista en franco contraste: así, el filósofo de Königsberg se apoyaba en la noción de que no había necesidad alguna de justificación para el Derecho penal existente de aquel momento (el cual involucraba, por ejemplo, la aplicación de la pena de muerte). Y si bien no lo afirmó explícitamente, puede decirse que esto surge de su negativa a asignar un fin al castigo penal y de su desprecio tanto por la “quisquillosa humanidad” de Cesare Beccaria en general como, en particular, por su actitud crítica hacia la pena de muerte²⁸.

En las siguientes secciones se analizarán los elementos que dan estructura a la teoría de la pena de Feuerbach. Dos aspectos de ésta son dignos de destacarse: primero, la imagen antropológica subyacente a la misma (*Menschenbild*, ver *infra* 2) y, seguidamente, su comprensión del rol del Estado (ver *infra* 3). La conjunción de estos elementos llevó a Feuerbach hacia una teoría penal que se concentra en la “coacción psicológica” (intimidación por la conminación de la ley penal, *infra* 4). Finalmente, en la sección 5 presentaré una evaluación crítica de los aspectos expuestos de dicha teoría.

2. La imagen antropológica o subyacente *Menschenbild*

Las teorías de la pena se basan tanto en una determinada imagen antropológica como en una idea sobre lo que motiva a las personas a actuar u omitir llevar a cabo una acción. Estas suposiciones pueden ser tácitas o explícitas, pero es imposible el desarrollo de una teoría de la pena sin una subyacente *Menschenbild*. Si analizamos los discursos contemporáneos, pueden distinguirse tres tipos ideales de la misma:

²⁷ KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten* [‘*Metafísica de las Costumbres*’], (1798) reimpresso en: WEISCHEDEL, W. (Ed.) *Werkausgabe* [‘*Obras Completas*’], Vol. VIII (1977) pp. 452- 460.

²⁸ *Ibidem*, pág. 457.

a. El primero y más propio del idealismo, puede ser resumido como la aproximación al “ser humano como agente moral”. De acuerdo con esta teoría, el ser humano no sólo sería racional, sino que se motivaría en la indagación sobre la sensatez y validez de las exigencias morales de otros.

b. El segundo tipo de *Menschenbild* también representa al hombre como un ser racional, pero sin poner el énfasis sobre su capacidad como agente moral. En vez de esto, dicha imagen hace hincapié en su habilidad para anticipar consecuencias favorables y desfavorables, para sopesar los costos y beneficios esperados, y para basar sus decisiones en el resultado de tales cálculos. Éste es el prototipo del *homo oeconomicus*.

c. Un tercer tipo de *Menschenbild* (el cual tiene poca consideración entre los doctrinarios de Derecho penal²⁹) parte de una visión aún más alejada de la de los idealistas. Su punto de partida es el escepticismo no sólo en lo relativo a la visión del “ser humano como agente moral”, sino también con respecto al punto de vista del “ser humano como calculador racional” el cual subyace bajo el modelo de *homo oeconomicus*. Este tercer tipo de *Menschenbild* (el cual puede ser denominado modelo de *homo vindictus*) pone el foco en los aspectos emotivos e irracionales del comportamiento humano. Desde el punto de vista de la teoría de la pena, entonces, la tarea primordial diaria ya no está en la búsqueda de formas de motivar al ser humano como ser racional, sino en poner un freno a las emociones más fuertes (ira, resentimiento) y prevenir así las conductas socialmente destructivas que tienen su origen en los mismos (venganza, conflictos violentos).

¿Cuál es la posición de Feuerbach con respecto a la *Menschenbild*? Un párrafo relevante a este efecto es el §13³⁰ (§17 en la edición de 1801):

²⁹ Mientras que, en el discurso alemán contemporáneo, el rol de las emociones en la teoría de la pena es rara vez mencionado, algunos autores del mundo angloparlante se refieren al fenómeno. Véase: MACKIE, J., “Morality and the Retributive Emotions” [‘Moral y emociones de la pena’], en: *Criminal Justice Ethics*, nro. 1, 1982, pág. 3; MURPHY, J.G., HAMPTON, J., *Forgiveness and Mercy* [‘Perdón y misericordia’], 1988; BRUDHOLM, T., “Hatred as an Attitude” [‘El odio como postura’], en: *Philosophical Papers*, nro. 39, 2010, pág. 289; HOLROYD, “The retributive emotions: Passions and Pain of Punishment” [‘Las emociones del castigo: Pasiones y dolores de la pena’], en: *Philosophical Papers*, nro. 39, 2010, pág. 343.

³⁰ La totalidad de las citas fueron tomadas de la primera edición (1801) debido a su correspondencia con las del texto de la decimotercera disponible en inglés en la página con el catálogo de “Textos Fundacionales” (*Foundational Texts*) [<http://www.law-lib.utoronto.ca/bclc/crimweb/web1/foundational.html>]. En todos los otros casos, fueron traducidos del alemán por quien escribe.

N. del T.: Como se explicó ut supra, las citas para esta traducción fueron tomadas de la llevada a cabo por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer (v. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter, *Tratado de Derecho Penal*

“Todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en la que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado, a condición de *que cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho.*”

La referencia al “placer y dolor” como la fuerza reguladora de las acciones humanas apunta al cálculo utilitarista formulado por Jeremy Bentham³¹. Junto al alegato de Feuerbach en favor de la prevención a través de penas legales (ver *infra* 4), tenemos la impresión de que Feuerbach optó por la *Menschenbild* del *homo oeconomicus*³²: de las tres imágenes bosquejadas *ut supra*, es, en cualquier caso, aquella que más se ajusta a su teoría. Pero para comprenderla completamente, uno debe tener en cuenta que, en su caso, el concepto clave no es el de “elección”, sino el de “coacción”³³. Su posición, entonces, debe ser vista a la luz del trasfondo de la disputa que llevaba contra la más complicada *Menschenbild* defendida por Kant³⁴. Feuerbach dedicó a esto una larga sección de la segunda parte de su citada “Revisión” aparecida un año antes del *Tratado*, en 1800. De acuerdo con Kant, por un lado, el ser humano *qua homo noumenon* es capaz de reconocer la ley moral en la forma del *Imperativo Categórico* a través de la razón pura³⁵. Por otro lado, el mismo autor, en su obra antropológica, presenta una más bien pesimista *Menschenbild* de las personas como seres naturales (*homo*

común vigente en Alemania...). No obstante, en los casos en los que sea necesario, se referirá entre paréntesis el número de párrafo correspondiente a la edición empleada por la autora. [Translator’s Note: As explained above, the quotations for this translation were taken from that carried out by Eugenio Raúl Zaffaroni and Irma Hagemeyer. However, where necessary, the number of paragraphs corresponding to the edition used by the author shall be referred to in parentheses.]

³¹ BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the principles of morals and legislation* [‘Una introducción a los principios de la moral y de la legislación’], 1789, reimpreso en: TONRY, M. (Eds.), *Why Punish? How Much? A Reader on Punishment* [‘¿Por qué y cuánto castigar? Un manual sobre la pena’], 2011, pág. 51. En la decimotercera edición del *Tratado* de Feuerbach hay una referencia al ‘principio de utilidad general de Bentham’ (nota al § 18), la cual Feuerbach no incluyó en su primera edición.

³² Esta es una suposición frecuente. Véanse al respecto las citas en GRECO, L., *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, 2009, pág. 72 (pág. 82 en la edición en español).

Nota del Traductor: Existe una traducción al español de esta obra: 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*, traducción del alemán de Paola Dropulich y José R. Béguelin, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Pons, 2015. Dada la importancia de dicho estudio para el presente artículo, incluiré entre paréntesis las referencias a la edición en español. [Translator’s Note: There is a Spanish translation of this work: 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*, traducción del alemán de Paola Dropulich y José R. Béguelin, Madrid, Marcial Pons, 2015. Given the importance of this study for this article, I will also include references to the Spanish edition.]

³³ *Ibidem*, pp. 89-107 (pp. 75-95 en la edición en español).

³⁴ *Ibidem*, 41-45 (pp. 42-55 en la edición en español).

³⁵ Véase KANT, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* [‘Fundamentación de la metafísica de las Costumbres’], 1798, reimpreso en: WEISCHEDEL, W. (Ed.) *Werkausgabe* [‘Obras Completas’], Vol. VII, 1977, pp. 45- 47.

phaenomenon) determinados por sus impulsos³⁶. La distinción de Kant entre *homo noumenon* y *homo phaenomenon*³⁷ depende en buena medida de su concepción de “libertad”: Un *homo noumenon* es libre, y un *homo phaenomenon* no lo es. Feuerbach, sin embargo, no refutó completamente esta dicotomía: así, aceptó entonces la idea de que bien existe libertad en forma de “libertad trascendental” o bien hay una ausencia de libertad. Sin embargo, el aspecto en el que se diferenció de Kant es al presentar el argumento según el cual, para la teoría del derecho, los seres humanos deben ser vistos desde la posición del determinismo y, por esto, el concepto de “libertad” debe ser eludido³⁸. En palabras de Feuerbach: “(...) *solo con respecto a la moral y en ningún otro caso, incluyendo la filosofía de la naturaleza y la teoría del derecho, debe permitirse hablar sobre la libertad*”³⁹. Esta posición es la que subyace en sus afirmaciones del *Tratado* relativas a los seres humanos “determinados por impulsos sensuales” y “sujetos de coacción psicológica”. Tal *Menschenbild*, la cual describe a la persona humana como un ser pasivo determinado por estímulos fuera de su control, no atrajo por igual a todos los sectores: el distanciamiento de la imagen antropológica kantiana provocó, entonces, violentos ataques a su teoría de la pena⁴⁰.

Asumir que las únicas opciones concebibles, en cuanto a la *Menschenbild*, son las propuestas por de Kant o por Feuerbach, revelaría cierta estrechez de miras. El mérito de Feuerbach reside en la comprensión de que las opiniones jurídicas no deberían basarse en el algo artificial concepto de “libertad trascendental” ni en la igualmente artificial y dicotómica concepción de los seres humanos como portadores de una doble personalidad al estilo “Dr. Jekyll y Mr. Hyde”, que subyace en aquella de *homo noumenon* y *homo phaenomenon*. De todas formas, la decisión de Feuerbach de aceptar esta distinción básica, restringiendo su alcance a la filosofía moral, no sería la mejor solución. No debemos entonces tomar de forma acrítica su afirmación en el sentido de eliminar el término “libertad” de la teoría jurídica en su totalidad. Es preferible, así, el fijar una cuidadosa distinción entre *descripción* y *atribución*. El

³⁶ Véase, por ejemplo, la sección sobre el egoísmo en KANT, Immanuel, *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht* [‘*Antropología en sentido pragmático*’], 1796, reimpresso en: WEISCHEDEL, W. (Ed.) *Werkausgabe* [‘*Obras Completas*’], Vol. XII, 1977, pp. 408-411.

³⁷ Véase RICKEN F., “Homo noumenon and homo phaenomenon” en: HÖFFE, O. (Ed), *Metaphysik der Sitten. Ein kooperativer Kommentar*, tercera edición, 2000, pág. 239.

³⁸ FEUERBACH, P.J.A., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 2. Theil*, 1800, pp. 90-140.

³⁹ *Ibidem*, pág. 97

⁴⁰ Véase: BOHNERT, J., *Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht* [‘*Paul Johann Anselm Feuerbach y el principio de determinación en el Derecho penal*’], 1982, pp. 14-28.

de “libertad” no es un concepto ontológico, y la de “libre” no es una cualidad que existe o no. En vez de esto, las afirmaciones acerca de “acciones libres” son atribuciones basadas en ciertas condiciones para la toma de decisiones. Estas condiciones son independientes de la dicotomía entre *determinismo* versus *indeterminismo*⁴¹. Aún en un mundo determinista sería dable denominar libres a las decisiones y a las acciones realizadas bajo ciertas condiciones tales como la madurez suficiente, la suficiente exposición a las expectativas morales de la comunidad, la ausencia de fuerza irresistible, etc.

3. El rol del Estado

El segundo pilar sobre el que se asienta la teoría de la pena de Feuerbach es su concepción del Estado⁴². En línea con el abordaje racional a la pena, Feuerbach deduce las funciones de esta de la función general que se atribuye a la estructura estatal. Así, el jurista de Jena no considera a su teoría de la pena como un mero ejercicio de filosofía moral: en mi opinión, su altamente convincente premisa es que el hecho de que el Estado pueda recurrir a una de las más draconianas interferencias en la vida de sus ciudadanos hace que dicha interferencia deba estar fundamentada en filosofía política, y, en particular, en una teoría sobre las funciones de este. El punto de partida de su análisis, así, aparece en el párrafo §8 (§9 en la edición de 1801):

“Si ha de llevar una existencia razonable, el ser humano debe ser capaz de ejercer sus derechos sin interferencia alguna. Debe, por esto, encontrar una posición que asegure dichos derechos, y esta puede ser hallada en la *sociedad civil*; la cual consiste en la unión de la voluntad y la energía de los individuos para garantizar la libertad recíproca. *El Estado* no es más que una sociedad civil organizada constitucionalmente mediante el sometimiento a una voluntad común, siendo su principal objetivo la creación de la condición jurídica, es decir, la existencia conjunta de los hombres conforme a las leyes del derecho.”

Esta visión racional y dirigida a un objetivo sigue la línea desarrollada por Feuerbach en su *Anti-Hobbes*. La afirmación del párrafo citado, entonces, debe sonar familiar para el lector contemporáneo en la medida en la que está fuertemente basada en la teoría contractualista del poder estatal (la cual, según la versión de John Locke, reconoce que los individuos poseen

⁴¹ Es difícilmente posible el proporcionar las citas exactas acerca de las posiciones más representativas de la ampliamente ramificada discusión entre deterministas e indeterministas, pero puede consultarse, por ejemplo, a KANE, R. (Ed.), *The Oxford Handbook of Free Will*, 2002; WALLACE, R.J., *Responsibility and the Moral Sentiments* [‘Responsabilidad y sentimientos morales’], 1994; MELE, A., *Free Will and Luck* [‘Voluntariedad y suerte’], 2006.

⁴² NAUCKE, W., “Fragen an Feuerbachs Staatsbegriff” [‘Cuestiones sobre el concepto de Estado en Feuerbach’] en GRÖSCHNER, R., HANEY, G. (Ed.), Op. Cit., pág. 41.

derechos aún antes de formar un Estado⁴³ y que el propósito del mismo es el aseguramiento de tales derechos). A su vez, desde un punto de vista contemporáneo, uno puede criticar la liviandad de la noción de un Estado concentrado exclusivamente en el aseguramiento de los derechos de sus ciudadanos y su coexistencia pacífica bajo el imperio de la ley: el Estado, especialmente en aquellas constituciones que hablan del “Estado social”⁴⁴, puede también tener obligaciones adicionales. La visión de Feuerbach de este, entonces, es la de la escuela liberal clásica, la cual hace hincapié en la libertad por sobre la solidaridad.

No obstante lo expuesto, analizado en su contexto histórico, el punto de vista de Feuerbach resulta de una visible modernidad; especialmente en comparación con la de otros autores alemanes de la época. Por supuesto que no fue él el primero en difundir un abordaje del Estado como un medio para un fin (no siendo este otro que la coexistencia pacífica de individuos bajo el imperio de la ley). Si no tomamos en cuenta su elección de la *Menschenbild*, el pensamiento de Feuerbach es similar al expuesto por Kant⁴⁵. Sin embargo, el abordaje del primero difiere notablemente de otras visiones del Estado que fueron populares entre los pensadores del siglo XIX.

Una característica común de las visiones antiliberales que se le oponían es que no admitían la concepción del Estado como medio para un fin (considerando, por ejemplo, que el Estado *no* es una institución que sirve para promover los intereses del ser humano). Hans Kelsen describió el estado autocrático ideal (al cual contrastaba con el democrático ideal) de la siguiente forma: “*una realidad supraindividual, de alguna manera colectiva; un organismo místico y, como tal, el ente de más alta jerarquía, la realidad de los valores absolutos categóricamente diferente de la suma o masa de individuos*”⁴⁶. Las teorías corporativas o autocráticas describen al Estado como un ente “natural”, bien producto de la evolución histórica, o bien la culminación de un “espíritu objetivo”. De acuerdo con estas teorías, el Estado no necesita de justificación alguna y ciertamente no de aquellas basadas en las

⁴³ LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, 1689.

⁴⁴ Véase el art. 1 de la Constitución Francesa actual o el art. 20, inc. 1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana.

⁴⁵ Véase la definición del Estado propuesta por Kant: ‘Una ciudad-Estado (civitas) es la unión de una comunidad de personas bajo el imperio de la ley’, [‘A state (civitas) is the union of a mass of humans under the rule of law (Traducción de la autora)], KANT, Op. Cit. en nota 27, pág. 431. Para analizar el abordaje propuesto por este filósofo sobre el Estado, véase: EWALD, Op. Cit. en nota 4, pp. 1999-2000, 2046-2050. Para una comparación entre Kant y Feuerbach, véase: HRUSCHKA, J. “Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts” [‘Kant, Feuerbach y los fundamentos del Derechos penal’] en: PAEFFGEN, H.-U. et al (Eds.) *Festschrift für I. Puppe zum 70. Geburtstag*, pp. 17, 33-34.

⁴⁶ KELSEN, “*Staatsform und Weltanschauung*”, 1930, en: KLETCATSKY, H.R. (Ed.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule: Schriften*, 2010, 1575-1585.

insignificantes necesidades de los insignificantes seres humanos⁴⁷. En contraste con el culto místico al Estado, el sobrio y racional análisis de Feuerbach fue y sigue siendo percibido como un estimulante abordaje.

El próximo paso en su línea de pensamiento es el siguiente (§9):

“Dado que la condición jurídica es el fin del Estado, toda forma de lesión jurídica contradice este objetivo; o sea, que en el Estado no tenga lugar ninguna lesión jurídica. Por ende, el Estado tiene el derecho y el deber de hallar institutos mediante los cuales se impidan las lesiones jurídicas.”

En estos párrafos (§§10, 11 en la edición de 1801), Feuerbach pasa a la cuestión de las funciones estatales. Los detalles ameritan un análisis crítico. ¿Es en verdad “absolutamente esencial” que “no tenga lugar ninguna lesión jurídica”? Soy del parecer que, si uno está comprometido con una visión liberal del Estado, una definición más realista (cercana al mero mantenimiento de tales lesiones bajo control) sería más satisfactoria; especialmente desde un punto de vista normativo. La aceptación de cierto grado de ineficiencia y de fallas parecen preferibles a una excesivamente ambiciosa concepción estatal. No obstante, la idea general de este párrafo no es en absoluto problemática: si la función del Estado es aquella de facilitar la coexistencia mediante la prevención de las lesiones jurídicas, entonces se sigue el principio de que el Estado está justificado como medio para asegurar dicho fin.

4. Coacción psicológica: las razones de Feuerbach para el castigo penal

Tras asociar la función estatal con la necesidad de prevención de lesiones jurídicas, Feuerbach pasa a la cuestión sobre cómo debe ser esta llevada a cabo. En los párrafos §§12-15, el autor discute las medidas coercitivas, comenzando con la “coerción física”. Sin embargo, no tarda en concluir en que esta no será efectiva: las medidas anticipatorias requieren que los funcionarios estatales estén permanentemente atentos ante la probabilidad de comisión de determinados delitos. Asimismo, la reparación tampoco tiene sentido en caso de lesión de derechos irremplazables. Feuerbach asume, por esto, que sólo la “coacción psicológica” podría

⁴⁷ Para un abordaje de las teorías orgánicas del Estado, véase ROLIN, J., *Der Ursprung des Staates* [‘El origen del Estado’], 2005, pp. 215-260. La versión del Estado hegeliano como fin en sí mismo portador de autoridad y majestad absolutas, y como materialización de ‘la razón por sí y para sí’ (*das an und für sich Vernünftige*), puede verse en: HEGEL, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts* [‘Lineamientos fundamentales de la Filosofía del Derecho’], 1821, §§ 257, 258.

prevenir las lesiones jurídicas⁴⁸. Así en el párrafo §12 (§15 en la edición de 1801) sostiene que:

“Si de todas formas es necesario que se impidan las lesiones jurídicas, entonces deberá existir otra coerción junto a la física, que se anticipe a la consumación de la lesión y que, proviniendo del Estado, sea eficaz en cada caso particular, sin que requiera el previo conocimiento de la lesión. *Una coacción de esta naturaleza sólo puede ser de índole psicológica.*”

Feuerbach también utiliza de forma explícita el familiar concepto de intimidación en el párrafo §16. El punto de su teoría, no obstante, radica en el desplazamiento del foco del encarcelamiento del delincuente individual y la ejecución de su pena, hacia los efectos preventivos del Derecho penal: es en la conminación de la ley penal, entonces, donde recae esta función. Feuerbach afirma claramente que el encarcelamiento y la ejecución de sentencias revisten una importancia secundaria, y solo sirven para que esta conminación legal sea tomada en serio y no vista como algo meramente vacío. Así lo expresa en el §16 (§15 en la edición de 1801):

“(…) I) El objetivo de la conminación de la pena en la ley es la intimidación de todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas. II) El objetivo de su *aplicación* es el de dar fundamento efectivo a la conminación legal, dado que sin la aplicación de la conminación quedaría hueca (sería ineficaz). Puesto que la ley intimida a todos los ciudadanos y la ejecución debe dar efectividad a la ley, resulta el objetivo *mediato* (o final) de la aplicación es, en cualquier caso, la intimidación de los ciudadanos mediante la ley.”

Finalmente, Feuerbach diferencia su teoría de la pena de otros abordajes. Así, en el párrafo §18 (§22) explica aquello que *no* constituye ni la finalidad ni el fundamento legal de la pena:

“Por consiguiente, la pena civil⁴⁹ como tal no tiene ni por objeto ni por fundamento jurídico: I) La prevención contra futuras contravenciones de un injuriante en particular, porque eso no sería pena, en razón de que no se observa ningún fundamento jurídico para una anticipación semejante; II) Ninguna retribución moral, porque esta pertenece al ámbito de lo ético y no al orden jurídico, aparte de ser físicamente imposible; III) Ninguna clase de

⁴⁸ Véase HALL, Op. cit. en nota 4, pág. 170.

⁴⁹ Feuerbach proporciona, en el párrafo § 15 (§ 19), la definición de lo que debe comprenderse por ‘pena civil’: ‘*El mal conminado por una ley del Estado e infligido en virtud de esa ley es la pena civil (poena forensis).*’.

intimidación mediata de otro a través de los sufrimientos inferidos al malhechor, porque no hay ningún tipo de derecho para ellos; IV) Ningún mejoramiento moral, porque éste sería el objetivo de la expiación, pero no el de la pena.”

En primer lugar, su versión de la teoría de la intimidación no parece ser abrumadoramente innovadora. Feuerbach no fue el primero en justificar el castigo penal a través de la noción de intimidación o prevención⁵⁰. ¿Dónde radica, entonces, el interés puesto sobre la misma? Primero, hay que mencionar que su pensamiento debe ser considerado con relación a los contendientes que tuvo en su época. Kant criticaba severamente la noción de que basaba la pena en el pensamiento teleológico, llamando la atención contra el mal originado por el intento de optimizar la utilidad total al decidir la reacción apropiada ante la comisión de un delito⁵¹. Las descripciones contemporáneas de la teoría de la pena tienden a caer en dos categorías: la de las llamadas “teorías relativas” de la pena, con la de la prevención general como subcategoría, y de las llamadas “teorías absolutas”, las cuales tienen a sus principales representantes en Kant y Hegel. Al menos en relación al tratamiento dado por alemanes y otros doctrinarios europeos a las teorías de la pena, Feuerbach aparece como contraparte de otros prominentes autores en compacta formación.

En segundo lugar, el énfasis puesto por Feuerbach en la conminación de la ley penal es importante dado que atenúa el problema de legitimidad. Si uno se concentra en el encarcelamiento y en la pena en sí, esto invita a la crítica de que el *injuriante individual* es *usado* para influenciar a *otros*. Feuerbach compartió esta objeción, con el abordaje clásico de la “intimidación a través de la pena determinada⁵²”.

La teoría de Feuerbach evita la división entre la persona del *injuriante*, quien tiene que soportar el duro tratamiento, y las *terceras personas* que deben ser intimidadas por éste. La comunicación de la ley penal pone la carga en cabeza de la persona que debe ser disuadida. No existe el sacrificio del individuo al beneficio general, sino solo la prudente elección de una persona en pos de la optimización de su conducta.

⁵⁰ Las referencias a las teorías de la intimidación citan, como fuentes clásicas, a Hobbes, Beccaria, y Bentham. Véase: FISHER, T., ‘Economic Analysis of Law’ [*Análisis económico del Derecho*], en: DUBBER, M., HÖRNLE, T. (Ed.) *Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, 2014, pp. 39-58. (Here I updated using the 2014 edition of this work).

⁵¹ ‘Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre’ (traducción libre de la autora: serpenteantes oscilaciones del utilitarismo [serpent windings of utilitarianism]) es una expresión de Kant utilizada en: KANT, Op. Cit. en nota 25, pág. 453.

⁵² FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1. Theil, 1799, pp. 89-91.

5. Las reacciones ante el abordaje de Feuerbach

Se han planteado al menos cinco objeciones contra la teoría de la “coacción psicológica”. En primer lugar, tenemos la cuestión referida a si la intimidación, efectivamente, funciona. En segundo lugar, si consideramos que funciona, ¿no es digno de objeción el hecho de que el Estado comine a las personas? Puede plantearse, en tercer lugar, si existe la posibilidad de que las legislaturas comiencen a calcular las conminaciones legales de forma tal en la que devendrían incompatibles con la evaluación de la injuria, y, en cuarto, si, en virtud de esta teoría, cobrarían las penas una severidad desproporcionada. Finalmente, la quinta cuestión sería la siguiente: ¿alcanzan las consideraciones de Feuerbach a conformar una teoría de la pena con todos sus elementos, o existen carencias en la misma?

Si la finalidad de la conminación legal es la intimidación, es ineludible la interrogante sobre su efectivo funcionamiento. Es esta una preocupación normal con respecto a las teorías de la prevención, dado que otros mecanismos como la moral, las buenas costumbres o el interés de las personas en evitar las conductas criminales con consecuencias perjudiciales a largo plazo podrían tener una mayor influencia⁵³. Sin embargo, no se trata esta de una objeción determinante: estudios empíricos indican que la existencia de la conminación representada por el Derecho penal tiene, de hecho, cierto grado de influencia en el comportamiento de las personas⁵⁴. La tesis de Feuerbach, entonces, no depende enteramente de la afirmación de que el *alcance* de los efectos intimidatorios sea considerable.

Si la “coacción psicológica” es lo suficientemente efectiva, ¿no deberíamos entonces preocuparnos sobre si es esta una forma apropiada de tratar a los seres humanos? Por otro lado, ¿debe considerarse el argumento de Hegel sobre cómo el abordaje de Feuerbach trataría a los seres humanos como perros a los que se amenaza empuñando un palo⁵⁵? ¿No es esta una

⁵³ Véase: STEVENSON D., “Towards a New Theory of Notice and Deterrence” [*Hacia una nueva teoría de la disuasión*] en: *Cardozo Law Review*, nro. 26, 2004/2005, pp. 1535-1545.

⁵⁴ Véase v. HIRSCH, A. et al, *Criminal Deterrence and Sentence Severity* [*Prevención Criminal y Severidad de la Sentencia*], 1999.

⁵⁵ HEGEL, Op. Cit., § 99, *Zusatz*.

Nota del Traductor: Existen al menos dos traducciones al castellano de esta obra: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Filosofía del Derecho. Prólogo de Karl Marx*, traducción de la Dra. Angélica Rosa de Montero, Cuarta Edición, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1937, y la más técnica: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*, traducción directa del alemán de Eduardo Vásquez, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2000. Llamativamente, la primer no incluye la *Zusatz* (*Observación*) del párrafo § 99. [*Translator’s Note: There are at least two Translations into Spanish of this work: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, Filosofía del Derecho. Prólogo de Karl Marx, traducción de la Dra. Angélica Rosa de Montero, Cuarta Edición, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1937, and the more technical: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado, traducción directa del alemán de Eduardo Vásquez, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2000. Strikingly, the first does not include the Zusatz (Observation) in § 99*] This note

concepción que subestima a las personas, quizás hasta el punto de colisionar con su dignidad?⁵⁶ Ciertamente, Feuerbach no hubiera recibido tantas críticas de haber elegido otra palabra, en vez de “coacción”: desafortunados términos como ese o el de “coerción” derivaron en conclusiones erróneas⁵⁷. Sin embargo, la modificación de su abordaje poniendo el énfasis en la “elección” en vez de la “coacción” morigeró el peso de estas críticas. En este sentido, la *Menschenbild* que tiene en cuenta Feuerbach presupone habilidades humanas que van más allá de una mera reacción instintiva para “evitar el inminente dolor físico”, la cual sería la reacción de un perro frente a un palo empuñado. Presupone entonces, también, la habilidad para comprender normas abstractas si una situación de tentación tiene lugar, y la habilidad de tomar una decisión consciente y prudente. Este ejercicio de elección puede ser visto como un ejercicio de libertad, más que de negación de la misma.

Pero ¿qué sucede con el argumento de que la teoría de la “coacción psicológica” fracasa en su intento de tratar a las personas de acuerdo con su capacidad de comprensión de juicios morales? ¿No debe la ley apelar a la moral de las personas, en vez de a su prudencia⁵⁸? Existen dos posibles respuestas a esta objeción. La primera cuestiona de forma fundamental lo apropiado de la introducción de razonamientos de índole moral en un contexto jurídico. Así, *solo* razones de prudencia son apropiadas en la medida en la que existe una necesidad de que el mundo de la moral y el de las leyes sean mantenidos en permanente separación⁵⁹. Sin embargo, tal supresión de los juicios morales es, como mínimo, cuestionable. Una cosa es argüir que las normas de Derecho penal no deben prohibir conductas *solo porque* son consideradas inmorales: la criminalización requiere razones adicionales tales como la “lesión jurídica” o el “daño a otros” (ver *infra* V). Pero exigir que el Estado deba evitar cualquier juicio moral significaría una separación entre la ley y el mundo en el que vivimos.

La segunda y menos fundamental respuesta es, por esto, más convincente: así, la misma apunta a que los desincentivos basados en la prudencia y los mensajes morales están entrelazados. Los mensajes entregados en las leyes penales no son anuncios de costos

seeks to introduce the reader in Spanish into the discussions taking place during the Sattelzeit, guiding him through to the translations of philosophers like Hegel.

⁵⁶ ROXIN, Op. Cit., pág. 83.

⁵⁷ Véase SCHÜNEMANN, B., “Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Strafrechtstheorie”, [*La importancia de la prevención general positiva en una Teoría de la Pena dualista*] en: SCHÜNEMANN, B., von HIRSCH, A., JAREBORG, N. (Eds.) *Positive Generalprävention*, 1998, pp. 109, pp.118-119.

⁵⁸ Véase: DUFF, A., *Trials and Punishments* [*Juicios y Castigos*], 1986, pp. 178-180; DUFF, *Punishment, Communication, and Community* [*Penas, Comunicación y Comunidad*], 2001, pág. 58.

⁵⁹ GRECO, Op. Cit., pp. 396-419 (pp. 320-337 en la edición en español).

despojados de todo valor moral. En vez de esto, etiquetar una conducta como criminal necesariamente implica, y es así entendida por los ciudadanos, un juicio de valor del cual resulta que la realización de esta conducta representa una ofensa en un sentido intrínseco moral (a menudo denominado *mala in se*) o porque resulta divergente de ciertas reglas de conducta sobre las que la comunidad llega a un acuerdo ⁶⁰. La conminación de la ley penal en la que Feuerbach hace hincapié es importante, pero no el único mensaje. Una combinación de mensaje moral y desincentivo basado en la prudencia no merece críticas por ser moralmente objetable⁶¹.

Otro tipo de objeciones a la teoría de Feuerbach apunta a la posible distorsión que puede llegar a causar sobre las sentencias. Se ha dicho que su lógica presta mucha atención a la “ganancia” que el delincuente potencial tiene en expectativa, y a que, de cobrar especial relevancia dicha “ganancia potencial”, esto supuestamente llevaría a mayores amenazas de la ley penal que no reflejarían la severidad del delito. Por ejemplo: si una pena leve superara en importancia la “ganancia marginal” de un robo seguido de homicidio, mientras que solo un castigo severo disuadiría a un injuriante de cometer el delito de libelo, ¿no debería la pena en este último caso ser más alta que las correspondientes al robo seguido de homicidio⁶²? Tal preocupación parece exagerada: el Derecho penal aborda una gran diversidad de casos con la misma descripción del delito. Así, *algunos* planes para la comisión de robos involucran modestas ganancias, mientras que *ciertas* calumnias pueden generar la expectativa de sustanciales beneficios. En cualquier caso, esto difícilmente pueda ser traducido en leyes abstractas. El aspecto de la “ganancia potencial” no es de gran interés desde el punto de vista del legislador debido a que los beneficios personales en expectativa dependen del contexto, y, por lo tanto, pueden diferir considerablemente.

Pero ¿qué decir entonces de la preocupación de que, tras llegar a este punto en la deliberación, tales legisladores hicieran hincapié en elevar los “costos”, optando así por duras sanciones a través de la entera Parte Especial⁶³? Por supuesto que uno puede asumir que aquellos que se concentren en tales cálculos tomarían en cuenta también la inversión pública necesaria, lo cual puede fijar ciertos límites si las duras sentencias resultantes (tales como el

⁶⁰ Para *mala prohibita*, véase: DUFF, A., *Answering for Crime* [‘Respondiendo por el delito’] (2009) pp. 91-92.

⁶¹ Véase v. HIRSCH A., *Censure and Sanctions* [‘Censura y sanciones’], 1993, pp. 12-14; GRECO, Op. Cit., pp. 379-381 (pp. 316-320 en la edición en español).

⁶² Véase: JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil* [‘Derecho Penal, Parte General’], segunda edición, 1991, pp. 21-22; PAWLIK, M., “*Kritik der präventionsorientierten Straftheorie*” [‘Crítica de la Teoría de la Pena orientada hacia la prevención’], en: ROGALL, K. et al (Eds.), *Festschrift für H.-J. Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004, pp. 213, 218.

⁶³ NAUCKE, Op. Cit. en nota 42, pág. 48; ROXIN, Op. Cit., pág. 83.

encarcelamiento por largos períodos de tiempo) se vuelven costosas. No obstante, esta idea no despejaría todas las preocupaciones: desde la perspectiva de una intimidación eficiente, la combinación de aplicación selectiva (para ahorrar costos de ejecución) con conminaciones penales altas puede también ser preferible⁶⁴. Por esto, un sistema enfocado *exclusivamente* en la intimidación efectiva es, de hecho, más proclive a entrar en conflicto con los valores normativos tales como la aplicación coherente de la ley y la proporcionalidad entre la injuria y la conminación de la pena. El énfasis, entonces, se desplazaría hacia la *exclusividad*: aquellos sistemas que resuelven partiendo de la simplista idea de mantenerse “puros”, llevarían con frecuencia a problemáticos resultados. La alternativa estaría representada por un sistema el cual reconozca tanto razones *funcionales* como *no funcionales*, y *límites deontológicos* tales como la proporcionalidad⁶⁵.

Finalmente, puede decirse que la debilidad de la teoría de Feuerbach radica en otro punto: su complejidad no es suficiente debido a que la subyacente *Menschenbild* alcanza solo parte de lo que es relevante para una teoría de la pena. Aunque es razonable la presunción de que las personas *a menudo* actúan de forma prudente, esto solo cubre un aspecto del comportamiento humano. Una de las más importantes funciones del Derecho penal radica en la contención de emociones fuertes, las cuales deben esperarse luego de que un delincuente lesione severamente los más importantes derechos de otro. Mientras que es razonable concentrarse en el lado prudente y la intimidación de las personas en relación con el hurto en comercios o con la evasión fiscal, los fenómenos con los que la ley debería ser considerada son diferentes en relación con el homicidio, las lesiones graves o la violación. En estos últimos, emociones tales como la ira de la víctima y el resentimiento de otros contra el delincuente deberían ser tomados en cuenta con la seriedad apropiada. Un argumento normativo reviste, aquí, una gran importancia: las víctimas merecen una compensación por el deber de renunciar a la justicia por mano propia y al deber de aceptar que las decisiones cruciales en los procedimientos judiciales sean llevadas fuera de su alcance. Estas tienen, asimismo, el derecho a obtener una declaración oficial formal de parte del Estado sobre la carga de malicia en el hecho por el que el delincuente es responsable. Sin embargo, estas consideraciones se limitan a una subcategoría de delitos; esto es, aquellos que lesionan severamente derechos importantes tales como el derecho a la vida o a la integridad física. La consecuencia es que, dada la seriedad

⁶⁴ Sobre la interacción entre probabilidad y severidad de la pena, véase: POSNER, R., “An Economic Theory of the Criminal Law” [‘Una teoría económica del Derecho Penal’] en: *Columbia Law Review*, nro. 85, 1985, pp. 1193, 1205-1214.

⁶⁵ GRECO, Op. Cit., pág. 384 (pp. 370-373 en la edición en español).

de las conductas humanas que la ley denomina como “criminales”, la pena no puede ser justificada en referencia sólo a la noción de intimidación: Un abordaje interdisciplinario se hace necesario⁶⁶. La teoría de Feuerbach, por esto, deviene demasiado simplista.

IV. Principios para la criminalización de conductas, primera parte: *nullum crimen, nulla poena sine lege*

1. La invención de Feuerbach de un nuevo axioma jurídico

La más famosa sección del *Tratado* es la dedicada al desarrollo del principio *nulla poena sine lege*. Este axioma es universalmente conocido entre los abogados, y fue incluido en numerosas constituciones e instrumentos de derechos humanos⁶⁷. La noción general de que el castigo penal debe depender de la existencia de una ley penal data, por supuesto, de mucho antes⁶⁸. Sin embargo, la introducción del axioma en latín *nulla poena sine lege* dentro del discurso jurídico, como una expresión fija y sucinta, se atribuye generalmente a Feuerbach, quien la usó primero en el parágrafo §20 (§24) de su *Tratado*⁶⁹. En sus propias palabras:

“De aquí surgen, sin excepción, los siguientes principios derivados:

⁶⁶ HÖRNLE, T., *Straftheorien*, 2011. (N. del T.: Existe una traducción al español de esta obra: HÖRNLE, Tatjana, *Teorías de la Pena*, traducción de Nuria Pastor Muñoz con colaboración de Nathalia Elena Bautista Pizarro, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2015). [Translator's Note: There is a Spanish translation of this work: HÖRNLE, Tatjana, *Teorías de la Pena*, traducción de Nuria Pastor Muñoz con colaboración de Nathalia Elena Bautista Pizarro, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2015.]

⁶⁷ Por ejemplo, el art. 103, inciso 2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania estipula que: ‘*Un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto.*’. A nivel regional, el Art. 7 inc. 1 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y el art. 49, inc. 1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ‘*Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.* (...)’; la Sección 11 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades estipula, asimismo, que: ‘*Todo inculpado tiene derecho: a no ser declarado culpable en razón de una acción u omisión que, al momento de su comisión, no constituya una infracción según el derecho interno de Canadá o el derecho internacional y a la que no se le atribuya carácter criminal según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de naciones* (...)’.

⁶⁸ Véase: HOBBS, T., *Leviathan*, 1668, Caps. 27 y 28. La idea general puede ser encontrada también en los trabajos de Samuel von Pufendorf. Véase, al respecto; CATTANEO, M., “Paul Johann Anselm Feuerbach und das Bayerische Strafgesetzbuch von 1813”, en: *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte* [‘Anuario de Historia Jurídica’], nro. 12, 2011, pp. 119, 120. Para la historia del principio *nulla poena sine lege*, véase SCHEIBER, H.-L., *Gesetz und Richter* [‘Ley y juez’], 1976; MOKHTAR, A., “Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects” [‘Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: aspectos y perspectivas’], en: *Statute Law Review*, nro. 26, 2005, pp. 41-47.

⁶⁹ Véase HALL, Op. Cit. en nota 4, pág. 169; KIPPER, Op. Cit., pág. 26; NAUCKE, Op. Cit. en nota 3, pág. 863; HRUSCHKA, Op. Cit., pp. 18, 23; CATTANEO, Op. Cit., pág. 121.

I. *Toda imposición de pena presupone una ley penal (nulla poena sine lege)*. Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena.

II. *La imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (nulla poena sine crimine)*. Por ende, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario.

III. *El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (nullum crimen sine poena legali)*. Consecuentemente, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada.”

De acuerdo con esta enumeración, tales principios están estrechamente ligados a su teoría de la pena. Para este autor, los mismos representan una necesaria deducción de su justificación del castigo: la noción de la “coacción psicológica”. La lógica de Feuerbach radica en que, dado el hecho de que el objetivo de la ley penal es la intimidación de los individuos a través de la conminación legal, el castigo penal requiere una ley proclamando dicha conminación.

¿Pero cuáles son las implicancias de cada uno de los apartados del §20? Con la expresión *nullum crimen sine poena legalis* (§20.III), Feuerbach refuta la noción para la cual podría haber algo parecido al “delito natural”; esto es, un delito independiente del derecho positivo en una jurisdicción determinada. Y aun cuando en el §40 (§26) reconoce que los seres humanos pueden lesionar los derechos de otras personas fuera de un Estado y de su ordenamiento jurídico, afirma luego que el dar a dicho evento la categoría de *delito* depende de la existencia de una ley que conmine mediante la *poena legalis*. De existir una conminación legal en un ordenamiento jurídico dado, la pena real sólo puede ser aplicada si la conducta relevante hubiera tenido ya lugar (§20.II), y no si algo similar hubiera ocurrido sin ajustarse a la descripción típica de la conducta criminal. Este pasaje está también interpretado como una demanda de pruebas para la acusación penal; esto es, como elemento fundamental del principio de inocencia⁷⁰. En el primer inciso del §20 encontramos el conocido principio de *nulla poena sine lege*. Los doctrinarios llaman la atención sobre la distinción entre *nullum crimen* y *nulla poena*. El primero se refiere al requisito de que el alcance de dicha conducta criminal sea

⁷⁰ HRUSCHKA, Op. Cit., pp. 30-32.

definido en la ley; el segundo exige lo mismo para el monto de la pena. La expresión *nullum crimen sine lege* no aparece en el *Tratado* de forma literal. No obstante, es obvio que Feuerbach usó esta expresión en un sentido más amplio a fin de incluir el *nullum crimen*.

Analizar el razonamiento del jurista de Jena y la relevancia jurídica contemporánea de su principio conlleva la distinción de dos aspectos en particular: por un lado, la prohibición de retroactividad de la ley penal o de leyes *ex post facto*; por el otro, la insistencia de Feuerbach sobre la necesidad de códigos penales sistemáticos. La primera posición puede ser defendida independientemente de la segunda: así, tal prohibición existe en ordenamientos jurídicos que son menos estrictos acerca de la exigencia de códigos (en vez de la de precedentes) penales. George Fletcher distingue entre el “principio positivo de legalidad” (el cual es característico del modelo alemán, véase *infra* 3), y el menos ambicioso “principio negativo de legalidad” (v. gr., la prohibición de leyes *ex post facto*⁷¹).

2. La prohibición de leyes retroactivas (*lex praevia*)

Feuerbach insistió en que la conminación penal precediera a la conducta a ser considerada delito. Dos serían las consecuencias de este orden temporal: por un lado, la prohibición tanto de la sanción de legislación penal con artículos que permitan su aplicación retroactiva, como, por el otro, la condena y aplicación de la pena en ausencia de legislación. Dicho aspecto temporal del *nulla poena sine lege*, el requerimiento de *lex praevia*, radica en el núcleo de las previsiones que pueden encontrarse en numerosas constituciones modernas y en instrumentos de derechos humanos de diversos y muchas veces disímiles ordenamientos jurídicos⁷². Las *legislaturas* modernas tienden a respetar esta regla al llevar a cabo reformas en materia penal. Existen, por supuesto, casos límite; los cuales son muy debatidos⁷³. No obstante, la doctrina

⁷¹ FLETCHER, G., *Basic Concepts of Criminal Law* [‘Conceptos básicos de Derecho penal’], 1998, pp. 207-208.

⁷² Véanse los artículos constitucionales citados en la nota 67. También las secciones 9 y 10 del Art. 1 de la Constitución de los Estados Unidos: ‘Ningún Estado (...) aprobará decretos por los que se castigue a determinadas personas sin que preceda juicio ante los tribunales, leyes *ex post facto* (...)’ [‘no *ex post facto* laws shall be passed’].

⁷³ Ejemplo de esto es el que tuvo lugar entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional Alemán sobre la cuestión referente a si una ley alemana que extendía la duración de la prisión preventiva (*Sicherungsverwahrung*) podía ser aplicada a delincuentes con condenas anteriores a la sanción de esta ley. La respuesta depende de la definición de *pena*: El Tribunal Europeo consideró a la prisión preventiva como tal, admitiendo una violación del principio *nulla poena sine lege*, art. 7, inciso 1 del Convención Europea sobre Derechos Humanos (*M. vs Germany*, sentencia del 17 de diciembre de 2009, nr. 19359/04). Véase también: MERKEL, G., “Incompatible Contrasts – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights” [‘Contrastes Incompatibles – La prisión preventiva en Alemania y la Convención Europea sobre Derechos Humanos’], en: *German Legal Journal*, nro. 11, 2010, pág. 1047. El Tribunal alemán llegó a una conclusión opuesta (Sentencia del 4 de mayo de 2011, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* [BVerfGE] Vol. 128, pp. 326, 376-377).

del *no ex post facto* (una regla que, en principio, limita decisivamente a los legisladores) no encuentra cuestionamientos de peso.

¿Pero por qué este principio reviste tal importancia? Como se mencionó, Feuerbach solo lo consideró una derivación de su teoría de la pena. La lógica subyacente a la misma es que, de no existir una prohibición fijada por el Derecho penal al tiempo de la realización de la conducta, las personas no pueden ser disuadidas de llevarla a cabo. La teoría de la intimidación ha recibido críticas en la medida en la que, según estos autores, tiende a sobrestimar el factor del conocimiento de la ley, siendo que los ciudadanos no serían con frecuencia conscientes sobre si cierta conducta se encuentra o no prohibida por el Derecho penal⁷⁴. No obstante, esto no puede ser generalizado. Si, por ejemplo, la conducta en cuestión generó un debate público o si es de particular importancia para la vida profesional de las personas, los actores con frecuencia sabrán que la conducta *no* está prohibida por una ley penal. Bajo tales circunstancias, es obvio que la ley no puede intimidar. La afirmación de que la intimidación a través de conminaciones legales requiere de la existencia de leyes previas es, así, suficientemente razonable. Pero uno debe tener en mente que no es esta la única forma, ni la mejor, de explicar el principio *nulla poena sine lege*. Aún si uno se inclinara por una teoría de la pena retributiva o expresiva⁷⁵, no dejaría de ser razonable el argumento de que se trata de una cuestión de *justicia* el hecho de que el Estado “anuncie” previamente las severas consecuencias que una conducta delictuosa tendrá para el actor. Razones de este tipo son, a su vez, típicas *restricciones laterales* para (los diferentes tipos de) teorías teleológicas de la pena.

Otra cuestión es si los *tribunales* deben, bajo todas las circunstancias posibles, abstenerse de condenar ante la ausencia de ley previa. De nuevo, la idea general es ampliamente aceptada, pero hay casos de difícil análisis, tales como los relativos a las graves violaciones de derechos humanos, bien cometidas por funcionarios estatales o bien por organizaciones con el consentimiento de estos. Tras una transición política o luego de que los criminales fueran llevados ante una corte internacional⁷⁶, surgen los siguientes interrogantes: ¿pueden pensarse

⁷⁴ DARLEY, J. M., GOLDSMITH, K.M., ROBINSON P., “The Ex Ante-Function of the Criminal Law” [*La función ex-ante del Derecho penal*], en: *Law and Society Review*, nro. 35, 2001, pp. 165, 181; STEVENSON, Op. Cit., pp. 1536, 1553-1554.

⁷⁵ Nota del Traductor: En “Teorías de la Pena”, la autora distingue entre “teorías expresivas de la pena”, y en “teoría de la prevención general del anuncio”. Véase: HÖRNLE, Op. cit. en nota 66. [*Translator’s Note: In her work “Teorías de la Pena” the author distinguishes between the “expressive theories of punishment” and “theories of General Deterrence through the announcement*] I included this note because of the importance of being aware of your previous work in order to have a more complete understanding of the article.

⁷⁶ Para un análisis de la discusión sobre el Derecho Penal Internacional, véase, por ejemplo, WERLE, G., *Principles of International Criminal Law*, 2da edición, 2009, pp. 36-39; DANA, S., “Beyond Retroactivity to

estas conductas, si las mismas no fueron declaradas delito por una ley anterior al momento de su comisión? Existen tres posibles maneras de abordar estas situaciones. La primera, que será denominada “creativa”, intenta demostrar que incluso bajo el régimen anterior la conducta era punible, aún a pesar de cualquier apariencia inicial⁷⁷. La segunda, a la que llamaremos abordaje de la “escuela pura”, postula que, ante la ausencia de prohibición, queda excluida sin excepción la aplicación de cualquier pena. El tercer abordaje toma en cuenta que la pena en ausencia de *lex praevia* desestima el principio *nulla poena sine lege*, pero que en ciertos casos debe hacerse excepciones al mismo. En este último caso, surgen para los juristas dos preguntas que es necesario responder: ¿pueden hacerse excepciones sobre disposiciones explícitas plasmadas en artículos constitucionales o tratados internacionales⁷⁸? Y, si la respuesta es no, ¿pueden deducirse excepciones implícitas de dichos artículos⁷⁹? Para los doctrinarios del Derecho penal, la pregunta permanece independiente de la ley positiva: ¿bajo qué circunstancias podría ser apropiado el hacer una excepción al principio *nulla poena sine lege*? Siguiendo la explicación funcional de Feuerbach, es muy fácil ofrecer argumentos en favor de las excepciones: Si la *raison d'être* para *nulla poena* es (solo) la efectiva intimidación, uno puede postular que las excepciones no plantean problema: esto solo disminuye un tanto la expectativa con relación a las prácticas más preventivas. No obstante, si el principio se basa en argumentos de *justicia* y la advertencia justa es vista como una *restricción lateral*, será por consiguiente más difícil argüir en favor de la pena si una advertencia justa no fue dada.

Realizing Justice” [‘Más allá de la retroactividad, para hacer justicia’], en: *Journal of Criminal Law & Criminology*, nro. 99, 2009, pág. 857.

⁷⁷ El Tribunal Supremo Federal alemán siguió esta línea en el llamado “Caso de los tiradores del Muro de Berlín”. En el mismo se juzgaron una serie de homicidios cometidos en la frontera interna durante el régimen socialista de la República Democrática Alemana. Dicho Tribunal debió admitir que, dentro de la RDA, la prevención de cruces a través de la frontera hecha mediante disparos mortales, estaba legalmente justificada. La solución *creativa* empleada hizo hincapié tanto en el hecho de que la RDA había firmado Tratados de Derechos Humanos como en la afirmación de que, interpretada a la luz de dichos Tratados, la ley del momento de la comisión del delito no ofrecía causa de justificación de ningún tipo. Véase: Sentencia del 3 de noviembre de 1992, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* (BGHSt.) Vol. 39, 1, pp. 16-26. Para una visión crítica de esta sentencia, DREIER, H., “Gustav Radbruch und die Mauerschützen” [‘Gusta Radbruch y los tiradores del Muro’], en: *Juristenzeitung*, nro. 52, 1997, pp. 421, 424-427; para una descripción de casos y sentencias en inglés, véase, GEIGER, R., “The German Border Guard Cases and International Rights”, en: *European Journal of International Law* [‘Revista Europea de Derecho Internacional’], nro. 9, 1998, pp. 540.

⁷⁸ Con frecuencia, este será el caso: véanse la Carta Canadiense de Derechos y Libertades o los instrumentos de Derecho Europeo citados en nota 65.

⁷⁹ El Tribunal Constitucional Federal alemán eligió hacer una excepción de este tipo para condenar a altos funcionarios por el mencionado caso de los “Tiradores del Muro de Berlín”. Así, dicho Tribunal esgrimió el argumento de que, aunque la Ley Fundamental alemana no contiene excepciones para el inc. 2 de su art. 103, era de aplicación una excepción implícita dado que la confianza en la ley solo estaría garantizada si dicha ley respeta los derechos humanos fundamentales. Véase: Sentencia del 24 de octubre de 1996, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BVerfGE), Vol. 95, 96, pp. 132-133.

3. La exigencia de ley cierta, estricta y escrita (*lex certa, lex stricta et lex scripta*).

Feuerbach insistió en que los delitos y las penas debían ser definidos por leyes escritas. Su lógica radica en el hecho de que, si legislación penal busca determinar e influenciar el comportamiento individual, la información proporcionada debe ser precisa y confiable (*lex certa* y *lex stricta*) y estar plasmada en un código o ley escrita (*lex scripta*)⁸⁰. Uno de los puntos de vista a los que Feuerbach se opuso con vehemencia fue al de la vieja regla (que puede ser hallada, por ejemplo, en el Código Penal Bávaro de 1751) sobre *ex aequitate et analogia juris*⁸¹; es decir, la recomendación de la aplicación de analogías. El paso de la “recomendación” al de la “prohibición” de la aplicación analógica del Derecho penal es de gran importancia para el desarrollo del Estado de derecho (*Rechtsstaat*)⁸². No obstante, la línea entre interpretación y analogía dista de ser siempre nítida. Desde el punto de vista de la metodología jurídica, Feuerbach ha sido fuertemente criticado en la medida en la que no prestó la debida atención a esta materia y omitió su desarrollo en el marco una teoría de la interpretación abarcadora de tales aspectos⁸³.

Con relación a la derivación del principio *nulla poena sine lege* de su teoría de la pena, uno puede cuestionar la lógica interna hasta tanto esta involucre los aspectos de *lex certa* y de *lex stricta*. La introducción de la analogía durante el régimen nacionalsocialista ha sido defendida desde el punto de vista de que cierto grado de incertidumbre podría incrementar los efectos intimidatorios⁸⁴. Esta idea reaparece en discursos contemporáneos basados en exposiciones más sofisticadas del comportamiento humano, desarrolladas en investigaciones de economía aplicada al comportamiento. Si el objetivo es la intimidación, podría incluso ser preferible el tener un conocimiento *difuso*: las personas actuarían de forma más cauta y comedida a fin de lidiar con tal grado de incertidumbre⁸⁵. Por esto, la conexión entre “intimidación mediante la conminación legal” y *lex scripta* y *lex certa* no aparece de forma tan

⁸⁰ CATTANEO, Op. Cit., pág.120.

⁸¹ HALL, Op. Cit. en nota 4, pág.168.

⁸² Para un panorama de la aplicación de la analogía durante el régimen nacionalsocialista, véase HALL, *ibidem*, pp. 175-176, 186. Para un análisis de su generoso uso en el Derecho Soviético, *ibidem*, pág. 187.

⁸³ NAUCKE, Op. Cit. en nota 3, pág. 882.

⁸⁴ GRECO, Op. Cit., pp. 255-256.

⁸⁵ HAREL, A., SEGAL, U., ‘*Criminal Law and Behavioral Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Detering Crimes*’ [‘*El Derecho Penal, las leyes del comportamiento y la economía: observaciones sobre el poco estudiado rol de la incertidumbre en la prevención de crímenes*’], en: *American Law and Economics Review*, nro. 1-2, 1999, pp. 276; STEVENSON, Op. Cit., pp. 1577-1582.

directa como Feuerbach asumió. Nuevamente, es más razonable el ver estos requisitos como *restricciones laterales* derivadas de aspectos funcionales⁸⁶.

Otra pregunta puede hacerse en el sentido de la *necesidad* de la ley escrita: El anuncio previo podría darse también a través de antecedentes jurisprudenciales. En su *Tratado*, Feuerbach no considera por qué el sistema de *case law* no podría lograr efectos intimidatorios, aunque está claro que la concesión a los jueces de facultades legislativas o las de complementar las leyes no hubiera contado con su aprobación. En el §85 (§75), el autor afirma explícitamente que “*el juez no es otra cosa que el servidor de la ley*” (*Diener des Gesetzes*). En aquel momento, tal expresión era portadora de una visión progresista, en la medida en la que marcaba la transición de los jueces vistos como *sirvientes del monarca* a la de jueces independientes⁸⁷. Sin embargo, la noción de que a los jueces comprometidos con su rol como “servidores de la ley” podría también serle confiada la tarea de desarrollar reglas legales era algo completamente ajeno a Feuerbach. Esto es visible, por ejemplo, en el hecho de que abogó contra la noción de que los jueces debieran atenuar o agravar la pena más allá de lo establecido por la ley escrita (“El cambio arbitrario o la atenuación o agravación de la pena es injusto” -§77- [§83])⁸⁸.

La insistencia de Feuerbach sobre la necesidad de la ley escrita se apoyó principalmente en tres argumentos. A fin de abordar el primero debemos dar cuenta de que, para aquellos que escriben en el siglo XX o XXI, la democracia sería probablemente la principal razón para exigir leyes penales escritas: en la medida en la que el parlamento democráticamente elegido es el órgano más representativo de la voluntad popular, las decisiones importantes acerca de que conducta debería ser criminalizada y cuan severamente debería ser penada, deberían ser dejadas a dicho poder. En relación con la preferencia de Feuerbach por la ley penal escrita, sin embargo, no sería esta la explicación más adecuada: dado que este autor vivió de forma bastante cómoda en un sistema monárquico, los principios democráticos no parecían situarse en el centro de su atención. Las obras de Feuerbach pueden así ser leídas como un ejemplo de los pensadores que valoraban el principio del Estado de derecho (*Rechtsstaatsprinzip*) por encima de los principios democráticos.

Un segundo argumento en favor de la ley escrita es de naturaleza epistemológica y se relaciona con la mejor forma de asegurar una advertencia justa: los antecedentes

⁸⁶ GRECO, Op. Cit., pp. 264-268 (pág. 122 en la edición en español).

⁸⁷ Véase CZEGUHN, I., SÁNCHEZ ARANDA, A., *Vom Diener des Fürsten zum Diener des Rechts. Zur Stellung des Richters im 19. Jahrhundert* [‘De siervo del príncipe a siervo de la ley. El rol del juez en el siglo XIX’], 2011.

⁸⁸ Véase GRECO, Op. Cit., pp. 54-56 (pp. 58-60 en la edición en español).

jurisprudenciales resultan de difícil acceso. Esto fue especialmente cierto en el siglo XIX, en el que no existían colecciones sistemáticas o publicaciones de las decisiones de los tribunales, y particularmente en los territorios alemanes, con su gran número de jurisdicciones (las cuales fracasaron en el desarrollo de los antecedentes jurisprudenciales confiables por más razones, pero también debido a que simplemente eran demasiado pequeños para establecer estructuras judiciales adecuadas). Más allá de las experiencias del siglo XX, uno puede argüir que un código penal homogéneo (al menos si fue esbozado con el objetivo ser consistente, claro y comprensible) tiene sus ventajas. Por supuesto, no se debe ser demasiado optimista acerca de la posibilidad de acceder a estos códigos que podrían poseer ciudadanos sin la debida formación jurídica (en la tradición alemana, los mismos son al mismo tiempo, altamente abstractos y, de esta forma, difíciles de entender, o, por otro lado, voluminosos y, por esto, muy confusos). No obstante, puede argumentarse que, *en comparación* con una colección de sentencias dispersas e inconsistentes, escritas por diferentes jueces a lo largo de cierto período de tiempo, los códigos pueden ser mucho mejores para proporcionar advertencias justas.

En tercer lugar, es también una cuestión de confianza la designación de quien tendrá la tarea de desarrollar reglas jurídicas. Cuanto más presente se tenga el recuerdo (o a los ejemplos vivientes) de jueces actuando como “sirvientes del monarca” (o de otras formas igual de corruptas), más fácil es comprender que dicha confianza se deposite en las leyes penales escritas. La ambición de Feuerbach radicaba en limitar el alcance de las decisiones judiciales, aunque debe notarse aquí que el autor escribió su Tratado *antes* de incorporarse al Poder Judicial. Así, sus biógrafos afirman que declaraciones de períodos posteriores muestran su mayor confianza en las decisiones judiciales algo más discrecionales⁸⁹.

La preferencia por el abstracto mundo de los tipos penales por sobre la discreción judicial subjetiva dejó huella en el derecho alemán contemporáneo. Uno de los principios fundamentales del Derecho procesal alemán destaca la desconfianza en la discrecionalidad. Por ejemplo, de acuerdo con la Ordenanza Procesal Penal, las decisiones acerca del inicio del procedimiento en un caso no deben depender puramente del arbitrio del Ministerio Público⁹⁰. Los antecedentes de la noción de legalidad positiva (esto es, la relativa al hecho de que las

⁸⁹ KIPPER, Op. Cit., pp. 143-147; véase también NAUCKE, Op. Cit., nota 3, pp. 866-867.

⁹⁰ El principio de legalidad [*Legalitätsprinzip*] ha sido horadado: los fiscales pueden hacer uso de cierta discreción en el caso de delitos menores (§§ 153, 153^a, Ordenanza Procesal Penal Alemana) y con respecto a las conductas cometidas en el exterior (§ 153c). No obstante, el mismo permanece como idea fuerza. Las expectativas están así puestas en que los funcionarios públicos *no* deban tener a su cargo las decisiones sobre casos individuales, aunque, quizás, alcancen así mejores resultados.

actividades desarrolladas por el sistema penal deban estar reguladas de forma detallada por leyes escritas) pueden remontarse a los debates y posiciones que prevalecieron durante el final del siglo XVIII y comienzo del siglo XIX.

V. Principios para la criminalización de conductas, segunda parte: la protección de los derechos de otros

Mientras que la fama de Feuerbach perdura por la acuñación del principio *nulla poena sine lege* y debido a su apoyo a la intimidación mediante conminaciones legales, otra de las características de su obra que merece atención, resulta un tanto menos conocida. En su *Tratado*, Feuerbach también introdujo un marco para la criminalización que va más allá de las exigencias formales (esto es, del *principio nulla poena sine lege*), desarrollando así reglas limitadoras del *contenido* de las prohibiciones penales. Su trabajo, entonces, no solo ofrece una teoría *adjetiva* de la criminalización, sino también una de carácter *sustantivo*.

Una sección de este *Tratado* (concretamente, los párrafos §§ 37-40) aborda las características esenciales de los delitos. Feuerbach define entonces en el §37, de forma abstracta y general, qué tipo de conductas pueden ser consideradas delitos: los mismos consisten en la lesión de los derechos de otra persona.

“Por *sujeto* de un crimen entenderemos al objeto de la lesión jurídica que hace caso omiso de la ley penal. El objeto *inmediato, más cercano a todo crimen* es el derecho del otro, y la obligación que corresponde a la ley tiene a la persona como su objeto indirecto, más remoto.”

Tal definición tiene implicancias directas para las políticas penales, en la medida en la que, al ofrecer una definición positiva de delito, Feuerbach excluye otro tipo de conductas; desarrollando así lo que puede interpretarse como un lineamiento orientador para las legislaturas en proceso de decisión de lo que puede ser criminalizado y aquello que no puede ser objeto del Derecho penal en la medida en la que dista de poder ser considerado como “un delito” como tal⁹¹. Nuevamente, no fue Feuerbach el creador de este abordaje de la criminalización: quien fuera uno de los más grandes defensores del liberalismo en Alemania, Wilhelm von Humboldt, había argumentado en la misma línea al señalar a los derechos de los

⁹¹ Véase GRECO, Op, cit. pág. 59 (pág. 61 en la edición en español).

otros como objeto de protección⁹². No obstante, el hecho de Feuerbach hubiera recogido estas ideas resultó de gran utilidad: en comparación con el concepto de “bien jurídico” (*Rechtsgut*⁹³) con el que competía y que solamente brinda un vago estándar (casi cualquier cosa puede ser considerada como *bien jurídico*), el abordaje de los “derechos de los otros” tiene mayor potencial al permitir la crítica de la legislación en el campo penal⁹⁴.

La definición de Feuerbach llama al establecimiento de una postura crítica sobre el Derecho penal que apunta a combatir conductas consideradas inmorales sin lesionar derechos de otra persona; algo a lo que Joel Feinberg denominó posteriormente como “injurias inofensivas”⁹⁵. La misma remite, asimismo, a la definición negativa del parágrafo §18 del *Tratado* (§22), acerca de lo que el crimen *no* puede ser: *ni* una retribución moral, *ni* un mejoramiento del mismo tipo. El abordaje de la criminalización hecho por Feuerbach está claramente basado en la distinción entre la esfera de los mandamientos morales y la esfera de la ley⁹⁶. Al igual que Kant, el jurista de Jena insistió en que el Derecho penal solo debe evaluar conductas y no la esfera íntima de las personas; la cual puede ser relevante desde un punto de vista moral⁹⁷, pero no desde la perspectiva del Derecho. Dicha esfera íntima del injuriante como tal, entonces, no debe ser objeto de prohibición criminal. En este sentido, la definición del §32 (§46) es clara:

⁹² von HUMBOLDT, Wilhelm, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen* [‘Ideas para una aproximación a la determinación de los límites de la eficacia del Estado’], 1792, reimpresso en 1967, pp.153-154.

⁹³ Sobre el concepto de bien jurídico, véase: “Theories of Criminalization”, en: DUBBER, M., HÖRNLE, T. (Eds.), Op. Cit., pp. 679-701 (Here I updated using the 2014 edition of this work); DUBBER, M., “Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law” [‘Teoría del Delito y de la Pena en el Derecho penal alemán’], en: *American Journal of Comparative Law*, nro. 53, 2005, pp. 679, 682-696. En los debates que tuvieron lugar durante el siglo pasado, algunos doctrinarios del Derecho penal revivieron la noción del “derechos de otros”. Véase al respecto HÖRNLE, T., *Grob Anstößiges Verhalten. Strafnormen zum Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus* [‘Conductas extremadamente ofensivas. Normas penales para la protección de la moral, los sentimientos y los tabúes’], 2005, pp. 65-71; RENZIKOWSLI, J., *Pflichten und Rechte – Rechtsverhältnis und Zurechnung* [‘Deberes y Derechos-Relación jurídica y atribución’], en: *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, nro. 154, 2007, pp. 561, 566-569.

⁹⁴ Para un panorama de los debates en Alemania entre el concepto de *bien jurídico* y el del “derecho de los otros” como más conveniente punto de partida para la criminalización, véase: GRECO, Op, cit. pp. 303-354 (pp. 228-276 en la edición en español).

⁹⁵ FEINBERG, J., *Harmless Wrongdoing* [‘Injurias inofensivas’], 1988.

⁹⁶ HANEY, G., “Philosophie bei Feuerbach” [‘La Filosofía en Feuerbach’], en: GRÖSCHNER, R., HANEY, G. (Ed.), Op. Cit., pp. 16, 33; CATTANEO, Op. Cit., pág. 13; véase también sobre este punto: DUBBER, Op, cit. en nota 93, pp. 679, 686.

⁹⁷ Véase el famoso principio de Kant para la filosofía moral: ‘Ni en el mundo ni, en general, fuera de él, es posible pensar nada que pueda ser considerado bueno, sin reservas, excepto por una buena voluntad.’. KANT, Op. cit., nota 35, pág. 18: ‘Es ist überall nichts in der Welt, ja überhaupt auch außer derselben zu denken möglich, was ohne Einschränkung für gut könnte gehalten werden, als allein ein guter Wille.’

“Toda vez que el crimen es una injuria contenida en una ley penal (...) toda acción, para ser juzgada como crimen, debe presuponer: I) La capacidad de ser externamente reconocible, puesto que sólo una acción externa puede lesionar un derecho. Las acciones que tengan lugar en la esfera íntima de las personas no podrán jamás causar lesiones jurídicas; esto es, no pueden ser crímenes (...).”

Este aspecto de los lineamientos de Feuerbach para la criminalización excluye la penalización de ideas, actitudes, y actos preparatorios como tales. Más aún, la exigencia de una conducta externamente observable tiene el efecto de excluir la hechicería y herejía como posibles crímenes⁹⁸.

En segundo lugar, en adición a su línea antimoralista, los lineamientos de Feuerbach para la criminalización impiden las visiones paternalistas del Derecho (v. gr. la prohibición de una acción privada que no produce lesiones a derechos de otros, pero que, desde un punto de vista externo, es considerada lesiva del propio bienestar del autor). Feuerbach formuló esta posición antipaternalista con meridiana claridad afirmando también que no hay delito si quien tiene el derecho ha permitido expresamente la conducta que, sin este consentimiento, le causaría una lesión jurídica susceptible de ser criminalizada (§35 [§40]). En tercer lugar, esta forma de definir delitos no conceptualizó al Derecho penal como una protección *exclusiva* de los derechos personales y materiales de los hombres: también incluyó a organizaciones como posibles sujetos de delitos: la Iglesia, por ejemplo, es el otro lesionado en el caso de la blasfemia (§223 [§344]). No obstante, la prioridad en los “derechos de los otros” es útil para establecer un contraste con las visiones estrictamente colectivistas, las cuales apuntan predominantemente a la protección del “Estado”, del “ordenamiento jurídico como tal”, de la “comunidad”, como merecedores de la protección prioritaria del Derecho penal.

La obra de Feuerbach constituye el fundamento del abordaje liberal clásico de la criminalización: es individualista al priorizar los derechos individuales; hace hincapié en la autonomía personal con su postura antipaternalista, y, finalmente, prioriza la libertad de las personas al no definir a los crímenes de forma moralista. No obstante, en la época de Feuerbach, estas posturas no pudieron ser fácilmente traducidas en políticas criminales. El Código Penal para el Reino de Baviera de 1813⁹⁹, en cuya redacción Feuerbach colaboró activamente (aun

⁹⁸ Sobre este punto, véase CATTANEO, Op. cit., pág. 13. El Código Penal de Baviera de 1751 (el cual seguía en vigencia cuando se publicó el *Tratado*, en 1801) contenía artículos contra la brujería.

⁹⁹ Existe una traducción al español de la Parte General de este Código. Véase: v. FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Código Penal para el Reino de Baviera (promulgado por el Rey Maximiliano José, en Múnich, el 16/5/1813)*, en: v. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter, *Tratado de Derecho Penal común vigente en*

teniendo que hacer concesiones¹⁰⁰) es considerado como un notable logro. Sin embargo, contemplado desde un punto de vista contemporáneo, difícilmente podría ser definido cómo un código liberal. Además, el mismo Feuerbach dejó abierta la puerta para la prohibición de conductas las cuales tanto el cómo sus contemporáneos consideraban intolerables: en contraste con la claridad de su definición incluida en su *Tratado*, sus obras posteriores sostienen que “los sentimientos morales de la generalidad de las personas” pueden ser tomados en cuenta¹⁰¹. Feuerbach aceptó también una categoría separada de “contravenciones policiales” (*Polizeyvergehen*¹⁰²) las cuales incluían, por ejemplo, al suicidio y a la automutilación¹⁰³, aunque debe agregarse que el autor no conceptualizó tales *Polizeyvergehen* como una invitación al moralismo desenfrenado: la idea era que debía existir un “peligro para la seguridad y el orden público¹⁰⁴”; pero, ciertamente, la muy vaga noción de “orden público” permite una gama más amplia de prohibiciones. No obstante esto, los “difusos límites” en la obra de Feuerbach y en la política criminal del siglo XIX no deben impedirnos reconocer el potencial liberal en la definición de delito proporcionada por el autor. La insistencia en que una lesión a los derechos de otros tipifica un delito y que es, así, susceptible de ser sujeto de Derecho penal, constituye un elemento fundamental para una teoría liberal, antimoralista y antipaternalista de la criminalización.

En este punto, es dable esperar la pregunta del lector familiarizado con otros abordajes de la criminalización. Los doctrinarios penales del mundo angloparlante mencionarán,

Alemania, traducción al castellano de la 14a edición alemana (Giessen, 1847) por Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989, pp. 389-415. [Translator's Note: There is a Spanish translation of the General Part of this Criminal Code: v. FEUERBACH, Paul Johann Anselm, Código Penal para el Reino de Baviera (promulgado por el Rey Maximiliano José, en Múnich, el 16/5/1813). In: v. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter, Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, traducción al castellano de la 14a edición alemana (Giessen, 1847) por Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989, pp. 389-415.].

¹⁰⁰ HANEY, Op. Cit., en nota 11 pág. 147.

¹⁰¹ NAUCKE, Op. Cit. en nota 3, pág. 883.

¹⁰² DUBBER, Op. cit. en nota 93, pág. 687. Para una muestra de prácticas similares (castigo de conductas que ‘escandalizaron la moral pública’) por parte de los tribunales ingleses en los siglos XVII, XVIII Y XIX, véase, HALL, Op. cit. en nota 4, 179.

¹⁰³ Feuerbach criticó a los autores que consideraron tales conductas como “crímenes”. Véase: FEUERBACH, P.J.A., *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten* [‘Crítica al Proyecto de Código Penal de Kleinschrod para los Estados bávaros de Cuera y el Palatinado’], 1. Teil, 1804, 35-36.

¹⁰⁴ Feuerbach incluyó una definición de las *contravenciones policiales* (‘*Polizeyvergehen*’) en el art. 2 del Código Penal para el Reino de Baviera: “(...) *Las acciones u omisiones que, pese a no lesionar en sí ni por sí mismas, derecho del Estado o de un súbdito, pero que se prohíban o penen por su peligro para el orden y la seguridad jurídica, como también las pequeñas lesiones jurídicas cuya investigación y punición se transfiera por leyes especiales a las autoridades de policía, se llamarán contravenciones de policía.*”. Véase: v. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, *Código Penal...*, pág. 390. [Translator's Note: Feuerbach included a definition of *Polizeyvergehen* in the article 2 of the Criminal Code for the Kingdom of Bayern: (...)]. (This clarification was included since it facilitates the understanding of the article to the reader in Spanish.)

probablemente, la opinión de su principal figura histórica, John Stuart Mill, para luego basarse en el principio del daño descrito por ese autor en “*On Liberty*”¹⁰⁵. ¿Podría una teoría de la criminalización que parte de los “derechos de los otros”, llegar a resultados diferentes que una teoría basada en el mencionado *principio del daño*? Seguramente que éste no sería el caso. Obviamente, la noción de “derechos” necesita de desarrollo en el campo de la doctrina penal (esto es, más allá de aquellos hechos explícitamente mencionados en un sistema de derecho positivo). El abordaje de Feuerbach en relación con este punto es más bien incompleto. Una forma plausible de identificar derechos a los que el Derecho penal debería tutelar puede darse mediante la consideración del valor de los intereses de las personas. La tutela de las condiciones previas esenciales para las (diferentes) visiones de una buena vida (por ejemplo, la integridad física) es un interés revestido de genuina importancia. Cuando pensamos siguiendo esta línea, los “derechos” son reconocidos como instrumento de prevención de conductas causantes de lesiones jurídicas a otros. Por esto, uno puede esperar una considerable superposición en estas teorías de la criminalización. El desprecio por los bienes tangibles de los demás (tales como su integridad física o su propiedad) es considerado tanto perjudicial como lesivo de derechos. No obstante, puede ser difícil el registrar un perjuicio, por ejemplo, si la conducta en cuestión es un allanamiento de morada inofensivo¹⁰⁶ o en el caso de abuso sexual agravado de una persona inconsciente¹⁰⁷. Invocar la noción de un derecho a la tutela contra intrusiones de este tipo, independientemente de las consecuencias tangibles, permite argumentar de una forma más directa¹⁰⁸.

VI. OBSERVACIONES FINALES

Uno de los más interesantes aspectos de Feuerbach como intelectual fue su versatilidad y su habilidad para combinar líneas de pensamiento provenientes de diferentes tradiciones. Más que un doctrinario concentrado en una sola escuela, Feuerbach combinó el pensamiento “kantiano” (su concepto de Estado, la separación entre moral y derecho) con la tradición utilitaria (su explicación con relación a la “coacción psicológica”). Por esto, ha sido caracterizado como un

¹⁰⁵ STUART MILL, John, *On Liberty*, 1859; FEINBERG, J., *Harm to Others* [‘Daño a los otros’], 1987; SIMESTER, A.P., v. HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalization* [‘Crímenes, daños y perjuicios. Acerca de los Principios para la Criminalización’], 2011, pp. 35-38.

¹⁰⁶ RIPSTEIN, “Beyond the Harm Principle” [‘Más allá del Principio del Daño’], en: *Philosophy & Public Affairs*, nro. 34, 2006, pp. 215, 218.

¹⁰⁷ Véase, GARDNER, J., SHUTE, S., “The Wrongness of Rape” [‘La Illicitud de la Violación’], en: HORDER, J. (Ed.), *Ensayos de Oxford sobre jurisprudencia*, 2000, pág.193.

¹⁰⁸ SPENA, A., “Harmless Rapes? A False Problem for the Harm Principle” [‘¿Violaciones inofensivas? Un falso problema para el Principio de Daño’], en: *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2010, pp. 497, 514-524.

autor que filosofa de forma *líquida*¹⁰⁹. Algunos observadores critican su falta de fidelidad a los principios fundamentales¹¹⁰. Sin embargo, en la medida en la que evita el razonamiento metafísico y reúne lo racional e inteligible del trabajo de sus predecesores, mi evaluación sería mucho más positiva.

Con frecuencia, al escribir sobre Feuerbach, algunos autores se preguntan por la posición en la que debería ser ubicado en una escala política en cuyos extremos se encuentren un conservadurismo reaccionario, por un lado, y el liberalismo en el otro. Para algunos, Feuerbach es claramente un pensador progresista¹¹¹ el cual es mejor entendido al ser comparado con los más sombríos teóricos conservadores del siglo XIX (véase, en este sentido, el trabajo del ministro de justicia socialdemócrata durante la República de Weimar, doctrinario de Derecho penal y filósofo del Derecho, Gustav Radbruch [1878-1949]; sobre quien la vida y obra de Feuerbach despertaron una intensa fascinación¹¹²). No obstante, uno debe tener en cuenta que Feuerbach no estaba en modo alguno comprometido con las posiciones que sería dable esperar de un “doctrinario liberal del Derecho penal” contemporáneo. Así, puede decirse que dio su apoyo tanto a la pena de muerte como a los castigos corporales¹¹³, y también que algunos aspectos del Código Penal de 1813 hasta pueden parecer crueles a los lectores de nuestros días¹¹⁴. Asimismo, aquellos preocupados por el hecho de que un abordaje basado en la prevención pueda conducir a la imposición de severas sanciones a fin de aumentar dicha intimidación, tienen argumentos para hacerlo en las afirmaciones del mismo Feuerbach¹¹⁵. Por esto, la elogiosa afirmación de Radbruch, quien consideraba que el jurista de Jena estaba “profundamente imbuido de liberalismo¹¹⁶” ha sido matizada por los autores contemporáneos que tienden a ubicarlo en una posición intermedia entre *iliberalismo* y *liberalismo*¹¹⁷.

De todas formas, la obra de Paul Johann Anselm von Feuerbach merece atención por razones independientes de los juicios sobre quien fue como *personaje histórico* desde sus días

¹⁰⁹ KLENNER, H., “Zum staatsphilosophischen Denk-Einsatz von Anselm Feuerbach” [‘*El pensamiento de Anselm Feuerbach en términos de filosofía política*’], en: GRÖSCHNER, R., HANEY, G. (Eds.), Op. cit., pp. 58, 59.

¹¹⁰ BOHNERT, Op. cit., NAUCKE, Op. cit. en nota 42, pp. 46-48.

¹¹¹ NAUCKE, Op. cit. en nota 3, pp. 872-875.

¹¹² Además de la biografía mencionada en la nota 8, Radbruch escribió numerosos artículos sobre Feuerbach. Al respecto, véase HANEY, Op. cit. en nota 1, pág. 232.

¹¹³ KIPPER, Op. cit., pp. 166-168; GRECO, Op. cit., pp. 70-72 (pp. 72-74 en la edición en español).

¹¹⁴ CATTANEO, Op. cit., pp. 130-131.

¹¹⁵ KIPPER, Op. cit., pág. 68; NAUCKE, Op. cit. en nota 3, pp. 881, 884-885; CATTANEO, Op. cit., pág. 127.

¹¹⁶ RADBRUCH, Op. cit., pág. 86.

¹¹⁷ NAUCKE, Op. cit. en nota 3, pág. 880; CATTANEO, Op. cit., pág. 127; GRECO, Op. cit., pág. 72 (pp. 74-75 en la edición en español). Aún más crítico sobre el liberalismo de Feuerbach, NAUCKE, Op. cit. en nota 42, pág. 68.

como polémico estudiante de filosofía política a sus años posteriores, más asentado, pero también más resignado. Su obra contiene ideas de importancia fundamental para la Ciencia del Derecho Penal. Así, en primer lugar, su teoría de la intimidación a través de conminaciones penales representa un elemento importante para una teoría de la pena más abarcadora. Aún si uno asume que el castigo penal no puede estar siempre justificado de la misma simple y uniforme manera (esto es, aplicando el mismo razonamiento a la conducción vehicular imprudente, la evasión impositiva y el hurto en comercios, por un lado, y el genocidio, los “homicidios por honor” y la violación por el otro), la prevención tiene un importante rol como componente esencial dentro de las teorías más complejas (para explicar, por ejemplo, porqué la evasión impositiva debe ser penada). En segundo lugar, son destacables los pasajes del *Tratado* en los que se expone un abordaje liberal a la criminalización tanto en términos sustantivos como en su forma. Estos últimos criterios son los más fuertemente conectados con el nombre de Feuerbach a través del principio *nulla poena sine lege*. El lineamiento de Feuerbach con respecto a la criminalización sustantiva es igualmente importante. Así, las conductas solo deberían ser consideradas delito cuando lesione los derechos de otra persona. Tal criterio hace posible la crítica a la legislación moralista, paternalista o concentrada en un vago bien público. Este último aspecto ha sido descuidado en la recepción de su obra y merece, por ello, ser citado con mayor frecuencia.