

¿HACIA UN NUEVO CONCEPTUALISMO JURÍDICO?

MANUEL DE RIVACOPA Y RIVACOPA

1. Hará pronto veinte años que Bettioli pronunció en el Instituto Italiano de Cultura, de Atenas, una conferencia, inteligentísima y bellísima, como suya, que en seguida publicó como artículo en Italia y sin tardar tradujo pulquérrimamente al castellano nuestro amigo Carlos Antonio Tozzini, intitulada *¿Hacia un nuevo romanticismo jurídico?* El principal peligro que advertía en ella y contra el que iban dirigidos los agudos dardos de su disertación era lo que constituyó, no sin razón, la bestia negra de Bettioli, y no sólo de Bettioli: la nueva defensa social.

Bajo su sugestión, pero percibiendo al presente nuevos peligros y dirigiendo nuestras reflexiones y nuestros razonamientos sobre otros blancos, venimos meditando y preguntándonos hace tiempo, y hemos hablado de viva voz en público este año 1997, acerca de si la doctrina marcha en nuestros días *hacia un nuevo conceptualismo jurídico*.

2. En efecto, parece que en la actualidad asistimos —a lo menos, dentro de los dominios de la ciencia penal— a una renovada indagación, más acuciosa acaso que la del siglo pasado, en busca y captura de los conceptos más elementales de la realidad jurídica, a partir de los cuales y mediante un proceso de abstracción creciente se van obteniendo conceptos cada vez más amplios y generales, descubriendo consecuencias ínsitas y quizá no patentes en su concatenación y elaborando las diversas construcciones de las distintas instituciones, hasta culminar en un sistema omnicompreensivo y autosuficiente,

cerrado, que ordene en y reduzca a una unidad conceptual la realidad normativa del ordenamiento y que permita descender a nuevos conocimientos y resolver o disolver lógicamente cuantas dificultades y antinomias se presenten o latan en su seno; todo ello —y esto es lo característico—, prescindiendo de cualquier cuestionamiento acerca de su contenido y, por consiguiente, de la consideración de los valores que lo informen y trate de realizar y de los fines hacia los que tienda y que se proponga alcanzar, o sea, contemplando la materia jurídica recortada sobre sí misma, en su mera entidad formal y aislada de cualquier otra, como si por su propio ser se mantuviera situada en una campana neumática. En lo esencial, tal concepción y tarea de la ciencia jurídica no difiere de lo que Puchta llamó en su tiempo la «genealogía de los conceptos», ni de lo que Ihering denominó en su primera época la «química del Derecho», con su determinación de los elementos simples de éste, su análisis cualitativo y cuantitativo de ellos y su combinación posterior en cuerpos más o menos complejos y las relaciones de unos y otros cuerpos entre sí.

3. Tal criterio y proceder se aprecia bien hoy en no pocas exposiciones sistemáticas del Derecho penal —por lo demás, con frecuencia, muy inteligentes—, que hacen caso omiso de lo que se suele denominar la Introducción, que, más o menos amplia y mejor o peor tratada, no faltaba en los libros de conjunto tradicionales, ni en los programas de cátedra y en las explicaciones profesoras, como tampoco falta en algunos actuales, o sea, de toda consideración sobre la noción de semejante rama jurídica, su naturaleza, sus caracteres y sus relaciones con otras, sobre la ciencia que se ocupa de ella, su puesto en el *corpus scientiarum*, el valor de sus conocimientos y el método adecuado para obtenerlos, así como sus relaciones con otros saberes, y sobre la fundamentación de este Derecho, sea la histórica o la filosófica, comenzando por un estudio conciso de los problemas peculiares de la ley penal o incluso en ocasiones directamente por la teoría y dogmática del delito y concluyendo a veces con este mismo o a lo sumo con unas referencias sucintas a la pena, sin atender o concediendo poco espacio a las cuestiones de su determinación y a las de su ejecución, cuando es básico, y resulta evidente, que todo el estudio del delito no está orientado sino hacia ni tiene sentido fuera de la imposición y ejecución de la pena. Y, por supuesto, para nada cuentan en la reelaboración dogmática de las sucesivas instituciones sus orígenes y su evolución, es decir, el proceso en que se conforma su estructura del presente, ni su significado en el medio social a que

pertenecen y en el que se las debe aplicar, ni los valores ni los fines que las inspiran y a que responden.

Estas carencias, que son comunes al desarrollo de la Parte general y al de la especial, apenas se palian, en el estudio de los delitos en particular, con unas referencias más o menos detenidas y certeras acerca del bien jurídico por razón o para protección del cual está cada uno de aquéllos configurado, cuyo perfil, empero, no es fácil de trazar o de captar en muchas ocasiones sin tener en cuenta un determinado proceso de cultura, con su carga de pasado, su realidad actual y su proyección futura, en el cual están insertadas las diferentes especies criminales.

4. Se tiene aquí la contemplación, y aun la concepción, expresa o tácita, del ordenamiento jurídico como un objeto de la naturaleza, dado en su determinación y permanencia fuera del tiempo y de la historia y ajeno a valoraciones y finalidades, y la consiguiente utilización del método inductivo, complementado por el deductivo, característico de las ciencias naturales, sin que, por otra parte, deje de manifestarse un deslumbramiento por y una decidida aspiración a la rigurosidad y la validez incondicionada de las ciencias ideales, que lleva en muchos casos de ingeniosa combinación de imaginación y de razón a aplicar las más exquisitas reglas y posibilidades de la lógica a la discusión y resolución de hipótesis tan sutiles y complicadas cuanto alejadas de la vida real, en pos siempre de una acabada coherencia y perfección formal. Ahora bien, el formalismo conducido hasta sus últimas consecuencias ha de desembocar en la pureza jurídica.

Mas acaso no esté fuera de lugar ni sea inoportuno recordar lo que Sternberg dejó escrito del formalismo jurídico, bien confirmado en los hechos, a saber, que no es sino un intelectualismo extremado, un exceso o excrecencia de la actividad lógica en la ciencia del Derecho, alentada por una fe en la autoridad y el poder mágico de la elaboración y las relaciones de palabras y conceptos, bajo las cuales se pierde de vista como cubierta con un velo la finalidad de las normas; o, más en breve, que se trata de la obra alambicada de lo que en el fondo no pasa de ser un verdadero fetichismo verbal.

5. Esta actitud y este proceder estaban perfectamente justificados y eran perfectamente comprensibles a mediados del siglo XIX, bajo el peso de la noción tradicional de ciencia que la reducía al saber de lo universal por causas y constituía así a la ciencia natural, la que

determina relaciones universales y constantes entre los fenómenos, en el paradigma del conocimiento científico; tradición milenaria que reforzaban entonces los portentosos adelantos de las diversas ciencias naturales, sus fecundas aplicaciones en muy distintos órdenes de la realidad y de la vida y las magnas transformaciones que provocaban en el mundo. O se adoptaba, pues, el criterio y los métodos de la ciencia de la naturaleza o no había saber científico; y bien representativa es al respecto la conferencia berlinesa de von Kirchmann de 1847 sobre la falta de carácter científico de la jurisprudencia, con su contraste de la regularidad con que brillan hoy el sol, la luna y las estrellas como hace millares de años y con que florecen hoy las rosas igual que en el paraíso, y la mutabilidad constante del Derecho, en el que tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en papeles inútiles, y su comparación entre la altura de miras que se advierte en la ciencia de la naturaleza y la carencia de dignidad en el Derecho para ser objeto de una ciencia. No cabía, por ende, otra solución a los juristas sino la de asimilar sus estudios a las ciencias por excelencia, indudables, las ciencias naturales.

6. Sin embargo, como dijo Hamlet a su fiel amigo Horacio, «hay en el cielo y en la tierra más que lo que puede soñar tu filosofía». La realidad es, por fortuna, de una riqueza y una variedad incomparablemente más vastas que cuanto puede abarcar y entender una concepción unilateral y autosatisfactoria de las cosas. Al lado o además de los objetos y los fenómenos naturales, del mundo de la naturaleza, y aun sin contar aquí los entes ideales, existen los objetos y los fenómenos culturales, que componen el reino de la cultura, la cual, según la definición de Max Ernst Mayer en su *Parte general del Derecho penal*, en 1915, reproducida en su *Filosofía del Derecho*, de 1923, consiste en «el cultivo de un interés común y de la situación resultante, situación que está matizada por un acento de valor», o sea, que consta, no de los objetos materiales, ni siquiera sumándoles los intelectuales y morales, que entran en su ámbito, ni tampoco de los valores que la constituyen y dan sentido, en cuanto unos y otros son sólo o se les mira sólo como tales, sino de su combinación, o, mejor, de los primeros matizados, transmutados en su naturaleza por la inhesión a ellos de los segundos; o en sus propias palabras: «la cultura es una realidad transformada en realidad valiosa, un valor convertido en real». O, recordando expresiones bellísimas, tanto como significativas y exactas, de otro iuspenalista y iusfilósofo, Radbruch, la cultura es «el reino del humano anhelar y crear que se halla situado entre el

reino natural del ser y el reino ideal de los valores puros», un «reino intermedio entre el polvo y las estrellas».

Los objetos y los fenómenos de la cultura se dan, ante todo, en la realidad natural, pero difieren de ella por su referencia a valores. Utilizando de nuevo una hermosa frase de Radbruch, participan en las leyes de causalidad de la tierra, pero también del impulso ascensional hacia las supremas alturas.

El reconocimiento y la adopción de ciertos valores suscita intereses cuyo cultivo y desarrollo implica la propuesta de fines congruentes, que a su vez exigen la fijación de pautas o normas de conducta que lleven o tiendan a su consecución.

Con lo cual se puede resumir, en términos muy generales, que la cultura está integrada por un conjunto infinito y heterogéneo de objetos, fenómenos y comportamientos referidos, todos, a fines valorados.

7. Las estimaciones y preferencias que erigen o distinguen los valores que constituyen y animan, inspiran, los intereses sociales y, en definitiva, originan las finalidades humanas y las consiguientes reglas de conducta, son variadísimas e innumerables y dependen de apreciaciones que se alteran y suceden continuamente. De ahí, por un lado, la inmensidad y la diversidad de aspectos y matices, que nunca se puede captar por completo, de una misma cultura, y, por otro, la evolución y variación constante de toda cultura. Los valores se prefieren o se pretieren y los fines se proponen y se mudan en sucesión, a las veces apresurada o despaciosa, pero siempre incesante, lo cual significa que la cultura se desarrolla y evoluciona en y con el tiempo, o, dicho de manera más radical, que es historia, pues la historia no consiste sino en cambio con arreglo a valores en el tiempo, y en ello se distingue del simple transcurrir o devenir y de los procesos y las transformaciones naturales.

A diferencia del mundo de la naturaleza, que —a lo menos, contemplado macroscópicamente— es el reino de la determinación absoluta y de las relaciones universales y constantes, el mundo de la cultura es el reino de lo individual, pues el individuo lo es por la asunción de ciertos valores y su proposición de ciertos fines; y claro es que, así como, conforme a su noción tradicional, la categoría de cien-

cia se restringía a los saberes de lo universal por causas, existen y se admiten hoy saberes de lo individual, que elaboran y manejan conceptos de lo individual y no son por ello menos científicos, ya que sus conocimientos se obtienen mediante el empleo de métodos adecuados, poseen una demostrabilidad rigurosa y una validez tan amplia como cualquier otra y permiten una acabada ordenación sistemática. De la índole de tales conceptos se deriva, y no obsta a su carácter científico, que hayan de ser contemplados en una constelación de tiempo, estimaciones y propósitos.

A estas alturas nadie dudará de que el Derecho tiene su lugar propio dentro de la cultura y su estudio el suyo entre las ciencias culturales.

8. La particularidad de los componentes de la cultura y de las ciencias que los estudian y de los conceptos y organizaciones de conceptos que aquéllas alumbran se comunica necesariamente al carácter de sus métodos de investigación, que tienen que ser individualizadores. Ya se sabe que el método apropiado para captar los valores es la comprensión. Ahora bien, comoquiera que los objetos y los fenómenos culturales no se dan aislados, sino en un contexto nutrido y complejo y en un fluir ininterrumpido, plexo y corriente donde cobran entidad y sentido e interactúan con otros, su comprensión a fondo, así como la de los valores que los inspiran, precisa contemplarlos en sus relaciones con otras las más variadas manifestaciones y con momentos diversos del valorar y del hacer humano.

Por otra parte y puesto que los valores se realizan mediante la fijación y la consecución de fines determinados, en las disciplinas culturales se precisa asimismo desentrañar y esclarecer tales fines y atender a ellos para formar los conceptos y las series de conceptos, lo que se ha llamado la formación teleológica de los conceptos, o sea, se ha de emplear el método teleológico, a cuyo servicio pueden resultar útiles técnicas y procedimientos muy variados.

Mas los valores y los fines, como la cultura en general y, por tanto, también el Derecho, forman un fluir constante, cuyos distintos objetos y fenómenos no son sino instantes o cortes que se originan en los que les preceden y originan a su vez los que les siguen, por lo que las ciencias culturales, y, por ende, la jurídica, recurren a lo pasado para conocer en su viva complejidad y riqueza lo presente y desde él, con

una reflexión crítica y prospectiva y un afán dinámico y creador, otean el porvenir. En lo punitivo esto es la política criminal.

Resumiendo lo que precede y cerrando el círculo, la indagación histórica suele ser decisiva para descubrir y comprender los valores que infórman una parcela de la cultura, y, en consecuencia, lo jurídico, y para instruirse de las finalidades a que se ordena, por lo que se constituye en herramienta y complemento importantísimo del método teleológico.

9. De ningún modo se propugna así la conversión de los dogmáticos en historiadores, sino algo mucho más racional, factible y eficaz, a saber, que aquéllos se percaten de que para su cometido el método y los conocimientos históricos, muy a la inversa de ser un lujo, resultan; más que útiles, sencillamente imprescindibles, y que redundan en una comprensión adecuada y una aplicación proficua de las normas y del ordenamiento que en su conjunto éstas constituyen, extrayendo y adoptando con inteligencia y acierto para los diferentes casos que se vayan presentando en su aplicación cotidiana cuantas virtualidades, explícitas o implícitas, laten en su seno.

Pero tampoco se debe confundir de ningún modo con el método y los conocimientos históricos cualquier referencia o evocación del ayer, próximo o remoto, por el ayer mismo y solo, que no tenga o desatendiendo alguna conexión con lo actual. Una cosa es el estudio de las antigüedades jurídicas en cuanto tales y meras antigüedades, que, cuando no es vana erudición, corresponde a la arqueología jurídica, y otra muy distinta servirse de lo que fue para comprender la derivación y significación de lo vigente, y quizá para columbrar la aparición o postular el establecimiento de instituciones o regímenes más perfectos.

La falta de interés por los contenidos axiológicos, las directrices finalistas y los fundamentos y condicionamientos históricos del Derecho penal o de sus instituciones indica una visión naturalista que lo sitúa en el plano de lo natural; criterio tanto más llamativo y menos plausible cuanto que las ciencias de la naturaleza no se desentienden del origen de sus objetos y los procesos en que se han formado y han llegado a ser lo que y como son, siquiera, lógicamente, esta inquietud haya de ser satisfecha en ellas por otros saberes, pues tal origen y tales procesos han dado lugar a los objetos de que se ocupan, pero no

hacen parte de su entidad, mientras que en lo jurídico valores, fines e historia, no sólo lo configuran, sino que funcionan como médula y motor.

10. Una ausencia notable en los libros modernos de Derecho punitivo es la de cualquier noticia o desarrollo acerca de sus bases filosóficas. Tal vez se alegue que es tema antes de la Filosofía jurídica que de la dogmática penal, pero bien se sabe que tanto las legislaciones como las teorías, no ya en lo concerniente a la penalidad, sino también en lo referente al delito, se asientan siempre en una determinada concepción del hombre, de su puesto en el mundo y de sus vinculaciones con los demás, y que las leyes y el pensamiento varían *pari passu* con los cambios que se operan al respecto en las doctrinas filosóficas, hasta el extremo de que se suele no entender nada del pensamiento penal, incluso en las cuestiones más elementales, sin tener claro su trasfondo filosófico. Y es un hecho elocuente e innegable el de que casi todos los grandes iuspenalistas han sido al mismo tiempo verdaderos iusfilósofos o por lo menos han poseído muy respetables conocimientos de tal especie. Por ello, eludir o hurtar esta consideración de lo criminal y lo punitivo priva de fundamento y solidez al sistema, rebaja el nivel y la calidad de la enseñanza y amputa o ciega sus posibilidades de eficacia.

Y no está exento de relación con tal carencia el parco o nulo espacio e interés que se concede a la pena, en cuyo concepto, en cuyos caracteres, en cuya finalidad y en cuya aplicación, o sea, en cuya graduación y en cuya ejecución, se juega, empero, el sentido, la razón de ser y el destino de esta dolorosa rama del árbol jurídico, y su entendimiento y el juicio que merezca. Ciertamente, son cuestiones menos elaboradas que la teoría de la infracción criminosa, donde hay menos material a que atenerse y que seguir con grandes elucubraciones y pequeñas modificaciones que reporten fácil reputación de originalidad, pero de quien no aprecie la sobrecogedora magnitud de semejantes cuestiones cabe asegurar que es inapto para estremecerse con lo tremendo y lo trágico e insensible para los sufrimientos más atroces de los hombres y las tiernas quejas de la fraternidad.

11. Por último, una observación análoga es dable agregar a propósito del generalizado silencio acerca de los nexos existentes entre lo penal y lo político, que son mucho más profundos e importantes que los problemas a que se entrega la hodierna dogmática, relativos a la interpretación de las leyes criminales en conformidad con las pres-

cripciones constitucionales, la atención que deben aquéllas prestar al señalamiento o realce, en las respectivas constituciones, de algunos bienes jurídicos, y otros similares.

Bettioli destacó en la Universidad de Trieste, durante «los borrascosos meses del invierno de 1944 a 1945», que para la «tendencia metodológica que consideraba la estructura formal de la norma jurídica como el único dato que el jurista debía examinar» el estudio de los nexos entre Derecho penal y política era irrelevante; y, sin embargo, juntamente con el procesal, pero de distinto carácter, las relaciones más ricas y estrechas del Derecho penal con otras ramas del ordenamiento jurídico son las que guarda con el político, porque, en lo genuino de unas y otras, mientras las primeras tienen un significado funcional o de aplicación, las últimas designan el sentido u orientación del Derecho punitivo.

Aparte del conocido fenómeno de que el Derecho político o constitucional, como cualquier otro, crea y establece bienes jurídicos, cuya protección refuerza el penal, lo interesante es que aquél señala a éste su finalidad concreta y le imprime en cada caso características precisas. Es un hecho innegable, y bien conocido, que apenas se produce en un país un cambio político, y quizá, envuelto en él, un cambio social, se opera asimismo otro, del mismo volumen y dirección, en la legislación penal. Puede decirse, pues, que la legislación penal es expresión siempre de una determinada concepción y organización política.

Las razones del influjo de lo político sobre lo penal son claras. El Derecho político, reflejando o concretando la concepción que lo anima acerca del hombre en sus relaciones con la sociedad, delinea la estructura de esta sociedad y la situación en que se encuentra el individuo dentro de ella, y condiciona al mismo tiempo la jerarquía de los bienes jurídicos, con lo cual determina el tipo de organización que el Derecho penal debe proteger, así como los objetos más importantes con arreglo a las valoraciones dominantes, que merecen y exigen también, por tanto, la protección más drástica del ordenamiento, mediante la incriminación y punición de las actividades más graves y verdaderamente insoportables que los dañen o pongan en peligro. O tal vez con mayor sencillez: siendo el Derecho penal de carácter público y encargado de proteger con mayor eficacia que ningún otro la subsistencia, seguridad y organización de la sociedad y los demás bienes jurídicos estimados en ella de principal importancia, se com-

prende que dependa en su orientación, e incluso en lo substancial de su contenido, de la conformación de dicha sociedad y que los bienes considerados más importantes cambien según las concepciones y valoraciones sociales encarnadas en una organización política. Y, por otra parte, la mentada posición del individuo en el conjunto social señala la intensidad posible de la acción estatal sobre él y fija, de consiguiente, las limitaciones de la función penal. Mas, por esto mismo, con razón pensaba Soler que «a un Estado siempre se le puede decir: muéstrame tus leyes penales, porque te quiero conocer a fondo». Y que en todo ello influyen puntos de vista y requerimientos filosóficos parece evidente.

De lo cual se desprende que la comprensión de una legislación penal precisa tener presente y estudiar con cuidado la concepción y el ambiente político a que responde, o, en sabias palabras nuevamente de Bettioli, «que sin la “comprensión” del momento político y del *milieu* político, en los que una legislación penal viene a la luz y obra, no se puede de ninguna manera entender su alcance y su íntimo valor».

12. Y, para concluir, hay que declarar que en manera alguna cabe menospreciar la significación capital que tuvo el antiguo conceptualismo jurídico, es decir, la pandectística alemana, para la creación y configuración de la ciencia del Derecho moderna y para concebir y dejar para siempre establecidas sus grandes tareas. Incluso hay que reconocer que su propio formalismo era necesario para enfocar y desarrollar su cometido. Otras escuelas y tendencias le siguieron de inmediato, que denunciaron y corrigieron sus excesos y colmaron sus deficiencias, quizá a veces con exageraciones que luego ha sido preciso moderar.

Con sus limitaciones, estuvo al nivel de su tiempo y fue fecundo. Otra cosa es dar un enorme rodeo, desentendiéndose de cuanto después se ha aportado a la amplitud de miras de la dogmática y a la profundidad de sus conocimientos, y también de la realidad y de la vida, y entretenerse a estas alturas en concepciones equiparables a las de antaño, pero hoy menos justificables y radicalmente estériles. En la simplicidad de sus líneas, en el ingenio de sus planteamientos y discusiones, en la depuración y la lógica de los sistemas, pueden resultar seductoras. Pero no se trata de idear gambitos y lucirse jugando al ajedrez, sino de dedicarse con inteligencia y seriedad al estudio y la aplicación del Derecho como medio que garantiza la

libertad individual en concurrencia y armonía con la libertad de todos. *Sancta sancte*. Que los hombres no se han hecho para el Derecho y su ciencia, sino el Derecho y la jurisprudencia para los hombres.

De Ihering, el Ihering de la *Jurisprudencia en broma y en serio*, aquel que se paseaba cáustico y desdeñoso por el cielo de los conceptos jurídicos y que antes había blandido su lanza contra «el culto a la lógica que transforma a la ciencia jurídica en una especie de matemática», son estas palabras: «¡Escribir sobre Derecho pasando por alto deliberadamente la aplicabilidad práctica de la materia es como construir un reloj poniendo gran empeño en su ornato, pero ningún cuidado en la marcha de su mecanismo!».