

EL SISTEMA PENAL EN HEGEL

MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Resumen

La producción sistematizada del derecho penal proviene de las obras de Kant y de Hegel. Con fundamento en sus textos *La Metafísica de las Costumbres* y *los Principios de la Filosofía del Derecho*, surgieron las dos tendencias fundamentales que informan el derecho penal subjetivo y el derecho penal objetivo, con sus correlatos manifiestos en las distintas escuelas del derecho penal, visibles a partir del Siglo XIX. La parte correspondiente a Kant se desarrolló en artículo anterior y ahora se desarrolla la filosofía hegeliana.

Palabras clave: Derecho, estructura, metafísica de las costumbres, objetivo, pena, penal, principios de la filosofía del derecho, responsabilidad, sistema, subjetivo.

El autor: Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia, Doctor en Sociología jurídica e instituciones políticas de la misma Universidad. Docente investigador de la Universidad Católica de Colombia y del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios – ILAE. [mfmoya@ucatolica.edu.co].

Recibido: 15 de enero de 2010, **evaluado:** 23 de abril de 2010, **aceptado:** 5 de mayo de 2010.

THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM IN HEGEL

MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Abstract

The systematic production of criminal law comes from the works of Kant and Hegel. Based on his writings *Metaphysics of Morals* and *Principles of the Philosophy of Right*, there were two main trends that subjective report the criminal law and criminal law objective, with obvious correlations in the various schools of criminal law, visible from nineteenth century. The share of Kant was developed in the article of the previous delivery, and now develops Hegel's philosophy.

Key words: Law, structure, metaphysics of morals, goal, penalty, criminal law, principles of the philosophy of right, responsibility, system, subjective.

The author: Lawyer Universidad Externado de Colombia, Doctor in Sociology legal and political institutions of the same university. Teaching and research at the Universidad Católica de Colombia and the Instituto Latinoamericano de Altos Estudios - ILAE.- [mfmoya@ucatolica.edu.co]

Received: 15 of January of 2010, *evaluated:* 23 of April of 2010, *accepted:* 5 of May of 2010.

Introducción

Tras la formulación de una idea fundamental conforme con la cual las primeras manifestaciones de exposición sistemática del derecho penal manan de las obras de Kant y de Hegel, una primera parte que compone este desarrollo abordó la filosofía del derecho penal en Immanuel Kant para sentar las bases de distinción y proceder a contrastarlo con la de Hegel.

En la primera parte se observó que de *La metafísica de las costumbres* surgieron los fundamentos del derecho penal subjetivo, basado en la idea de culpabilidad, donde el ejercicio del derecho penal si bien se hallaba ubicado invariablemente en cabeza del Estado, tenía por eje central al hombre, de cuya maldad interior provendría sobradamente la justificación y necesidad de la pena.

En esta segunda parte se asume el trabajo hegeliano del derecho penal, presentado por su autor en los conocidos *Principios de la filosofía del derecho*, en los cuales formuló los fundamentos de un derecho penal objetivo que a partir de la subjetividad llegaba a trascender hasta hacerse válido más allá de la individualidad del libre arbitrio, justificado en la necesidad de propiciar una pena social como método de recuperación del orden preestablecido.

En la obra de Hegel el derecho en general no aparecerá como legado divino ni mucho menos como derecho natural, sino como obra humana ordenada a la conservación de un orden por sí mismo justificado.

Se contrasta y se completa así la presentación de las dos tendencias sistematizadoras que vendrán a informar el construccionismo dogmático forjado a partir del siglo XIX, nutrido durante el centenio subsiguiente por abreviar por lo menos cierta parte de la teoría en la fuente hegeliana, mucho menos observada durante el decimonónico, y al menos las tres cuartas partes primeras del siguiente siglo, que prefirió la orientación kantiana.

Cuando se habló de neokantismo apenas se estaba descubriendo el filón hegeliano, y parece tender a adquirir aún más fuerza, lo que no ha dejado de hacer predominar la vista kantiana, y justamente es en ese proceso que este ensayo busca ubicar los aspectos propios de cada tendencia y su prospección en la teoría del derecho penal.

1. El precedente kantiano

El primer texto que compone este análisis, previamente publicado en esta misma sede, distinguió en la producción sistematizadora del discurso penal un origen específico tanto en cuanto al orden cronológico propiamente dicho, como respecto de las dos tendencias seculares que han estado informando, al menos desde hace dos siglos atrás, a las llamadas escuelas dogmáticas o construcciones teóricas correspondientes al entorno teórico penal. Ciertamente, a partir de las producciones de Kant y Hegel, en sus respectivos textos, *La metafísica de las costumbres* y los *Principios de la filosofía del derecho*, respectivamente, se hallaron estos dos efectos con la suficiente fuerza como para proyectarse indefectiblemente en el constructo correspondiente al control penal.

En el primer texto se explicó la hipótesis ahora recreada, que enuncia que el privilegio de ser los primeros sistematizadores fueron Kant y Hegel respecto del derecho penal, afirmación surgida a partir de una serie argumentativa que, desde luego, asumía la consideración de *sistema* desde la concreción luhmaniana, conforme con la cual no se trata apenas de una estructura comunicativa, sino de una fuente de generación de sentido, autorreferente, institucional y autopoietica, en que a partir del principio de identidad se confiere a la expresión una alternativa de concepción epistémica, basada en el entorno y las posibilidades reales de configuración y puesta en conciencia del sentido, más bien dispuesto como una toma específica de situación de la sociedad, antes que una aparente toma de posición respecto de ella.

Se anticipó que bien resultaban oponibles la producción de aproximaciones precedentes, entre otros, del *Malleus Maleficarum*, de la obra de Tomás de Aquino o de Agustín de Hipona, incluso de algunas fuentes históricas del derecho romano como el *Corpus Iuris Civilis*, amén de otras fuentes de derecho como la *Lex D. T.*, observando que al referir un *sistema* muy puntualmente se descartaban todas aquellas construcciones que hablaban de derecho penal, o de castigo social, sin identificar dentro de la estructura social el lugar que a su vez dentro del sistema jurídico ocuparía el derecho penal. Lo cual permitió hallar como primeras manifestaciones constructivistas y elocuentes de una pretensión sistematizadora primigenia las obras de los filósofos alemanes con fundamento en las cuales se habrían generado los discursos más comúnmente identificados como positivista, clásico, finalista o estructural-funcionalista, enlistados en mayor o menor medida dentro de los principios formulados por las dos corrientes destacadas como primigenias.

En el orden cronológico correspondiente, y nada más que por ello, se asumió inicialmente el sistema kantiano, del cual pudo señalarse como base configurativa la propuesta de un derecho penal de origen objetivo (epistemológicamente hablando) pero de contenido subjetivo (ontológicamente hablando).

Se identificó como punto de partida la señalización de la naturaleza de la ley como imperativo categórico, elevada al extremo de encontrar en ella el fundamento mismo de la sociedad, en el entendido de que estaba llamada a sujetarse a sus postulados por constituir, precisamente, el ordenador cimero de la voluntad social. Mas no se trataba de una *legalización* ocasionada por un sujetamiento inevitable a un orden normativo, sino que se descubría en Kant la idea medular del origen divino de la ley, cuyo auténtico legislador estaba ubicado en una esfera suprahumana, cuyo trasfondo descubría la razón pura como condición misma de una ley fundamental a partir de la cual surgirían todas las demás. Se explicaba así el imperio absoluto de dicha ley, y la decidida oposición a una sociedad inconsulta de sus indicaciones.

Kant ubicó en su sistematización al penal dentro del derecho público, presupuestado en la presencia de un derecho natural, concepción de estirpe ciceroniana, conforme la cual existe el derecho civil, el derecho de gentes y el derecho natural, de origen divino este último y de origen social los dos primeros, siendo el derecho perfecto aquel que ocupa los espacios secantes en las coexistencias circulares de los tres.

A partir de este fundamento habría generado un filón que se resolvería en un derecho penal epistemológicamente objetivo pero ontológicamente subjetivo. En este sistema el derecho penal es función punitiva del Estado en tanto concebido como el derecho que asiste al soberano para castigar a quienes le están sometidos.

La ley penal sería igualmente un imperativo categórico, y la imposición de la pena no obedecía a criterio distinto que al haberse delinquido, justamente porque se había opuesto un comportamiento a un imperativo incuestionable. Kant rechazó cualquier tentativa de instrumentalización del hombre y de reducción de éste a la condición de objeto, premisas basadas en la ley universal de la libertad como condición natural, lo cual se oponía a las propuestas de explicación de la pena basadas en la teoría de Feuerbach, puesto que ni siquiera la sociedad podía servirse de los individuos en el sentido de instrumentalizarlos a su favor.

Por su parte, el vínculo del delincuente con la pena no estaría dado a condición de una determinación voluntaria de adherencia al contrato social, sino de la cau-

sación de una consecuencia fruto de una previa condición actualizada, es decir, el suceso del delito, separándose definitivamente de las tendencias de Beccaría, quien rechazaba la pena de muerte por ser incompatible con la idea montesquiana del contrato social (nadie adhería a un contrato que lo eliminaría, sostuvo Beccaría), en consecuencia nadie se incorpora a una sociedad cuyo fundamento de estirpe contractual conlleva la eventualidad de la pérdida de la vida por infracción a sus cánones legales. De ahí que Kant hallaba la pena de muerte como una expresión inevitable de la recuperación del estado de cosas previo al delito, mediante la supresión de la maldad surgida del interior del sujeto agente del crimen, la cual resultaba ser el fundamento mismo de la pena, de ahí la idea de un derecho penal de corte subjetivista en su doctrina de la responsabilidad (la cual habrá de expresar en términos de culpa y dolo, proveniente no obstante de una ley que informaba de objetividad al derecho penal, y de la cual haría parte la culpabilidad del reo). Se insiste en que el filósofo restañó una objetividad epistemológica del derecho penal, condición así mismo y previamente atribuida a la ley dado su origen; al tiempo que una subjetividad de corte ontológico que le permitía espigar como fundamento de responsabilidad a lo que llamaríamos posteriormente *culpabilidad*.

Asumió como condición inmanente del derecho la existencia del libre arbitrio, único derecho natural y auténtico, de donde finalmente derivarán todos los restantes identificados.

El castigo es inevitable según Kant en el ser en sí de la justicia, principio que otorga su razón a la convivencia humana y a la perennidad de la vida misma. Por ello también el grado del castigo ocupó gravemente su atención, para lo cual encontró en la regla del talión un medio de graduación acertado. Pero lo justificó en el presupuesto de que el daño ocasionado por el delincuente implicaba de suyo una autoagresión, en tanto terminaría sufriendo las mismas consecuencias, lo que no riñe, sin embargo, con un criterio de *sustituibilidad conforme al sentir de los más nobles*; en consecuencia podría someterse a trabajos forzados al ladrón, cuando nada hay que quitarle a él como lo mandaría el talión. Empero, el castigo merecido con ocasión de la muerte ocasionada no sería bajo ningún respecto sustituible, así que quien mata injustamente deberá fatalmente morir siempre, salvo que la ejecución de esta pena justa conlleve como consecuencia la disolución misma del pueblo. Debe entenderse que Kant no se contradice sobre la base de una supuesta condonación, sino que por la necesidad altera la regla del talión, generando una única excepción a la muerte como pena propiciada por el homicidio.

Estimados así los principios manejados en la sistemática kantiana del derecho penal, puede concluirse que su estimación de la culpabilidad como fundamento de la responsabilidad penal, derivada de la que llamó *maldad interior*, permitió a la teoría adquirir como cuerpo de discurso el derecho penal subjetivo y opuesto a la responsabilidad objetiva, en tanto informada esta última de la prescindencia del acontecer interior del sujeto agente como presupuesto de responsabilidad penal. No es difícil, en consecuencia, distinguir manifestaciones ligadas a dicho criterio, tales como la operatividad de la teoría del error como eximente de culpabilidad.

Sin duda el rastro del filósofo prusiano se descubre en la mano de los autores de la teoría penalista que cifra su elemento en la persona del sujeto agente. Desde luego esto trajo una serie de condiciones previamente impuestas por la lógica de las ideas y por los límites inmanentes a su doctrina. De hecho, solamente a partir de un derecho penal que sostienen al agente como su epicentro, se permite la generación de los criterios de corte criminológico que posan su atención en las condiciones del delincuente, si bien por otra parte se pierden de vista aspectos que no son de él, ni surgen a propósito de él, por cuanto no le corresponden más que a la sociedad o a las instituciones a las cuales terminará integrándose.

De hecho, una mirada que adopta el delito como fenómeno ajeno a la persona del delincuente va a parar descubriendo cómo el delincuente mismo es una institución surgida del laboratorio de producción social que es el espacio judicial. No menos acontecerá con el delito mismo y con todo lo que reclama su puesta en escena de la conciencia. Sin duda una posición tal es mucho más íntimamente hegeliana, y por consiguiente opuesta en su *eidós* a la visión kantiana del derecho penal.

Identificados así los presupuestos sistematizadores del derecho penal en la filosofía kantiana, es preciso dar ahora el segundo paso, dirigido a realizar un similar ejercicio sobre la propuesta hegeliana, en curso de descubrir tanto sus convergencias como sus diferencias, bastante acentuadas por cierto, para concluir finalmente en las proyecciones de una y otra tendencia.

2. Fundamentos para un sistema jurídico en los *Principios de la filosofía del derecho*

No resulta del todo sencillo ubicar la filosofía de Hegel dentro de alguna tendencia, precisamente porque Hegel mismo o su filosofía, es en sí una doctrina, una

tendencia, o por mejor decirlo, una posibilidad más que denuda comprensión, en cambio de abordamiento del fenómeno humano. Pese a sus críticas a algunos presupuestos de la filosofía de Platón, indudablemente parece mucho más nutrido en esta fuente que en otra, o al menos se descubren muchos más rastros platónicos que aristotélicos, mientras que en Kant abundan más éstos que aquéllos.

La importancia que Kant otorgó a la justicia en tanto principio parece convertirse en Hegel hacia la vigencia de un valor. Aquél en presente, éste en futuro, evidencia una más clara comunión del derecho con su fuente suprahumana, en tanto para Hegel el derecho no puede ser otra cosa que un empoderamiento del hombre sobre su naturaleza, una vuelta a sí, una necesidad que surge del hecho mismo de ser no sólo criatura consciente, sino ante todo *ser social*, mientras que en Kant, en tanto imperativo categórico, trasciende la naturaleza humana.

Como se sabe, al operar sus análisis de los fenómenos sociales Hegel distinguió el concepto de la representación (*Vorstellung*), ubicando ciertamente en aquel la esencia, pero denotando que el sentido que adquiere para las personas hace parte integral de ellos, al tiempo que resulta o debe resultar diferenciable. Hoy nos preguntaríamos si el derecho es lo que es o es lo que representa a una sociedad. Si tomásemos, por ejemplo, a Searle,¹ no sería difícil optar por lo segundo, pero sin embargo, fue él mismo quien debió contrastar a los hechos sociales los que llamó hechos brutos, o carentes de representación social, pese a haber postulado que toda la realidad era fruto de la creación de la sociedad, lo cual, pese a ser constatarario de Shütz,² termina por aproximarlos. Tal distinción aplicada al derecho le permitió a Hegel reivindicar el adagio romano conforme al cual, *omnia definitio periculosa est*. Justamente en su imaginario jurídico ubicó la ciencia del derecho en la filosofía, no lo contrario, para significar que los conceptos son el punto de partida en el método de la filosofía, mientras que al derecho, cuyo objeto científico corresponde impartir soluciones legales a casos concretos, le resultan incómodas las definiciones; por consiguiente, el derecho tiende a invertir el método filosófico: parte de las representaciones y con fundamento en ellas genera las definiciones.

Las condiciones bajo las cuales en el sistema de Hegel el derecho se hace positivo están dadas por hacerse presente a la conciencia mediante el pensamiento y, ser

¹ SEARLE, JOHN. La construcción de la realidad social. Barcelona: Paidós, 1997.

² SHÜTZ, Alfred. El problema de la realidad social. Buenos Aires: Amorrortu, 1962. SHÜTZ, Alfred. Fenomenología del mundo social. Introducción a la sociología comprensiva. Buenos Aires: Paidós, 1972.

conocido como lo que es justo y tiene validez³. De donde la actividad legislativa no es apenas producir normas, sino que el momento esencial se da cuando ellas existen como pensamiento y son sabidas como normas. *En este sentido bien merecería ser considerado desde perspectivas como, por ejemplo, la planteada por Lindhal Elliot,⁴ donde se aprecia claramente una revisión del derecho a través de sus representaciones judiciales. Merece ser mencionada igualmente la obra de Bastida,⁵ quien, siguiendo muy de cerca a Searle, pronuncia la hipótesis del derecho como creencia, indicando su carácter institucional, o de hecho institucional, que, como lo dijo aquél, estaría fundamentado en la creencia de ser lo que es.*

Sería completamente válido estimar que en Hegel debió anidar la idea, aun cuando los términos de su pensamiento no fuesen exactamente coincidentes, que para él una condición del derecho es ser creído como tal, es decir, para hacer uso de sus palabras, la representatividad del derecho afirma su anticipación en la conciencia y de ella hace depender su valor, precisamente por ser un instrumento de socialización y perpetuación de la vida relacional.

A diferencia de Kant, la positividad del derecho no depende exclusivamente de su vigencia en un Estado, sino además por el contenido, el derecho puede adquirir tal carácter como consecuencia del ejercicio específico que de él hace un pueblo; o por la necesidad de objetivar el derecho; y también, por la generación de la realidad social a través de las decisiones jurídicas que se precisa formular.

Desde la introducción de su obra Hegel suscitó una idea del derecho en tanto constructo social, insatisfactorio si se pretende explicarlo y mucho menos concebirlo nada más que a partir de la historia, en cambio postuló la condición de su *ethos* precisamente en su concepto: el derecho por ser histórico no se convierte en nuda historia, en fenómeno meramente circunstancial, puesto que trasciende la historia, constituye un subsistema dentro de un macrosistema social cuya redondez circula a través de la autopista de la historia. A partir de Montesquieu reafirmó que no podía tomarse la legislación sino como “[...] momentos dependientes de una totalidad, en conexión con todas las restantes determinaciones que constituyen el carácter de una nación y de una época”⁶.

³ HEGEL, Friedrich. Principios de la filosofía del derecho. Barcelona: Edhasa, 1999, p. 328.

⁴ LINDAHL Elliot, Hans. La intencionalidad jurídica. Universitas Philosophica (3), Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1984 y Juris Dictio, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1990.

⁵ BASTIDA, Xacobe. El derecho como creencia. Una concepción de la filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

⁶ HEGEL, Friedrich. Principios de la filosofía del derecho. Barcelona: Edhasa, 1999, p. 70.

Es así que la explicación histórica del derecho no aporta su explicación filosófica-
eidética, apenas enuncia su expresión, su puesta en escena en la conciencia pública,
dado que “[...] el desarrollo según razones históricas no se confunde con el desa-
rrollo según el concepto, y la explicación y la justificación históricas no pueden ser
ampliadas hasta alcanzar el significado de una justificación válida en y por sí”⁷, es
decir, si el derecho es abordado históricamente no tendría más que valor histórico,
perdiendo su ser científico, su entidad universal, en tanto su validez dependería de la
persistencia o surgimiento de las mismas circunstancias en que se manifestó *ab origine*.

En este sentido conviene recordar que la importante Escuela Histórica del Derecho
presupuestó la vigencia de la ley en la producción histórica de él. Una sociedad
se daba su derecho conforme lo reclamaban sus circunstancias, luego el derecho
era fenómeno histórico, cronológicamente identificable al tiempo que cronológi-
camente válido.

Irónicamente sus principales postulantes fueron romanistas (Ihering, Savigny, Pu-
chta), cuya historia parecía desmentir lo que enseñoreaba su intelecto. Justamente
la historia del derecho romano se presentaba para Ihering⁸ desmentir sus propios
fundamentos. Como se sabe, tras la producción de la jurisprudencia clásica, que
no fue apenas un estilete de lúdica y ocio jurídico⁹, sino concreción científica de
las bases eidéticas de la responsabilidad, como todo lo que además ello implica,
el derecho romano tuvo una especie de retroceso o repliegue, consecuencia acaso
del desesperado intento de Justiniano por salvar el ensueño del imperio (ya defini-
tivamente en minúscula), produciendo un suceso generalizado de rechazo a todo
lo romano, y entre ello, al derecho romano¹⁰.

Habrà que esperar a que la famosa Escuela de Bolonia lo recuperara para la posterio-
dad, con una fuerza tal que terminó demostrando la fragilidad de los fundamentos
de la Escuela Histórica.

Siguiendo muy de cerca a Kant, afirmó Hegel que el terreno del derecho es lo es-
piritual y que su punto de partida es la voluntad libre, de manera que la libertad
constituye su esencia. Pero se distancia significativamente de él cuando deriva que el
sistema de derecho es el reino de la libertad realizada, esto es, voluntad objetivada,

⁷ HEGEL, Friedrich. Principios de la filosofía del derecho, p. 70.

⁸ VON IHERING, Rudolf. El espíritu del derecho romano. Madrid: Marcial Pons, 1997.

⁹ PARICIO, Javier. Los juristas y el poder político en la antigua Roma, 2a ed. Granada: Comares, 1999.

¹⁰ VOLTERRA, Eduardo. Instituciones de derecho privado romano. Madrid: Civitas, 1986.

“[...] el mundo del espíritu que se produce a partir de sí mismo como una segunda naturaleza”¹¹. Mientras que para Kant sería, antes bien, una primera naturaleza, informada de origen divino, fatal e inevitable. Para Hegel es obra eminentemente humana, y su punto de partida, la voluntad, es lo que queda del encuentro de dos momentos iniciales y sucesivos: la negación del yo, esto es, su determinación, por cuanto repliega su infinitud en la concreción; y la afirmación del mismo, es decir, su universalidad, siempre práctica y real, puesto que pese a la determinación, permanece como latente en la infinitud de la conciencia y busca hacerse válida a través de la objetivación del instinto¹². Es ese tercer momento que en tanto concepto, resulta ser verdad y por ende es especulativo, de ahí la trascendencia que le otorga.

Para comprenderlo es preciso considerar que la forma como se entienden los dos momentos iniciales (determinación-indeterminación) es el arbitrio. El arbitrio, para el filósofo, es la contingencia que se resuelve en manifestación formal del contenido de la voluntad; es más bien perturbador en la medida en que la satisfacción de una tendencia del instinto conlleva la insatisfacción y la infecundidad de otro. Pero es justamente en la objetivación del debate, en el diálogo para sí entre contenido y forma, entre instinto y determinación, de donde surge como tercer momento el concepto del derecho:

“[...] En la exigencia de purificación de los instintos está presente la representación universal de que se los debe liberar de la forma de la inmediata determinación natural y de lo subjetivo y contingente del contenido, para retrotraerlos a la esencia sustancial (por consiguiente, objetivarlos —agregado del autor—). Lo verdadero de esta indeterminada exigencia es que los instintos aparezcan como el sistema racional de las determinaciones de la voluntad; aprehenderlos de esta manera, a partir del concepto, es el contenido de la ciencia del derecho¹³.

Este proceso de universalización del pensamiento o, lo que es igual, de objetivación epistemológica del instinto, o del acontecer interior, *es el valor absoluto de la cultura*¹⁴.

A este proceso de particularización o determinación de la voluntad que parte del instinto, y que busca hacerse nuevamente universal e indeterminado, mediante su objetivación, lo llamó Hegel *pensamiento*; de donde la voluntad es libre y verdadera

¹¹ HEGEL, Friedrich. Principios de la filosofía del derecho, p. 77.

¹² HEGEL, Friedrich. Principios de la filosofía del derecho, p. 85.

¹³ HEGEL, Friedrich. Principios de la filosofía del derecho, p. 98.

¹⁴ HEGEL, Friedrich. Principios de la filosofía del derecho, p. 99.

solamente en tanto inteligencia pensante. Ésta es la esencia del derecho y, en manera alguna, tiene algo que ver con los sentimientos, el entusiasmo o el corazón.

Hegel criticará de la filosofía del derecho en Kant el pretender satisfacerse en el aspecto meramente negativo manifiesto en la limitación del arbitrio individual, por el arbitrio, igualmente individual, del otro. En efecto, para el filósofo prusiano el derecho informa un límite al arbitrio natural de los hombres, en el entendido de que formula una frontera que no puede subvertirse; es por ello mismo negativo: porque limita. En cambio, Hegel restañó el aspecto positivo que echa de menos en su maestro, es decir, la universalización racional del arbitrio, esto es, la concordancia del arbitrio del uno con el arbitrio del otro, constituido por ello mismo en ley universal. Significando lo anterior que la doctrina kantiana se contrae al aspecto subjetivo del derecho, y no alcanzaría a trascender hasta alcanzar su auténtica versión objetiva (epistemológicamente hablando), lo cual entre filósofos del derecho es una muy severa crítica. Luego si el derecho tiene algo sagrado, es por esta cualidad, en manera alguna por provenir de Dios, o un legislador santo, *sólo el espíritu del derecho del mundo es lo ilimitadamente absoluto*, concluirá Hegel, para quien considerar algo racionalmente es admitir la racionalidad del objeto y no prescribir un comportamiento racional hacia el objeto, es derecho en este caso concreto, se trata de una toma de situación en que se admite como inmanente, no una toma de posición respecto del objeto del elemento del derecho, la *ratio* inmanente de la libertad.

En la sistemática hegeliana el derecho es dividido en función del concepto de voluntad, conforme parte de su máxima abstracción y va desvaneciéndose positivamente en una concreción exteriorizada. Así, descubre tres partes: el derecho abstracto, dentro del cual abrió un capítulo correspondiente a la violencia y el delito, junto con la propiedad, el contrato y la injusticia, se corresponde con la idea de *voluntad inmediata*, abstracta. La segunda parte está compuesta por la moralidad, desglosada en propósito y responsabilidad, intención y bienestar, y el bien y la conciencia moral, corresponde con el segundo momento que Hegel manifestó como *voluntad subjetiva*, voluntad finitizada. La tercera y última parte, o momento de la voluntad, corresponde a la eticidad, a la cual corresponden la familia, la sociedad civil y el Estado; frente a la idea de voluntad, hace parte de la objetivación o del derecho universalizado.

3. Especificidad para un sistema de derecho penal

En materia penal Hegel hizo una asociación de partida entre violencia y delito. Al efecto abordó el tratamiento de este último con el pretexto del derecho a la pro-

piedad, denotando, como en el derecho romano, una identidad del derecho con la cosa objeto del derecho, y por ello encontró que en la cosa misma aparecerá vertida la voluntad del propietario, por lo que encuentra que una violencia sobre la cosa implica una violencia advertida en la voluntad misma¹⁵.

Este abordamiento se explica por cuanto entiende que el derecho penal (al que llamó *el derecho cuya lesión es el delito*), adopta las configuraciones tradicionales que el derecho en general ha determinado, las mismas que dentro de su primera parte de los *Principios de la filosofía del derecho* le ocuparon la atención, en términos de derecho de los contratos, de la propiedad y la injusticia, para concluir en el derecho abstracto, en lo concerniente al derecho penal y el delito.

Ello desde luego no es pretexto para esquivar lo universal del derecho penal, es decir, la búsqueda de su concepto, trascendiendo el delito las iniciales configuraciones del derecho y procreando otras que le son propias como el perjurio, la falsedad o los delitos contra el Estado¹⁶.

Sin embargo observó que la voluntad libre no es susceptible de ser violentada más que a condición de no retornar a su ser en sí desde la exterioridad en que se reubicó; es decir, cuando no se resuelve nuevamente en subjetividad (ese segundo instante del que se apartó en busca de su objetivación); al permanecer en un estado de objetividad o de universalidad sobrevenida, resulta susceptible de violentarse, por ejemplo, cuando permanece identificada con la cosa objeto del derecho de propiedad, lo cual es un acto de arbitrio, pues sólo quien quiere dejarse violentar es sujeto de violencia¹⁷.

Dada la fuerza o la violencia en el entorno del derecho está llamada a destruirse por sí misma, en la medida que en tanto injusta, generan otra fuerza o violencia, ésta sí justa, que la elimina en su injusticia. El derecho abstracto incluye la violencia como inmanente, en cuanto su desconocimiento opera una acción en sí misma violenta ordenada a eliminar la primera fuerza.

A esa primera violencia operada por un individuo libre contraderecho es a lo que Hegel denominará *su delito*. La esfera del derecho penal está dada por esa segunda violencia que en estado latente puede cernirse sobre el agresor para eliminar matemáticamente su fuerza, puesto que se ha dirigido tanto contra lo particular del individuo agredido, como contra lo abstracto del derecho violentado.

¹⁵ HEGEL, Friedrich. Principios de la filosofía del derecho, p. 179.

¹⁶ HEGEL, Friedrich. Principios de la filosofía del derecho, p. 182.

¹⁷ HEGEL, Friedrich. Principios de la filosofía del derecho, p. 179.

En el sistema hegeliano la voluntad puede lesionarse por el delito en su extensión cuantitativa o, en sus determinaciones cualitativas. Desde la perspectiva del delito objetivado, puede en la primera extensión negar total o parcialmente su existencia, o afectar alguna determinación cualitativa. De donde surge que las penas deben diferenciarse en función según la afección extensional o cualitativa. Por consiguiente, observó de la legislación draconiana, que castigaba con pena de muerte todo delito, una permanencia de tipo kantiano en el aspecto abstracto de la voluntad y de la personalidad, sin trascender al derecho objetivado, es decir, una uniformidad de la pena es fruto de no posarse en el concepto mismo del derecho, es atender el delito por sus consecuencias y no por su esencia.

De cualquier forma la lesión que produce el derecho es igualmente negativa, pero tiene el efecto de negar una negación precedente. Que en su ser por sí, relacional, no hay nada positivo en la voluntad de quien lesiona y en la lesión misma surge de la condición del derecho en sí, es decir, el derecho abstracto, que no es lesionable puesto que por sí no puede existir exteriormente. No obstante, Hegel admitió que la voluntad de quien lesiona es para él mismo positiva en tanto voluntad particular.

Increpó Hegel a los tratadistas del derecho penal que lo precedieron acerca de su manera de asumirlo o, mejor, a su entendimiento sobre el fenómeno de la pena, el cual descubría su esencia en el simplismo de la eliminación de un perjuicio mediante otro perjuicio, sin estimar el concepto mismo de lo que pueda llegar a ser. En su consideración la pena, antes que cualquier otra función, debe cumplir la de hacer desaparecer el delito, pues “[...] debe ser eliminado no como la producción de un perjuicio, sino como lesión del derecho en cuanto derecho. Esta existencia es el verdadero perjuicio que hay que hacer desaparecer, y determinar dónde se encuentra es el punto esencial”¹⁸.

Se da a la tarea de poner orden y atención en el concepto del derecho penal, para lo cual distingue que más que justo lesionar al delincuente, debe observarse que es su voluntad en sí, una concreción de su voluntad, y por consiguiente es su *derecho*. Por supuesto, es ésta una idea que riñe con la propuesta de Beccaría, según la cual no es admisible la pena de muerte en la base del contrato social por cuanto y en tanto, nadie adhiere a un contrato para sucumbir en sus términos. Como se recordará, Kant había ya rechazado tal criterio al señalar que el delincuente no quiere el castigo más que indirectamente; en cambio lo que sí quiere es su delito y la pena,

¹⁸ HEGEL, Friedrich. Principios de la filosofía del derecho, p. 186.

en tanto consecuencia inevitable proviene del actuar y no de la voluntad, así que su relación con ésta no es más que mediática. Mientras que Hegel la rechaza sobre la base de que “[...] el Estado no es un contrato, ni su esencia sustancial es de un modo condicional la protección y la seguridad de la vida y la propiedad de los individuos singulares. Él mismo es por el contrario lo más elevado, que reivindica para sí aquella vida y propiedad y exige su sacrificio”¹⁹.

Por otra parte, para Hegel la aplicación de la pena honra al delincuente como ser racional, tal vez diríamos más precisamente, como cocreador de la realidad social, “[...] no se le concedería este honor si el concepto y la medida de la pena no se tomaran del hecho mismo, si se lo considerara como un animal dañino que hay que hacer inofensivo, o si se toma como finalidad de la pena la intimidación o la corrección”²⁰. Como se recordará, Kant también rechazó esta finalidad de la pena en términos de prevención general, pero sobre la base del rechazo a la instrumentalización del hombre.

La eliminación del delito, que es en su concepto la única finalidad racional de la pena, es constitutiva de una compensación, en cuya existencia debe proyectar las proporciones del delito. Pero sin embargo, a diferencia de Kant, no pretende una igualdad en sus características específicas, o igualdad exterior, sino por el contrario, una proporcionalidad interior, fundamentada en su entidad representativa, o por decirlo como él, en su valor.

Si bien Hegel reivindicó el carácter vindicativo de la pena, abandonarla a un esquema acción-reacción, en que esta última dependa de una voluntad particular, conllevaría a su modo de entender el germen de la contingencia de su justicia, y por consiguiente el efecto ílmite que la subjetividad de la pena conlleva: la infinitud de una sucesión de venganzas fuera del control que provee la objetivación propia de la universalidad del instituto jurídico²¹.

Asoció Hegel al surgimiento del Estado el depósito de la venganza en manos concentradas: inicialmente los héroes y caballeros andantes, más adelante las autoridades representativas institucionalmente de la sociedad. Por otra parte y adicionalmente, encontró que el concepto de venganza privada converge con la de los llamados delitos privados, los mismos que en Roma se identificaron como *furtum* (*manifes-*

¹⁹ HEGEL, Friedrich. Principios de la filosofía del derecho, p. 187 - 188.

²⁰ HEGEL, Friedrich. Principios de la filosofía del derecho, p. 188.

²¹ HEGEL, Friedrich. Principios de la filosofía del derecho, p. 192.

tum, nec manifestum, oblatum y conceptum), *damnum e iniuria*, por oposición a los llamados crímenes o delitos públicos.

Es en ese tránsito de la voluntad subjetiva hacia la voluntad que busca hacerse universal y, por tanto, objetiva, en que se descubre el paso de la justicia penal vindicativa hacia la justicia penal punitiva, y esta concreción en lo universal será lo que denominó Hegel un nuevo concepto de moralidad.

Referencias

- ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.
- BASTIDA, Xacobe. *El derecho como creencia. Una concepción de la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- BECCARÍA, Cesare. *De los delitos y las penas*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.
- BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Uniandes, 2000.
- GAIUS. *Instituciones jurídicas de Gayo*. Santiago: Jurídica de Chile, 2000.
- HEGEL, Friedrich. *Principios de la filosofía del derecho*. Barcelona: Edhasa, 1999.
- IHERING, Rudolf Von. *El espíritu del derecho romano*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JUSTINIANO. *Corpus Iuris Civiles* [traducción de Luis Ildefonso García del Corral]. Lex Nova, 1889. s. c.
- KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Bogotá: Rei Andes, 1995.
- LINDAHL Elliot, Hans. “La intencionalidad jurídica”, en *Universitas Philosophica*, núm. 3. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1984.
- *Iuris Dictio*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1990.
- PARICIO, Javier. *Los juristas y el poder político en la antigua Roma*, segunda edición. Granada: Comares, 1999.
- SEARLE, John. *Intencionalidad: un ensayo en la filosofía de la mente*. Madrid: Tecnos, 1992.
- *Actos de habla*. Madrid: Cátedra, 1994.
- *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós, 1997.
- SHÜTZ, Alfred. *El problema de la realidad social*. Buenos Aires: Amorrortu, 1962.
- SHÜTZ, Alfred. *Fenomenología del mundo social. Introducción a la sociología comprensiva*. Buenos Aires: Paidós, 1972.
- THEODOIUS. *Codex Teodosianus* [traducción de Theodor Mommsen]. Alemania: Weidmann, 1990.
- VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de derecho privado romano*. Madrid: Civitas, 1986.