

Puede haber un Estado de derecho sin Derecho Penal<sup>1</sup>?

Edgardo Alberto DONNA<sup>2\*</sup>

## I. La necesidad de la existencia del derecho

Afirma Diderot:<sup>2</sup> “yo quiero ser feliz, pero vivo con hombres que, como yo, quieren ser igualmente felices cada uno por su lado; busquemos el medio de procurar nuestra felicidad procurando la suya o, al menos, sin perjudicarle nunca”. Y agrega: ¡“Oh vosotros, que según el instinto que he depositado en vosotros, tendéis a cada instante de vuestra vida hacia la felicidad, no contravengáis mi ley suprema. (...). Vuelve a mi, la naturaleza, yo te consolaré, te libraré de todos los miedos que te oprimen, de todas las inquietudes que te desgarran, de todo el odio que te separa del hombre(...)”.. En estas afirmaciones encontramos el fundamento de algunas de las posiciones que sostienen que el Derecho Penal no debe existir, que es una imposición de una clase en contra de otra.

Frente a la idea de Diderot, se levanta la posición, sin duda más correcta y basada en lo real, explicitada por Hobbes: “En lugar de considerar que la sociedad se debe a un impulso basado en la “simpatía”, hemos de verla, como el producto del mero impulso de dominación. Se fundamenta en el poder y sólo puede conservarse gracias a él.”<sup>3</sup>. Ante esta idea, sostiene Rousseau que el vínculo social no consiste en que ciertos individuos o grupos se enseñoreen sobre otros, pues ello lleva a la esclavitud, por más que las formas del gobierno aparezcan como civilizadas. “Esa esclavitud sólo desaparece cuando la ley en cuanto tal asume la guía y la dirección, de suerte que en el trato mutuo el uno no se somete al otro, sino que, en lugar de semejante servidumbre y obediencia, se da el sometimiento colectivo a la ley”<sup>4</sup>. Y continúa, “Sólo a la ley deben los hombres la justicia y la libertad” (...)<sup>5</sup>. Llegamos pues, a una coincidencia notable con el pensamiento de Kant, en su formulación del imperativo categórico<sup>6</sup>. Tema también desarrollado Rousseau al sostener: “El hombre es un ser demasiado noble para deber servir simplemente de instrumento a otros, y no puede empleársele de ninguna manera en lo que a uno le convenga, sin consultar al mismo tiempo lo qué le conviene a él mismo. Nunca está permitido deteriorar un alma humana en beneficio de otras”<sup>7</sup>.

Con lo señalado hasta ahora podemos remarcar algunas ideas importantes para entender cuál es el problema del Derecho, y más del derecho penal: a) los hombres se unen en una sociedad civil y

---

\* Catedrático Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires.

<sup>1</sup> En general se sigue lo afirmado en nuestra obra Derecho Penal, parte General, T<sup>o</sup>I, Rubinzal-Culzoni. Santa Fe – Buenos Aires, 2007, pag. 77 y ss.

<sup>2</sup> Diderot, Sociedad en la Enciclopedia, citado por Cassirer Ernst, Rousseau, Kant, Goethe, edición de Roberto Aramayo, Fondo de Cultura Económica, Madrid 2007, pag.126 y 127.

<sup>3</sup> Cassirer, Ernst ; La Filosofía de la Ilustración, 6<sup>o</sup> reimposición de la 3<sup>o</sup> edic. ,Fondo de Cultura Económica, México.. pag. 192/193

<sup>4</sup> Cassirer, La Filosofía de la Ilustración, cit. pag. 195

<sup>5</sup> J.J. Rousseau, Discurso sobre la economía política, OC III, pag. 249, citado por Cassirer, ob.cit. pag. 196

<sup>6</sup> “obra de tal modo que la máxima de tu voluntad siempre pueda valer al mismo tiempo como principio de una legislación universal Kant, Crítica de la Razón Práctica, Ak V, p.30 . y más precisamente en la segunda formulación del mismo, cuando afirma: “Obra de tal modo que utilices a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio” Kant, Fundamentación para una metafísica de las costumbres, Aviv, pag 429

<sup>7</sup> Rousseau, Julia o la nueva Eloísa, Quinta parte, carta 2, OCII, pag. 536, citado por Cassirer, ob.cit. pag. 198

luego en el Estado, y esto se trata de una idea y no de una experiencia<sup>8</sup>. b) En esa unión, necesaria, para que los fuertes no dominen a los débiles, es necesario el derecho, el respeto a la ley. c) esa ley no debe utilizar al hombre como medio para los fines de terceros.

## II. Derecho y coerción. La necesidad de que el Derecho sea positivo

El Derecho y facultad de coaccionar van estrechamente unidas, es más ambas son la misma cosa.<sup>9</sup> La potestad coercitiva es un elemento irrenunciable y válido a priori de todo derecho, pues como afirma Hoffe: “sin potestad coercitiva no se concibe un ordenamiento jurídico destinado a garantizar la convivencia en libertad”<sup>10</sup>. La coerción es necesaria y legítima, es “una forma de garantizar las leyes dictadas por el poder legislativo de allí su función estabilizadora del orden civil de la sociedad”.<sup>11</sup>

En palabras de Kant: “todo lo contrario a derecho (Unrecht) es un obstáculo a la libertad según leyes universales: pero la coacción es un obstáculo o una resistencia a la libertad. Por tanto, si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales (es decir, contrario al derecho (unrecht)), entonces la coacción que se le opone, en tanto que obstáculo frente a lo que obstaculiza la libertad, concuerda con la libertad según leyes universales: es decir, conforme al derecho (Rect.): por consiguiente, al derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción”<sup>12</sup>.

La coerción como esencia del derecho va junto a la idea básica de que el Derecho debe ser positivo (sólo aquel dictado por el legislador, y en sociedades democráticas, especialmente en el campo penal, sólo aquel dictado por el Congreso de la Nación, es decir el Poder Legislativo). El Derecho debe ser positivo ya que debe resolver los conflictos que se dan en la sociedad, pues “el hombre es lobo del hombre y el Derecho debe evitar la guerra de todos contra todos”<sup>13</sup>. El problema no está en la facultad de coaccionar, sino en la validez del derecho. La cuestión esencial, está en el contenido del derecho, que para nosotros no debe ser cualquiera, especialmente cuando se niega la dignidad del hombre. Las leyes en cuanto legítimas deben poder resistir al examen de la razón”<sup>14</sup>. El derecho está ligado de por sí con la facultad de ejercer coerción; pero esta coerción solo se justifica desde el propósito de oponerse y resistir a las intrusiones en la libertad de cada uno. La pregunta, entonces, no es tanto la validez de la coerción, sino sobre su legitimidad y la coerción será legítima en la medida que la acción de los hombres interfiera ilegítimamente en la libertad de otros; entonces, la coerción sólo es legítima cuando impide una injusticia.<sup>15</sup>

---

<sup>8</sup> Cassirer, La Filosofía... .cit. pag. 201

<sup>9</sup> Serrano Gómez, La insociable sociabilidad. El lugar y la función del derecho y de la política en la filosofía práctica de Kant, ob.cit.pag. 75

<sup>10</sup> Höffe, Otfried y KANT, Emmanuel, Biblioteca de Filosofía, Herder, Barcelona, 1986, pag. 202

<sup>11</sup> Serrano Gómez, ob.cit.pag.74. No habría problemas en hablar de la pena como forma de estabilización y de vigencia de la norma como tal.

<sup>12</sup> Kant, Metafísica de las costumbres, ob.cit., Principios generales del derecho, § D, pag. 40/41

<sup>13</sup> Welzel, Hans, Introducción, a la Filosofía del Derecho, Madrid, España, Editorial Aguilar, 1971 . pag. 120

<sup>14</sup> Hegel, Philosophie der Geschichte, nota 68, pag. 53, citado por Michael Pawlik, Hegel, Grundlinien, , La realidad de la libertad, dos estudios sobre la filosofía de Hegel, traducción de Jorge Fernando Perdomo Torres, Universidad Externado de Colombia, 2005.

<sup>15</sup> Hoffe, ob.cit.pag. 203

**A modo de síntesis:** El derecho, además de ser positivo, debe ser legítimo. Y será legítimo no sólo “cuando todas las personas sean reconocidas en sus derechos por las demás personas, sino cuando el reconocimiento recíproco de los derechos de cada uno por todos los demás descansa en leyes que serán legítimas en la medida que garanticen iguales libertades a todos, de suerte que la libertad del arbitrio de cada uno sea compatible con la libertad de los demás”.<sup>16</sup> Por lo tanto, no es pensable, un Derecho penal sin pena, así como no es pensable el derecho sin sanciones. La cuestión está en las exigencias para su imposición.

---

<sup>16</sup> Habermás.,ob.cit.pag. 94

## BIBLIOGRAFÍA:

CASSIRER, Ernst ; La Filosofía de la Ilustración, 6º reimpresión de la 3º edic., Fondo de Cultura Económica, México.

DIDEROT, Sociedad en la Enciclopedia, citado por CASSIRER, Ernst, ROUSSEAU, KANT, GOETHE, edición de Roberto ARAMAYO, Fondo de Cultura Económica, Madrid 2007

DONNA, Edgardo, Derecho Penal, parte General, TºI, Rubinzal-Culzoni. Santa Fe – Buenos Aires, 2006.

**HABERMAS, ob.cit.pag.**

HEGEL, Philosophie der Geschichte, citado por Michael Pawlik, Hegel, Grundlinien, , La realidad de la libertad, dos estudios sobre la filosofía de Hegel, traducción de Jorge Fernando Perdomo Torres, Universidad Externado de Colombia, 2005.

HÖFFE , Otfried y KANT, Emmanuel, Biblioteca de Filosofía, Herder, Barcelona, 1986.

KANT, Crítica de la Razón Práctica, Ak V.

KANT, Metafísica de las costumbres, citado por SERRANO GOMEZ,

ROUSSEAU, J, Discurso sobre la economía política, OC III, citado por Cassirer, ob.cit.

ROUSSEAU, Julia, La nueva Eloísa, Quinta parte, carta 2, OCII, citado por Cassirer, ob.cit.

**SERRANO GOMEZ, La insociable sociabilidad. El lugar y la función del derecho y de la política en la filosofía práctica de Kant,**

WELZEL, Hans, Introducción, a la Filosofía del Derecho, Madrid, España, Editorial Aguilar, 1971.