

FEUERBACH Y LA LIBERTAD: EL OBJETIVO DEL DERECHO PENAL LIBERAL

Por

SANTIAGO TRUCCONE BORGOGNO
Abogado (UNC)
Universidad Nacional de Córdoba-Argentina

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Penal 19 (2013)

“La igualdad en las situaciones personales provoca la igualdad de poder, y la igualdad de poder es la libertad no sólo de la república, sino de todo hombre”

JAMES HARRINGTON (1656)

RESUMEN: En este trabajo, se pretende realizar una lectura del pensamiento de Feuerbach para poder desentrañar el objetivo que perseguía con su obra. Asimismo se intentará explicar cómo la finalidad de la obra feuerbachiana se encuentra mejor defendido desde los ideales que se enmarcan en la filosofía política republicana, que con los de la liberal. Para ello, se analizará la histórica discusión sobre el concepto de libertad, tratando de ubicar a Feuerbach en alguno de ellos. Luego se explicará por qué el liberalismo no es especialmente bueno para cumplir el objetivo feuerbachiano y se propondrá en sustitución el ideal republicano para alcanzarlo. Para finalizar se explicarán las consecuencias que acarrea para el derecho penal seguir la filosofía política republicana.

PALABRAS CLAVE: Feuerbach; Derecho Penal Liberal; Dominación; Republicanismo.

ABSTRACT: In this paper, we will try to read the Feuerbach thinking. We'll try to discover his work objective. We are going to explain how the Feuerbach's objective is better defended from republicanism theory. We are going to analyzing the historical discussion about the freedom and we will place Feuerbach in one of them. After, we could explain why the liberalism is not very good to achieve the Feuerbach objective; and so, we propose the republicanism ideal. Finally we explain the republicanism theory consequence for criminal law.

KEY WORDS: Feuerbach; Liberal Criminal Law; Domination; Republicanism.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 1797 con tan sólo 22 años Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach escribe *Anti-Hobbes, o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del*

¹ Becario CIN-SECyT (2012-2013); Becario de Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.

ciudadano contra el soberano. Redacta este libro, con el fin de proponer medios para garantizar la libertad de los subditos en la comunidad. El autor creía que la libertad no podía ser alcanzada si los ciudadanos se encontraban a merced del soberano, bajo su dominio. Así, dedica numerosas páginas tanto a identificar los males que padecen las personas cuando tal circunstancia se da, como así también a proponer medios para evitarlo. Según palabras del propio autor, el objeto del mentado libro es *“el soberano que ofende a su pueblo, y el pueblo que se protege contra esta injuria”*¹. Sin embargo, a Feuerbach le interesaba esta relación entre los habitantes de una comunidad y el gobernante en lo relativo a los poderes y facultades que a cada quién le correspondían. En cuanto a los primeros, le interesaba analizar si le cabía y en qué ocasiones el derecho de resistencia a la autoridad. En tanto que en referencia al soberano, su preocupación estribaba en evitar que sus poderes sean de tal magnitud que los ciudadanos queden a su merced o dominio, debido al daño que aquel podría inferirle a éstos en esa circunstancia.

Este artículo, sólo se centrará en la segunda de las cuestiones, es decir, la referida al poder que queda en manos del soberano a los fines de organizar la sociedad. Como el derecho, y en particular el derecho penal, ocupa un lugar central entre los medios con los que cuenta el soberano para cumplir este fin, Feuerbach contrariamente a lo sostenido por teóricos de la época -como por ejemplo Hobbes² e incluso el mismo Kant³- intenta ponerle límites al poder del soberano, a los fines de garantizar la libertad y seguridad de los ciudadanos. Al autor le aterraba que éstos queden a merced o *dominio* de aquel. Creía que en tales circunstancias, los males que los ciudadanos podrían sufrir no

¹ FEUERBACH, P. J Anselm von (2010), *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano* [1797], Hammurabi, Bs. As. p. 85

² Feuerbach quiere construir un modelo de Estado que se le oponga al de Hobbes. Cita al mentado autor en Cap. VIII de *Cive* de la siguiente manera: *“Pues, ser soberano no significa otra cosa que ser señor de muchos. Si bien el bienestar de la nación es un deber sagrado del soberano, este deber es un mero deber de la bondad y no de la justicia”* (FEUERBACH, P. J Anselm von (2010), *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano* [1797], Hammurabi, Bs. As. p. 63).

³ Feuerbach se refiere a Kant sin nombrarlo en el capítulo primero de su libro cuando dice *“varios de nuestros filósofos modernos se pronuncian a favor de este poder ilimitado y de la obediencia incondicional sostenidos por el filósofo inglés, y en parte por la agudeza pero también por el peso de su nombre, la han atribuido a esa afirmación una sanción que de otro modo quizás nunca habría recibido”* (FEUERBACH, P. J Anselm von (2010), *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano* [1797], Hammurabi, Bs. As. p. 64). Sin embargo, es en la nota del capítulo III donde se opone a la tesis Kantiana de la posibilidad del soberano de cambiar la constitución de un estado ante la sumisión pacífica del pueblo: *“Kant, (en su Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, p. 178) denomina reforma a una modificación de la Constitución del estado realizada por el soberano (el legislador). Revolución a un cambio de la misma realizado por el pueblo. Considera que únicamente la primera es legítima. Según mi convicción, que expondré en la primera parte de este escrito, no es legítima una modificación o revolución unilateral de la antigua constitución ni por parte del pueblo ni del soberano. El pueblo y el soberano deben consentir una modificación semejante.*

podrían ser evitados. De ahí, que todo el moderno derecho penal liberal encuentre su finalidad en la puesta de límites al poder punitivo del Estado.

En este trabajo, se pretende realizar una lectura del pensamiento de Feuerbach para poder desentrañar el objetivo que perseguía con su obra. Asimismo se intentará explicar cómo la finalidad de la obra feuerbachiana se encuentra mejor defendido desde los ideales que se enmarcan en la filosofía política republicana, que con los de la liberal.

Para ello, en primer lugar se analizará la histórica discusión sobre el concepto de libertad, tratando de ubicar a Feuerbach en alguno de ellos. Segundo, se intentará desentrañar el particular objetivo del escrito del autor. Tercero se observará su propuesta ante el problema descubierto. En cuarto lugar se explicará por qué el liberalismo no es especialmente bueno para cumplir el objetivo feuerbachiano y se propondrá en sustitución el ideal republicano para alcanzarlo. Quinto se explicarán las consecuencias que acarrea para el derecho penal seguir la filosofía política republicana.

II. FEUERBACH Y LA DISCUSIÓN SOBRE LA LIBERTAD

En su escrito, Feuerbach erige a Hobbes como oponente. Tal decisión no fue para nada casual. La historia del pensamiento político de esos días giraba en torno al concepto de *libertad*. Tradicionalmente, la idea que de ella se tenía se enmarcaba en la *filosofía política republicana*. Se sostenía que uno es libre siempre y cuando su accionar no se encuentre a merced de otro. La libertad, para los republicanos, tenía que ver con la seguridad de que nadie pueda interferir arbitrariamente en el desarrollo de la vida. Para éstos, gozar de libertad era sinónimo de no estar sometido al dominio de ningún sujeto, ni siquiera del soberano. Razón por la cual, conceptualizaron a la libertad como *libertad como no dominación*. Idea que encuentra sus orígenes en la Roma clásica, principalmente en el pensamiento de Cicerón. Luego resurge en el Renacimiento con Maquiavelo; aunque sin embargo, los principales expositores de la tradición republicana fueron Harrington, Milton, Montesquieu e incluso Rousseau, claro que si se interpreta a su obra de un modo no populista.⁴

Usualmente se caracteriza a los republicanos como esencialmente antimonárquicos, sobre todo cuando la referencia es a su papel durante la guerra civil inglesa y tras las revoluciones norteamericana y francesa. Sin embargo sólo eran antimonárquicos en la medida en que consideraban que un monarca buscaría inevitablemente el poder absoluto y arremetería contra el tipo de libertad que ellos estimaban. Así, el republicanismo se vertió como un modelo jurídico centrado en los derechos, erigidos

⁴ PETTIT, Philip, (1999) *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós Bs. As. p. 38.

como valladares frente al poder absoluto.⁵⁶ Las leyes tienen un papel esencial en la teoría republicana, ya que así como crean la autoridad del soberano, también crean la libertad de los ciudadanos. Thomas Hobbes, en el siglo XVII fue quien por primera vez criticó tal idea. Este autor presenta la libertad no como ausencia de dominación, sino como *ausencia de interferencia*. Escribe: “*Es un Hombre Libre quien en aquellas cosas de que es capaz por su fuerza y por su ingenio, no está obstaculizado para hacer lo que desea*”⁷. Así, la libertad consistiría en ausencia de coerción, tanto física como aquella que tiene lugar a raíz de una amenaza. Este modelo de concebir la libertad, al decir de Philip Pettit (1999), llevó a Hobbes a argüir que el derecho es siempre invasor de la libertad de las personas, por benigna que se revele esta intromisión a largo plazo. Así, para el autor del *Leviathán*, el pueblo goza de libertad ante la ausencia de leyes, sólo cuando el derecho no se entromete. Con esa observación, Hobbes pudo ridiculizar la idea republicana de que en algún sentido el ciudadano de una república es libre, mientras que no lo es el de un régimen despótico. Para Hobbes, en ambos tipos de Estado, el sujeto tiene libertad en el mismo sentido: en el de no estar enteramente restringido por la ley.⁸ Toda ley, por tanto, se caracterizaba por ser igualmente invasora de la libertad.

De esta manera, Hobbes desafió la tradición republicana. Con su nuevo modo de entender tanto a la libertad como a la relación entre esta y el derecho, pudo defender con creces la legitimidad de los estados autoritarios. Pudo ponerlos al mismo nivel que las repúblicas. Sin embargo, la conceptualización hobbesiana de la libertad, es decir, entendida como ausencia de interferencia, en un primer momento no tuvo muchos seguidores. Sólo otro pensador, Sir Robert Filmer -autoritario también- se animó a decir que la libertad perfecta requería ausencia de leyes, “pues no hay ley, sino en la restricción de la libertad”. La noción de libertad como no interferencia tuvo que esperar hasta la revolución norteamericana para hacerse preminente. Se debe recordar que el debate sobre la independencia se dio en Estados Unidos debido a que el parlamento británico, gravó a los colonos con un impuesto sobre sus rentas. El impuesto no era en sí mismo significativo, sin embargo quienes comulgaban con la causa revolucionaria, no dudaron en tomar el ideal republicano de libertad, es decir como *no dominación*, para

⁵ *Ibid.*, p. 39

⁶ Tal pretensión, es precisamente la que tenía Feuerbach al contraponer su escrito al *Leviathan* de Thomas Hobbes.

⁷ HOBBS, Thomas (2004), *Leviatán [1651]*, Libertador, Bs. As p.145.

⁸ PETTIT, Philip, (1999) *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós Bs. As. p. 59.

argumentar en favor de sus pretensiones. Joseph Priestley, por ejemplo, en 1769 sostuvo que:

Por el mismo poder por el cual el pueblo de Inglaterra puede obligarlos a pagar un penique, puede obligarlos a pagar hasta el último penique de que dispongan. No tendremos otra cosa que imposición arbitraria por un lado y humilde petición del otro.

Para este autor, el hecho de que el parlamento de Gran Bretaña pudiera gravarlos arbitrariamente hasta sus últimos peniques, incluso aunque podría haber admitido que nunca iba a tomar una medida tan ridícula, era una prueba de la falta de libertad republicana⁹. Por el contrario, el punto de partida de quienes argumentaron en contra de la causa de la independencia americana, era el supuesto hobbesiano de que la libertad debe ser identificada con la ausencia de coerción. Así, según esta concepción toda ley restringe la libertad, razón por la cual, pudieron sostener que el poder supremo de un país libre protege la libertad de cada uno, pero sólo en la medida en que restringe la de otros. Conforme a su punto de vista, la restricción a la libertad que padecieron los norteamericanos era menor que el grado de libertad que se alcanzaba para el resto de las personas. Para John Lind, por ejemplo quien se identificó con la causa antirrevolucionaria, los sujetos británicos de las colonias norteamericanas, no eran ni más ni menos libres que los que residían en Gran Bretaña¹⁰.

En síntesis, la libertad entendida como ausencia de interferencia apareció por primera vez con Hobbes y Filmer, y alcanzó luego cierta popularidad en los escritos antirrevolucionarios opuestos a la independencia norteamericana. Hobbes utilizó el concepto de libertad como no interferencia para argumentar que los sujetos de su *Leviathan* no quedarían peor, en términos de libertad, que los ciudadanos de los regímenes republicanos. Esta idea, no era compartida por Feuerbach. Todo lo contrario, su interés estaba en justificar la existencia de mecanismos jurídicos para que los ciudadanos no queden a merced del soberano. Así, al referirse a la cuestión de la propiedad de los bienes de los ciudadanos, Hobbes hace al soberano propietario de los bienes de los súbditos: "*Tu dominio y tu propiedad es tan grande y perdura tanto tiempo como lo permita el soberano mismo*"¹¹. De este modo, el autor quería argumentar que tanto en un régimen autoritario como en un republicano, la propiedad de los súbditos dependía de la voluntad del soberano y que ambos modelos de Estado, poseían el

⁹ *Ibid.*, p.122.

¹⁰ *Ibid.*, p. 65.

¹¹ (Hobbes citado por FEUERBACH, P. J Anselm von (2010), *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano* [1797], Hammurabi, Bs. As. p. 173)

mismo valor. Feuerbach, por el contrario, creía que entre ambas clases de Estado existían diferencias significativas. Por ello defendía a las repúblicas -únicas donde podía tener lugar una sociedad civil-, donde a su juicio, los ciudadanos no estaban a merced del soberano. En este sentido, en referencia a la cuestión, sostuvo:

Si el estado fuese el verdadero propietario de todo el patrimonio en su territorio, la (aparente) propiedad de los súbditos no sería más que una gracia, una concesión del estado, un *precarium*, que a gusto y placer podría limitarse, robarse y destruirse¹²

Parece ser que, al menos en principio, la razón por la cual Feuerbach no estaba dispuesto a aceptar que los bienes de los súbditos sean de propiedad del soberano, se encontraba en el hecho de que, para él, la vida en libertad sólo se garantizaba si los súbditos no quedaban sujetos a la voluntad privada del soberano. Es decir, eran libres mientras no tengan que limitar sus decisiones debido a la arbitrariedad de alguna entidad. En una república, para Feuerbach, el dominio del soberano hacia los ciudadanos no era posible, ya que de ser así, las personas se encontrarían en un estado absoluto, tal y como propugnaba Hobbes en su *Leviathan*.

III. EL OBJETIVO DE FEUERBACH

Esta especie de descubrimiento realizado por Feuerbach, de los peligros que acarrea la construcción hobbesiana, es advertido una y otra vez en su escrito. El autor, al igual que los republicanos, pone énfasis en la importancia de evitar la interferencia arbitraria del soberano.¹³

El Capítulo VI¹⁴ del *Anti-Hobbes*, es donde Feuerbach presenta su oposición más ferviente a la tesis hobbesiana de la posibilidad de que los ciudadanos queden sujetos al dominio del soberano. Comienza recordando el objetivo del capítulo: "*Ahora trataremos*

¹² FEUERBACH, P. J Anselm von (2010), *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano* [1797], Hammurabi, Bs. As. p. 172.

¹³ En el capítulo VII, en la nota 65 Feuerbach cita a Hegemeister del siguiente modo: "*considero que una relación semejante (a saber, la dependencia incondicional) es jurídicamente imposible, y por ende, no puede haber en absoluto dependencia incondicionada de ninguna índole*". Recuerda que su fundamento es el siguiente "*los fines y deberes superiores prohíben, sin más, una sujeción semejante, en la cual los súbditos pueden ser usados arbitrariamente por el soberano como meros medios para sus fines discrecionales*". Sin embargo, Feuerbach, en la mentada nota arguye que "*este razonamiento fundamenta una imposibilidad moral pero no una imposibilidad jurídica*" (FEUERBACH, P. J Anselm von (2010), *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano* [1797], Hammurabi, Bs. As. p. 131). Por eso, sostiene que su construcción es más prominente a los fines evitar la dominación del soberano al ciudadano.

¹⁴ *Demostración directa de que el soberano puede ser coaccionado cuando viola el contrato de sujeción*. (FEUERBACH, P. J Anselm von (2010), *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano* [1797], Hammurabi, Bs. As. pp. 99-124)

de demostrar que ni la persona del soberano está por encima de toda coacción, ni tampoco la nación tiene el deber de obediencia incondicional¹⁵. Aquí, el punto central a debatir es el postulado de la obediencia incondicional. Feuerbach la negaba y por ello su interés en contradecir a Hobbes. No obstante tal negación reconocía un fundamento que va más allá de toda acción requerida a raíz de una orden del soberano. Al autor le molestaba la arbitrariedad y no creía, tal y como lo demuestra la siguiente cita, que los ciudadanos sólo puedan oponer un pedido de gracia ante las decisiones soberanas:

Si el soberano pretende violar a una virgen o quiere matar de propia mano a tal o cual súbdito, para quitarse un gusto, según esta teoría respetuosa de la humanidad [se refiere a la de Hobbes], sólo sería posible oponer al puñal del tirano apenas el *pedido de gracia*¹⁶.

Feuerbach descalifica tal teoría porque, para él, estar sujeto al dominio de un tercero o del soberano no permite que se pueda oponer ninguna defensa ante la decisión -arbitraria- de interferencia. Llevado al extremo, el traspaso de todo el poder al soberano, y la consiguiente asunción de una obediencia incondicional por parte del súbdito, hacen que aquel -a su antojo- pueda destruir la sociedad civil. O en palabras del mismo Feuerbach: De admitirse que el pacto de sometimiento confiere un sometimiento ilimitado a la voluntad del soberano, éste sería la voluntad general, y de este modo tendríamos en el soberano una persona cuya existencia sería contradictoria precisamente con la voluntad general y con la naturaleza de la sociedad civil¹⁷. El autor ve en esta teoría un oximorón, ya que si el regente posee un poder jurídico ilimitado, también tendrá el poder de querer la inexistencia de la sociedad civil y de su objetivo¹⁸.

En Hobbes, recuerda Feuerbach¹⁹, no se pueden considerar ninguna de las precisiones aquí propuestas, porque retiene por doquier su máxima de destruir todo reclamo de los ciudadanos al soberano. Los súbditos, le deben obediencia incondicional, y por tanto están sometidos a su dominio²⁰. Para Feuerbach: un poder semejante da por

¹⁵ FEUERBACH, P. J Anselm von (2010), *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano* [1797], Hammurabi, Bs. As. p. 99.

¹⁶ *Ibid.*, p.100.

¹⁷ *Ibid.*, p.105.

¹⁸ *Ibid.*, p.106.

¹⁹ *Ibid.*, p.106.

²⁰ Para respaldar esta afirmación, cita a Hobbes del siguiente modo "Así pues, es evidente que en todo estado bien logrado hay un hombre único o una asamblea o un senado, que, de acuerdo con el derecho, posee un poder tan grande sobre cada ciudadano como el que cada uno tiene para sí fuera del estado: es decir, un poder supremo o absoluto, que no debe ser limitado ni por las fuerzas de la ciudad ni por ningún otro elemento" (Hobbes, de Cive cap VI, en FEUERBACH, P. J

resultado un ladrón privilegiado o un verdugo, pero no un soberano; un dueño capaz de esclavos, pero no un regente.²¹ Así, nuevamente surge en el pensamiento feuerbachiano la preocupación por salvaguardar la libertad de los ciudadanos. Claro que entendida como no dominación desde que le interesa que las relaciones entre estos no sean análogas a las de un amo y un esclavo. Relación donde el segundo está sometido al arbitrio del primero. Aún si se está en presencia de un amo benévolo y nunca decide interferir con su esclavo, no se puede decir que el último sea libre.

A esta altura es difícil negar similitudes entre el objetivo feuerbachiano y la causa republicana de la no dominación, sin embargo, quizás el pasaje donde más claramente se observa esta relación es el siguiente:

Sé también por cierto que pueblos enteros de nuestro mejor mundo se postran en el polvo de la esclavitud; que hay súbditos que consideran su máximo honor ser esclavos reales, y su vergüenza más profunda el ser un ser humano libre. [...] ¡Pero llamemos a toda esta gente por su verdadero nombre! Aquí no hay ninguna sociedad civil, ni soberano, ni súbdito: aquí hay una masa de esclavos encadenado y un señor por encima de ellos.²²

Para el autor las sociedades donde los súbditos quedan sometidos a la voluntad del soberano, no merecen ser llamados republicas -sociedad civil, en términos feuerbachianos-, toda vez que en tales Estados no puede decirse que se respeta la libertad de aquellos.²³ Los súbditos pueden ver en cualquier momento coartada su autonomía. Feuerbach, demuestra de este modo que comparte con los republicanos su tesis central. Uno no es libre en tanto y en cuanto esté dominado por un amo. Para los republicanos, la condición de libertad se ilustra con el status de alguien que, a diferencia del esclavo, no está sujeto al poder arbitrario de otro. Por esta razón, sostienen que “*puede haber pérdida de libertad sin que se dé interferencia real de tipo alguno*”.^{24 25} Tal

Anselm von (2010), *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano* [1797], Hammurabi, Bs. As. p. 107

²¹ FEUERBACH, P. J Anselm von (2010), *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano* [1797], Hammurabi, Bs. As. pp. 107-108.

²² *Ibid.*, pp. 108-109.

²³ De opinión contraria es Hobbes, quien en el Cap. X de *Cive* sostiene: “*Debe ser descartada la opinión de quienes niegan absolutamente que sea un estado el que está formado por cualquier número de esclavos bajo un amo común*” (Hobbes, *de Cive*, en FEUERBACH, P. J Anselm von (2010), *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano* [1797], Hammurabi, Bs. As. p. 108)

²⁴ PETTIT, Philip, (1999) *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós Bs. As. p. 52.

²⁵ Recordemos que al contrario, los anti-revolucionarios norteamericanos sostenían que la medida impositiva del parlamento británico no afectaba la libertad de los colonos americanos,

y como reconoce Feuerbach en sus escritos, allí donde hay esclavos y señores, no hay sociedad civil. Allí donde los ciudadanos están sometidos al arbitrio del soberano, no hay libertad.

IV. LA PROPUESTA DE FEUERBACH

La propuesta de Feuerbach para evitar que los súbditos queden bajo el dominio del soberano, tiene que ver con la posibilidad de que aquellos se resistan ante las decisiones arbitrarias -correspondientes a la voluntad privada- de este. Admite el derecho de resistencia cuando el soberano actúa contra la sociedad civil. Sin embargo, cuando esto ocurre, la resistencia no es contra el soberano, sino contra un ciudadano con poder ya que aquel carácter se pierde cuando el soberano se aparta de los fines asignados en el contrato.

Para el autor en todo Estado existe una promesa del soberano que se funda en una necesidad moral de construir y conservar la sociedad civil. Sin embargo, sostiene, ese deber de base contiene un segundo deber, referido a crear todas las instituciones mediante las cuales el Estado pueda existir y conservarse. Sobre esta base, infiere que:

En consecuencia, resulta que el deber que nos exige instituir y sostener la sociedad civil, nos impone para la constitución de un soberano que hagamos jurídicamente posible la conservación del estado y de su objetivo también contra la posible voluntad privada de éste, imponiéndole una plena obligación al respecto y obteniendo un pleno derecho frente a él.²⁶

Feuerbach no quiere dejar a la sociedad sujeta a la libre decisión del soberano. Se compromete con la causa que pretende evitar que aquella quede bajo el arbitrio de este último. Cree que un poder semejante impide que los ciudadanos puedan oponer defensas ante la decisión del soberano de destruir a la sociedad civil. En estos casos, los ciudadanos sólo gozarían de la libertad que vivir en un Estado representa si el soberano quiere, ya que si esta no fuera su decisión, no existe oposición que aquellos puedan oponer. Sin embargo, la preocupación por la dominación, es decir porque los ciudadanos queden bajo el dominio del soberano es relevante para Feuerbach por el peligro que supondría para aquellos una interferencia del último. A diferencia de los republicanos no le preocupa la dominación en sí misma, sino la interferencia a que ella puede dar lugar.

debido a que la interferencia efectiva era mínima en razón de la libertad que generaba -para toda la ciudadanía- la medida tomada.

²⁶ FEUERBACH, P. J Anselm von (2010), *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano* [1797], Hammurabi, Bs. As. p. 108.

Quizás este sea el punto por el cual las tradiciones republicanas y liberales, ambas antiabsolutistas, tomaron senderos diferentes. No obstante, el punto siguiente sería descubrir por qué los pensadores identificados con el derecho penal liberal, el cual se construye a partir del objetivo feuerbachiano de evitar el dominio del soberano a los ciudadanos, utilice el concepto de libertad como no interferencia construido por Hobbes. Idea surgida precisamente para poder igualar a los Estados absolutos con las Repúblicas. Quizás la contradicción pueda ser explicada por dos razones. *La primera*, se debe a Jeremy Bentham, quién si bien fue un enemigo tanto de la Revolución norteamericana, como de la francesa, cuando su pensamiento se hizo más progresista, mantuvo su concepto de libertad entendida como ausencia de interferencia. E incluso dio un paso más, sostuvo que “*Lo que, bajo el nombre de libertad [con referencia al concepto republicano] resulta a tal punto magnificado como inestimable y sin par obra de la ley, no es la libertad, sino la seguridad*”²⁷. Sin embargo, esta crítica referida a la confusión entre medios y fines, pierde de vista que a los republicanos no le interesa la seguridad contra cualquier interferencia, sino sólo quiere hacer inaccesible aquella que se considera arbitraria. Sea como fuere, el concepto de libertad entendido como no interferencia, quizás olvidando los motivos que le dieron origen, caló hondo en los pensadores del *Common Law* comprometidos con la causa de la libertad.

La *segunda razón*, -y que para los fines de este trabajo adquiere mayor interés- tiene que ver con el mismo Feuerbach, quien luego de identificar el problema que plantea el modelo de *Leviathan* de Hobbes, mantiene en su defensa el mismo concepto de libertad que aquel autor. La razón por la que Feuerbach adscribe a la idea hobbesiana de libertad se debe a que en su preocupación por la dominación del soberano de los regímenes absolutos, pierde de vista un factor relevante para la vida en libertad. Al autor sólo le preocupaba la interferencia que podía tener lugar en los regímenes absolutos, pero sin embargo no presta mayor atención a la dominación en sí misma. Feuerbach no llega a identificar la pérdida de libertad que representa vivir en un régimen donde el libre desarrollo de las personas dependa del arbitrio de otro ente. Sin embargo en algún punto también lo intranquilizaba esta última cuestión, claro que sin llegar a hacer un abordaje minucioso. Tanto es así, que no vaciló en llamar esclavos a los ciudadanos de los regímenes absolutos²⁸. Para Feuerbach, tal pacto de sometimiento no podía existir en una república de ciudadanos. El autor veía el costo que acarrea que en tales situaciones

²⁷ PETTIT, Philip, (1999) *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós Bs. As. p. 70.

²⁸ FEUERBACH, P. J Anselm von (2010), *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano [1797]*, Hammurabi, Bs. As. p. 121.

los ciudadanos no tengan más remedio que obedecerle al soberano²⁹. Sostenía, al igual que los republicanos que quienes vivían en tales Estados no gozaban de libertad, en el sentido de estar dominados por el soberano.

Sin embargo, la diferencia de Feuerbach con los republicanos es relevante. Para éstos, la dominación es en sí misma causa de ausencia de libertad, en tanto que para Feuerbach, la dominación compromete la libertad sólo en el caso de que se dé la interferencia contraria al contrato por parte del soberano. Lo dicho, en definitiva, no es otra cosa que contraponer las tradiciones republicanas y liberal en lo respectivo a la libertad. No obstante, es importante destacar que Feuerbach, al contrario que otros teóricos liberales, ve un problema en la dominación. A Feuerbach no le interesa cualquier clase de interferencia, sino solo aquella contraria al fin del contrato y de la sociedad civil.³⁰ Así, si el soberano se comporta conforme a la voluntad general -o conforme a los fines del contrato- ninguna objeción se le puede oponer. Se estará en presencia de una república donde la interferencia del soberano hacia los súbditos tiene en cuenta los intereses de éstos y, al no ser arbitraria, no restringirá su libertad. Por el contrario, cuando actúe en contra de los fines del contrato, la interferencia será contraria a los ciudadanos, razón por la cual estos pueden resistirse. Feuerbach quiere evitar las situaciones donde los ciudadanos queden al arbitrio del soberano.

En definitiva el autor, no propone ningún objetivo diferente a los que pregonaron los republicanos³¹. Para estos, tampoco cualquier interferencia por parte del soberano es reprochable sino sólo aquella que no tiene en cuenta los intereses de los ciudadanos. Los republicanos llaman a esta clase de interferencia: *arbitraria*, en contraposición con aquella otra destinada a promover los intereses de los ciudadanos, que se conceptualiza como *no arbitraria*. Así, se erige un nuevo punto de contacto entre Feuerbach y los republicanos. El primero, cree que los ciudadanos gozan de libertad en los regímenes donde, en primer lugar no queden al arbitrio del soberano -en contra del modelo

²⁹ “Únicamente los esclavos pueden hacer una promesa semejante a su señor [se refiere a la obediencia incondicional], pero no los ciudadanos a su soberano” (FEUERBACH, P. J Anselm von (2010), *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano* [1797], Hammurabi, Bs. As. p. 123)

³⁰ “Mientras que la persona visible (a quién sólo en sentido impropio podríamos llamar soberano) actúe de modo adecuado a la voluntad indivisible de la sociedad y pruebe con sus acciones su voluntad soberana, se mantendrá por encima de cualquier responsabilidad y de toda coacción por parte de sus súbditos. Pero en cuanto actúe en contra de la voluntad general que los súbditos han declarado en el pacto de sometimiento y en el contrato civil, no estará actuando más como soberano y en razón de eso no podrá exigir ni obediencia ni inviolabilidad en relación con el acto constitutivo de la lesión” (FEUERBACH, P. J Anselm von (2010), *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano* [1797], Hammurabi, Bs. As. p. 116)

³¹ Aunque sí existe una diferencia en el acento que cada corriente le adscribe a cada uno de los problemas.

hobbeseano-; y segundo, cuando el soberano se comporta -según su modelo- conforme a los fines del contrato. Cuando esto no es así, es decir, cuando el soberano actúa de acuerdo a sus intereses privados y contrariando a los fines del contrato, los ciudadanos pueden resistirse a tal accionar. De lo contrario, se encontrarían dominados por aquel y, según sus propias palabras, no serían más que esclavos. En este punto es donde se evidencia la diferencia de enfoque entre ambas corrientes. Sin embargo esta segunda coincidencia, es la que da lugar a desacuerdos. Así, los republicanos sostienen que sólo existe libertad cuando los sujetos no se encuentran bajo la dominación del soberano. Cuando las interferencias arbitrarias no son asequibles. Si el soberano interfiere teniendo en cuenta los intereses de los ciudadanos no habrá menoscabo para la libertad. Pero cuando lo haga sin tener en cuenta, o conforme a sus designios privados, la interferencia será arbitraria. Al igual que para Feuerbach, sólo se es libre si existen remedios contra la interferencia arbitraria del soberano. Pero por el contrario, mientras que para Feuerbach el remedio es el derecho de resistencia, para los republicanos, lo es la inasequibilidad de la interferencia arbitraria. En otros términos, para ambos la dominación es preocupante. No obstante para Feuerbach sólo lo es por la imposibilidad de defensa en la que se encuentran los ciudadanos ante las interferencias arbitrarias del soberano; en tanto que para los republicanos, la dominación es motivo de censura en sí misma.

V. LA TRADICIÓN LIBERAL Y LA SOLUCIÓN REPUBLICANA

Los escritos posteriores a Feuerbach que, como él, querían combatir al Estado absoluto, no recuerdan el objetivo feurbachiano de evitar la dominación del soberano, al menos no lo colocan en un papel central. Prestan más atención en los males que pueden tener lugar en esos Estados, que en las causas que los ocasionan. Así, el análisis de Zaffaroni -por ejemplo- pone el acento en la justificación de derecho de resistencia, en los casos en que el soberano comprometa la libertad del ciudadano, con un accionar que contraría los fines del contrato civil³². Contrapone el modelo de Feuerbach al de Hobbes, donde tal resistencia no puede tener lugar porque los ciudadanos quedan sujetos al dominio del soberano. Zaffaroni, finaliza su comentario con la propuesta de evitar la dominación del soberano por medio del derecho de resistencia, pero no se plantea la cuestión de fondo, referida al compromiso que representa para la libertad, la dominación misma.

Ferrajoli, parece prestarle atención -al igual que Feuerbach- tanto a la dominación como a la interferencia arbitraria que de ella se deriva. Así, sostiene que "*Sólo las prohibiciones al igual que las penas, pueden ser configuradas como instrumentos de*

³² ZAFFARONI, Eugenio R. (2007), *El Enemigo del Derecho Penal*, Ediar Bs. As. p. 128.

*minimización de la violencia y de tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes*³³. Sin embargo, nuevamente pone el acento en las consecuencias que se derivan de la dominación. Al proponer que sólo pueda haber derecho penal allí donde los actos sean efectivamente lesivos, Ferrajoli deja de lado el tema de la arbitrariedad en la interferencia, para preocuparse por los males de la interferencia misma.

Roxín, por su parte al explicar el principio de legalidad, también busca ponerle límites a la potestad punitiva del estado “*para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de un intervención arbitraria o excesiva del Estado Leviathan*”³⁴. La construcción del autor también repasa en Feuerbach. Recuerda que la formulación clásica del principio de legalidad -*nullum crimen sine lege*- que genéricamente reconoce fundamento en el liberalismo político, es decir en la tesis de que sólo puede haber potestad punitiva allí donde haya una precisión legal de ella, en particular, se fundamenta en la tesis feurbachiana de la *teoría de la coacción psicológica*. Así, si el fin de la conminación penal consiste en la intimidación de potenciales delincuentes, la determinación psíquica que se pretende sólo se puede lograr si antes del hecho se fija en la ley cuál es la acción prohibida; porque si faltase una ley previa o esta fuere poco clara, no se podría producir el efecto intimidatorio. Asimismo, sostiene Roxín, que la teoría de la coacción psicológica se encuentra superada y que por tanto también la fundamentación a partir de ella, del principio de legalidad. No obstante, continúa diciendo, que si se complementa el aspecto intimidatorio con el aspecto positivo de la prevención general, la teoría de la pena resulta actualizada³⁵. El autor, nuevamente parece identificar el problema feurbachiano de la dominación. En primer lugar pregona que para que una conducta sea punible, debe estar tipificada previamente en la ley. Sin embargo, reconoce la insuficiencia de ese recaudo. No cree que los ciudadanos puedan gozar de libertad, es decir de tener la posibilidad de autodominarse, si la prescripción legal no es precisa. Para evitar la dominación del

³³ FERRAJOLI, Luigi (1995) *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, p. 466.

³⁴ ROXÍN, Claus (1997), *Derecho Penal: Parte General, T I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, p.136.

³⁵“*En efecto si la conminación e imposición de las penas también contribuye sustancialmente a estabilizar la fidelidad al Derecho de la población y en muchos casos a construir la predisposición a comportarse conforme a las normas, ello sólo es posible si hay una clara fijación legal de la conducta punible; pues si no la hubiera, el Derecho penal no podría conseguir el efecto de formación de conciencias del que depende el respeto a sus preceptos*” ROXÍN, Claus (1997), *Derecho Penal: Parte General, T I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, p. 146

soberano, ve la necesidad de adscribir también al principio de legalidad en la variante *nullum crimen sine lege certa*.³⁶

Parece que los autores liberales modernos, al menos los analizados, parten del pensamiento de Feuerbach, ponen el acento en la defensa de los ciudadanos ante las interferencias arbitrarias del soberano, y sobre todo en aquellas que tienen su origen en el derecho penal. Zaffaroni cree que debe haber remedios ante la decisión arbitraria del soberano de interferir en la vida de los habitantes de un Estado. Ferrajoli, no puede dejar de pensar en la defensa de los débiles ante los ataques arbitrarios de los fuertes. Roxín por su parte, no se conforma con una limitación previa a las potestades del soberano, sino que además requiere que ella sea certera. Que no puede quedar a su arbitrio la decisión de interferir o no en la vida de los ciudadanos. Así, parece que todos ellos creen que algo no está bien cuando los sujetos están sometidos al arbitrio de otro, con independencia de que este otro decida interferir o no en sus vidas.

Sin embargo, caen en la trampa hobbesiana. Recordemos que el concepto de libertad como no interferencia fue introducido por este autor para igualar los regímenes absolutos -donde los ciudadanos están a merced del soberano- a las repúblicas. Para Hobbes uno es libre siempre y cuando no se interfiera con la vida o la libertad de los sujetos. Así, si el soberano de un régimen absoluto es un amo benevolente que no quiere interferir, en ese Estado no habrá menos libertad que en una república debido a que no existe en ninguno de los regímenes -república o absolutismo- interferencia que limite la libertad de los ciudadanos. Los pensadores liberales modernos, han caído en la trampa. Han tomado el concepto de libertad de Hobbes y por tanto se han olvidado que el compromiso con la libertad no está en las interferencias arbitrarias que pueden tener lugar en la vida de las personas, sino en la arbitrariedad misma de la interferencia. Lo que compromete a la libertad, no es sólo la interferencia sino la arbitrariedad en la decisión de interferir. Uno no es libre cuando su vida puede ser limitada a gusto y placer del *dominus*.

La prescripción precedente es observada por los pensadores liberales, sin embargo la tarea de evitar la dominación del soberano a los ciudadanos resultará dificultosa mientras sigan adscribiendo a la construcción de libertad hobbesiana, es decir como no interferencia. Los republicanos, como se ha dicho, se oponen a tal construcción y pregonan que uno es libre sí y sólo sí no está bajo el dominio de alguien. Así, si la base de derecho penal fuese la libertad entendida en estos términos, es decir, como no dominación, los inconvenientes cesarían, no ya sólo en lo que respecta a la dominación del soberano, sino también a la que puede existir entre ciudadanos.

³⁶ Véase, por ejemplo BACIGALUPO, Enrique (1997), *Principios de Derecho Penal: parte general*, Akal, Madrid, pp. 75-77.

VI. CONSECUENCIAS PARA EL DERECHO PENAL ACTUAL

1. Evitar la dominación del soberano³⁷

Se ha dicho en este trabajo, que uno de los objetivos del liberalismo en general, y del derecho penal liberal en particular, es evitar la sumisión de los ciudadanos al soberano. Así, para esta corriente, el derecho penal es una interferencia mala en sí misma, pero que se justifica siempre que por su imposición se restrinjan las coerciones procedentes de otras direcciones y se disminuya el nivel general de coerción. Si el nivel de interferencia producido por el derecho es menor que el nivel de interferencia privada que el aparato estatal evita que se produzca, entonces, se dirá que los individuos gozan de libertad. En este sentido, la evaluación de las leyes penales desde este paradigma de libertad -es decir entendida como *no interferencia*- pierde la posibilidad de cuestionar ciertas instituciones que se presentan nocivas para el normal desarrollo de las personas.

La figura de Merodeo³⁸³⁹ (Art 98. Del Código de faltas de la Provincia de Córdoba) proporciona un claro ejemplo acerca de los costes que el paradigma de libertad hobbesiano no puede evaluar. Así cualquier interrogante sobre el costo que compromete adoptar la figura de merodeo para la libertad, en términos liberales, sólo admitiría una respuesta en términos de mayor o menor interferencia. En este sentido, entonces, la política adecuada sería aquella que esté orientada a reducir globalmente la interferencia que pueda tener lugar, tanto del derecho como del delito. Sin embargo, si se intenta evaluar la figura desde el paradigma republicano de libertad -*como no dominación*- es posible observar que el mayor grado de libertad como no interferencia posible, correspondiente al menor número de intervenciones por comisión de delitos y menor grado de intervención del derecho, puede ser compatible con altos grados de dominación.

Así, desde el paradigma liberal, si la interferencia que representa para los ciudadanos la figura de *merodeo* es menor al grado de libertad global, ningún reproche podría realizársele. Sin embargo los liberales, podrán decir que pueden cuestionar la figura de

³⁷ En este punto la idea central es de Romina Frontalini Rekers en su proyecto de tesis doctoral *Evaluación de los ámbitos de excepcionalidad material desde el ideal republicano: la figura jurídica del merodeo*.

³⁸ ARTICULO 98.- SERÁN sancionados con multa de hasta cinco Unidades de Multa (5 UM) o arresto de hasta cinco (5) días, los que merodearen edificios o vehículos, establecimientos agrícolas, ganaderos, forestales o mineros, o permanecieran en las inmediaciones de ellos en actitud sospechosa, sin una razón atendible, según las circunstancias del caso, o provocando intranquilidad entre sus propietarios, moradores, transeúntes o vecinos.

³⁹ No escapa a quién escribe el conocimiento referido a la polémica existente a las diferencias entre los delitos y contravenciones. Así, en este trabajo se acepta la tesis en que ambas clases de tipificación comparten una misma naturaleza y sólo existe entre ambas una diferencia en cuanto a su gravedad.

merodeo, desde el principio *nullum crimen sine lege certa*, debido a la alta vaguedad del precepto. No obstante, aun así su análisis debe centrarse sólo en los casos en que tal figura sea aplicada interfiriendo con la vida de las personas. Este paradigma no puede ver el costo para la libertad que ocasiona la existencia misma de una figura, en la que su utilización -por el alto grado de vaguedad que contienen sus términos- queda al arbitrio de quienes tienen la potestad de aplicarla⁴⁰. Por el contrario, los republicanos dirían que la libertad está en sí misma comprometida ya que se hace depender el arresto o no de los ciudadanos, de una decisión arbitraria de las agencias ejecutivas del estado. Éstos comprometen la libertad de los ciudadanos desde que tienen la capacidad de interferir de modo arbitrario en determinadas elecciones que los ciudadanos pueden realizar. El costo para la libertad que representa la existencia de la figura de *merodeo*, se encuentra en que el agente está en una posición en la que puede o no interferir según le plazca. Al menos hacerlo, en este caso, conforme a criterios muy laxos e indeterminados debido a la extensa vaguedad del término *merodear*. Los ciudadanos, por su parte, para evitar esta clase de interferencias, no tendrán más remedio que modificar sus modos de vida.

2. Evitar la dominación de los particulares

La dominación no sólo puede tener lugar desde el soberano hacia los ciudadanos, sino también entre estos últimos. Así, por ejemplo en referencia al medio ambiente es común que algunas entidades utilicen recursos públicos para obtener beneficios privados. Así, el caso del uso de cuencas hídricas para arrojar desechos industriales es un escenario común en el mundo de hoy. Cuando esto ocurre, es evidente que el ambiente se degrada. Si es así, las posibilidades de su utilización se reducen, o al menos se vuelven más costosas. En estos supuestos la entidad que se arroga el derecho a infligir el daño sobre el ambiente ejerce dominación sobre los afectados; estos viven, al menos en parte, a merced de esta entidad, puede molestarles o no, interferirles en sus vidas según les plazca⁴¹. La utilización del ideal republicano -*como no domiación*-, evita este tipo de conductas que limitan el número de opciones de utilización del ambiente al resto de los habitantes. La prohibición penal de realizar aquellas conductas que dañen la posibilidad de utilización del ambiente por parte de los demás seres

⁴⁰ Un análisis empírico sobre la aplicación del Código de Faltas de la Provincia de Córdoba puede verse en el informe realizado por investigadores de la UNC y UCC (Argentina) y UR (España) titulado *Promoción de derechos humanos en materia de código de faltas: relevamiento y análisis sobre la aplicación del código de faltas en la ciudad de Córdoba*. 2012. <http://es.scribd.com/doc/113366386/RELEVAMIENTO-Y-ANALISIS-SOBRE-LA-APLICACION-DEL-CODIGO-DE-FALTAS-EN-LA-CIUDAD-DE-CORDOBA>

⁴¹ PETTIT, Philip, (1999) *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós Bs. As. p. 183.

humanos encontrará su justificación e la salvaguarda del valor libertad de las personas, claro que entendido como no dominación. Incluso si tales acciones no afectaran a las generaciones presentes, la prohibición se justificaría si los actos que se prohíben, pueden lesionar las condiciones de vida de las futuras.

Esta justificación sobre los medios de salvaguarda del ambiente es concordante con una de las dos corrientes que tratan de darle explicación a los fundamentos de su protección penal, a saber el: *antropocentrismo*^{42,43}, postura según la cual la única razón para proteger el ambiente es la de su valor para el desarrollo humano.

No obstante, aún si se parte de esta justificación última, debe darse un respuesta a la pregunta referida a cuál es la razón axiológica que fundamenta que el ambiente sea erigido como bien jurídico objeto de protección, a los fines de evitar la dominación de algunos por sobre el resto de la humanidad. Las opciones son dos. Por un lado una concepción *autónoma* (o ecocéntrica), que entiende al medio ambiente como un bien autónomo digno de protección, pero donde la razón última de su protección son los intereses de los seres humanos; y por el otro una tesis que podría llamarse *dependiente*, la cual rechaza la erección del medio ambiente como un bien jurídico autónomo y considera que su protección no es más que una técnica de anticipación de tutela de los intereses personales.

Usualmente, se dice que ambas consideraciones del bien jurídico ambiente, corresponden a modelos diferentes de derecho penal. Uno, el que lo considera como un bien jurídico autónomo, llamado derecho penal asegurador del futuro; y el otro, que considera al ambiente como un bien jurídico *dependiente* de los intereses personales del sujeto en el caso concreto, que se correspondería con las estructuras del derecho penal liberal actual. Así, la salvaguarda de la libertad entendida como no dominación se identificaría con el primer modelo de derecho penal; donde el objetivo del derecho penal sería asegurar que las interferencias arbitrarias no sean accesibles. Se critica este punto por prescindir del principio de lesividad, es decir, de aquel que pregona que “*una conducta sólo es punible cuando existe un resultado tangible respecto del menoscabo de*

⁴² KINDHÄUSER, Ürs, (1996), *Derecho Penal de la Culpabilidad y de la conducta peligrosa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2008), *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, BdeF editres 2° ed. Bs. As.

⁴³ La otra corriente es el biocentrismo (JONAS, Hans (1995), *El Principio de Responsabilidad*. Herder Barcelona, p. 35) que sostiene que la biosfera y la naturaleza son entidades autónomas dignas de protección. En el campo de la dogmática penal la tesis biocéntrica no encuentra muchos sostenedores, desde que supone considerar al ambiente como entidad autónoma y por tanto sujeto de derecho. Ni siquiera Zaffaroni, que se enrola en esta tesis, tiene una postura totalmente biocéntrica, debido a que -para él- los comportamientos humanos deben ser respetuosos del medio ambiente, ya que ello es condición de supervivencia del género humano (ZAFFARONI, Eugenio R. (2012) *La pachamama y el humano*, Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, p. 134).

*un bien jurídico material, reconducible, a través de un nexo causal empíricamente verificable, a la competencia del dominio del agente en su esfera de acción más cercana*⁴⁴. Y que por el contrario, el modelo de derecho penal *asegurador del futuro* pregona “*una lesividad basada en riesgos genéricos o difusos, delimitados en virtud de estándares formales, o en producciones de efectos vinculados sólo en virtud de una causalidad estadística.*”⁴⁵

Sobre esta crítica, se deben esgrimir dos consideraciones. En primer lugar, que las dos conceptualizaciones precedentes respecto del principio de lesividad no son las únicas que pueden tener lugar respecto de él. En otros términos, es posible negar que la prohibición tenga en cuenta riesgos genéricos y difusos, y a su vez negar que una conducta sólo sea punible cuando menoscabe materialmente un bien jurídico personal. Esto, debido a que ambas expresiones sólo reparan en la interferencia que puede sufrir el agente dañado. La primera entiende que debe haber ley penal allí donde una acción dañe a un sujeto; y la segunda cuando ello sea probable. Así, este cuestionamiento basado en el principio de lesividad no contiene en sí mismo ningún inconveniente en pos de la salvaguarda de la libertad. Todo lo contrario, el principio de *lesividad*, al menos entendido en su versión liberal, impide que puedan existir remedios jurídicos para evitar la dominación de un agente sobre otro. Como el principio de lesividad liberal sólo permite que existan leyes penales allí donde haya un daño efectivo a terceros⁴⁶, no deja observar el daño a la libertad que acarrea que algunas personas estén a merced de otras, independientemente de que las últimas decidan interferir con las primeras o no.

Por otra parte, para los autores liberales, la recepción legal de delitos contra el medio ambiente es criticable desde que no se requiere, en su forma más usual de tipificación, que la acción en cuestión ocasione una lesión efectiva o ponga en peligro concreto al bien jurídico. Así, sostienen que las tipificaciones donde las acciones prohibidas son en sí mismas inocuas, -como sería el caso de los delitos de peligro abstracto- deben suprimirse⁴⁷. Tal crítica también es rechazable desde que no se puede sostener que las acciones que pueden ocasionar daños al ambiente sean en sí mismas inocuas. La circunstancia de que un agente cuente con la posibilidad de dañar o no al ambiente a su arbitrio es en sí nociva. Representa un costo para la libertad de los demás sujetos. Cuando el libre desarrollo de alguien queda sujeto al arbitrio de otro, no se puede decir

⁴⁴ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, (2002) “La Protección del Futuro y los Daños Cumulativos”, en RECPC 04-08 <http://criminet.ugr.es/recpc>. (última visita: 12-12-12), p. 10

⁴⁵ *Ibid.*, p.11.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi (1995) *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid p.466.

⁴⁷ *Ibid.*, p.79.

que la primera persona sea libre. Aún si el agente -por benevolencia- nunca decide interferir, es obvio que quien está en la posición subordinada está bajo el dominio de otro.

Este argumento, en el campo de la dogmática, no es del todo desconocido. Por ejemplo para Kindhäuser⁴⁸, la defensa de bienes jurídicos, significa la protección de principios para el desarrollo del individuo. Su menoscabo no sólo se produce cuando la sustancia del bien es atacada o puesta concretamente en peligro, sino también cuando hay una pérdida en su capacidad funcional. Para el autor, los bienes jurídicos son entendidos como medio de participación en la vida social. Así para garantizar las posibilidades de que los sujetos puedan vivir en libertad, la protección se debe extender también al *aseguramiento* de la posibilidad de disposición sobre dichos bienes.⁴⁹ Las tipificaciones en forma de delitos de peligro abstracto, entonces, tienden a proteger la *seguridad* de la relación entre el bien jurídico y su beneficiario. Es un resguardo necesario para que los sujetos puedan vivir en libertad.

La conceptualización análoga en términos republicanos, sostendría que los delitos de peligro abstracto tienden evitar que determinados sujetos puedan interferir arbitrariamente en la vida de otros, colocando a los segundos bajo su dominio. No obstante, si bien existen similitudes, hay una diferencia entre la construcción republicana y la de Kindhäuser. Este entiende que el peligro abstracto no afecta al bien jurídico mismo, en su forma o sustancias, sino a *la* seguridad con la que se puede disponer del bien. Los republicanos, por su parte, no pueden estar de acuerdo con esta última afirmación, ya que de ser así estarían dando crédito a la objeción de Benthan y Paley de que confunden medios con fines, seguridad con libertad. Para el republicanismo, el peligro abstracto afecta al bien jurídico mismo, desde que no se puede concebir relación alguna de este con el sujeto sin la seguridad de que su vida no será interferida arbitrariamente. El valor de la libertad, entendida como no dominación, se encuentra afectado con el sólo hecho de habilitar la posibilidad de interferencia al normal desarrollo de la vida de los sujetos, en este caso, su relación con el ambiente.

VII. CONCLUSIÓN

En este trabajo se ha pretendido analizar el pensamiento de Feuerbach en lo relativo a la relación existente entre el soberano y los ciudadanos. Se ha visto su preocupación por garantizar la libertad de los súbditos en su vida en sociedad civil. Se ha

⁴⁸ KINDHÄUSER, Ürs, (1996), *Derecho Penal de la Culpabilidad y de la conducta peligrosa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

⁴⁹ *Ibid.*, p.80.

argumentado, asimismo, como Feuerbach requería que los ciudadanos no queden a merced del soberano para poder desarrollarse personalmente. Y derivado de esa máxima su postulado de concederle al pueblo la posibilidad de resistirse a los designios del soberano, cuando él se comporta de manera diferente a la voluntad general.

Desde esta base, se ha analizado que la tradición política republicana no posea objetivos diferentes. Su interés estaba en evitar que los ciudadanos queden bajo el dominio del soberano. Sin embargo, con posterioridad, se ha observado que los pensadores liberales -particularmente los que se enrolan en el derecho penal liberal- han prestado más atención en los remedios que Feuerbach opuso a la dominación, que al problema que este quería evitar. Así, se han centrado en justificar, por qué, por ejemplo, los ciudadanos deben gozar de derecho de resistencia, o bien, en desentrañar los requisitos que necesita cualquier intervención estatal por medio del poder punitivo. Este descuido por uno de los problemas descubiertos por Feuerbach, es decir evitar que los ciudadanos queden a merced del soberano porque de este modo ven comprometido el normal desarrollo de sus vidas, llevó a que en la actualidad muchos problemas no puedan tener una respuesta satisfactoria desde el derecho penal liberal. Así, esta corriente, si bien ha podido crear herramientas para ponerle límites a las interferencias arbitrarias de otros entes -no sólo las provenientes desde el Estado-, no ha podido garantizar la libertad de los ciudadanos. Esto, desde que estar sujeto al dominio del soberano o de otro sujeto, compromete en sí mismo a la libertad. Esta observación fue advertida por Feuerbach, pero sin embargo tenía una mayor preocupación por las interferencias que, cuando tal posibilidad se encontraba habilitada, podían tener lugar. Los liberales sólo han prestado atención a este segundo problema y han descuidado el primero. Así, no pueden dar respuestas satisfactorias a los casos donde un ente domina a otro pero aún no se ha provocado la interferencia. Por esta razón se sostiene que el ideal republicano, es decir aquel que entiende que la libertad se garantiza sólo en caso de ausencia de dominación, es más satisfactorio para resolver ciertos problemas penales de nuestro tiempo. Toda vez que es posible la inexistencia de interferencias pero que, sin embargo, una persona vea restringida su libertad por encontrarse bajo el poder de otro (dominio).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, (2001) *Los fines del derecho penal: liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, Externado de Colombia, Bogotá.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, (2002) "La Protección del Futuro y los Daños Cumulativos", en RECPC 04-08 <http://criminet.ugr.es/recpc>. (última visita: 12-12-12)

- AA.VV. *Promoción de derechos humanos en materia de código de faltas: relevamiento y análisis sobre la aplicación del código de faltas en la ciudad de Córdoba*. 2012. <http://es.scribd.com/doc/113366386/RELEVAMIENTO-Y-ANALISIS-SOBRE-LA-APLICACION-DEL-CODIGO-DE-FALTAS-EN-LA-CIUDAD-DE-CORDOBA>
- BACIGALUPO, Enrique (1997), *Principios de Derecho Penal: parte general*, Akal, Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi (1995) *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid.
- FEUERBACH, P. J Anselm von (2010), *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano [1797]*, Hammurabi, Bs. As.
- HARRINGTON, James (1987[1656]), *La república de Oceana*, FCE, México.
- HOBBS, Thomas (2004), *Leviatán [1651]*, Libertador, Bs. As.
- JONAS, Hans (1995), *El Principio de Responsabilidad*. Herder Barcelona
- KINDHÄUSER, Ürs, (1996), *Derecho Penal de la Culpabilidad y de la conducta peligrosa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- KINDHÄUSER, Ürs, (2009), “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, en revista *Indret*, Barcelona. <http://www.indret.com/pdf/600.pdf> (última visita: 10-11-12)
- PETTIT, Philip, (1999) *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós Bs. As.
- PETTIT, Philip & John Braithwaite (1997), *Not Just Deserts*. Oxford University Press.
- PETTIT, Philip (2005) “Liberalismo y Republicanismo”, en Gargarella-Martí-Ovejero comp. *Nuevas ideas Republicanas*, Paidós, Madrid.
- ROXÍN, Claus (1997), *Derecho Penal: Parte General, T I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2008), *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, BdeF editores 2° ed. Bs. As.
- ZAFFARONI, Eugenio R. (2007), *El Enemigo del Derecho Penal*, Ediar Bs. As.
- ZAFFARONI, Eugenio R. (2012) *La pachamama y el humano*, Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires.