

# VALORES Y METODO JURIDICOS EN EL POSITIVISMO PENAL ALEMAN (\*)

ALESSANDRO BARATTA

## 1. IHERING Y LA ORIENTACION FINALISTA EN LA DOGMATICA PENAL ALEMANA

La Alemania de Guillermo II y de la República de Weimar muestran una acentuada teleología en el desarrollo de todos los perfiles de la teoría del delito; ello, recordamos, condice con una notoria tendencia general no sólo propia del pensamiento jurídico sino también de la entera cultura germana de la época.

Urge señalar de entrada, no más, para acotar así las reales dimensiones de este fenómeno, que dicha dirección teleológica insuflada a la dogmática criminal fue aportada sucesivamente por dos escuelas, divergentes aquí únicamente en el manejo de ciertos presupuestos filosóficos: la Escuela criminalística de von Liszt, inspirada —sabemos— en la filosofía del positivismo naturalístico, y la nueva Escuela penal fundamentada en la llamada *Filosofía de los valores*, de Windelband, Rickert y Lask (con Honig, Hegler, Grünhut, Schwinge, Zimmerl, Radbruch, Erik Wolf, y otros).

La dirección finalista de que hablábamos, así, encuentra en von Liszt una primera y ya clásica formulación en su

(\*) Capítulo de la obra *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1966, ps. 93-108.

ensayo sobre la teoría de los fines en el Derecho penal (1882) (1). Aquí se ve palmariamente superado el positivismo jurídico dominante, anclado en la exégesis filológica de la norma; asimismo, el *conceptualismo*, aferrado al método deductivo: superación obtenida a través de una construcción de los diversos institutos que consulta, integra al dato normativo, ahora con referencias a los sustratos *reales* (sociológicos y psicológicos) y a los fines del caso (los valores).

Este *programa* sería fielmente proseguido por los penalistas de corte *neokantiano*, en los cuales por cierto no falta la referencia explícita a la metodología *lisztiana*: Radbruch, por ejemplo, prolongó estas incancelables huellas de von Liszt y de su notorio “seminario criminalístico”. Todo este grupo de autores, a través de sus diferentes formulaciones programáticas finalistas —en un tiempo de grandes controversias críticas y metodológicas— alcanza quizás sus expresiones más influyentes hacia los años treinta; es decir, casi cincuenta años después de la aparición de la *Teoría de los fines* de von Liszt; promoviendo entonces una relación circunstanciada de las instituciones penales en las cuales el plano normativo terminaba por ser un punto de encuentro del dato *real* o subyacente (el “contenido criminal” de Grünhut) (2) con el dato *ideal (irreal)* de los valores, subordinante de las otras dos dimensiones.

De todos modos, no nos parece suficiente, para justificar la continuidad entre estas dos escuelas con subrayadas divergencias gnoseológicas, filosóficas e ideológicas, la consideración de la común raíz en Ihering; de quien, es cierto, emergen todas las tendencias teleológicas del pensamiento jurídico alemán a partir de la segunda mitad del siglo XIX, incluidos el movimiento civilístico de la jurisprudencia de

(1) Cfrar. la bella edición italiana al cuidado y con una introducción de Calvi, *La teoría dello scopo nel diritto penale (Civiltà del diritto, 4)*, Milán, 1962.

(2) Ver *infra*, apartado 5.

intereses y, ya menos directamente, el movimiento del Derecho libre <sup>(3)</sup>. Pero *El fin en el Derecho*, en el curso de sus ediciones <sup>(4)</sup>, no podía dejar de ser el mayor punto de referencia en toda la transformación de la ciencia jurídica alemana sucesora, convocando incluso al *lizztiano* “Programa de Marburgo”, que campea en todas las producciones —por de pronto en lo atingente a los problemas de método— neocriticistas.

Esta figura verdaderamente “poliédrica” de Ihering, hondamente enraizada en el pensamiento naturalístico <sup>(5)</sup>, y

<sup>(3)</sup> Esta corriente, claro, se orienta también, con su metodología, hacia la prevalencia jurídica de los “fines”. Acerca de la polémica antiformalista en Alemania desde inicios del siglo hasta 1930, puede verse el sustancioso ensayo de Schwinge, *Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft*, Bonn, 1930; sobre el finalismo alemán, las siempre actuales páginas de Renato Treves, *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto*, en la *Revista Internazionale di filosofia del diritto*, 1933, p. 545; cfrar. también F. Olgiati, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Milán, 1950; Caiani, *I giudizi di valore nell' interpretazione giuridica*, Pádua, 1954. Ya más recientemente, un completo análisis de esta problemática ha sido formulado, con particular referencia al Derecho penal, por Porzio, en su ensayo *Formalismo e antiformalismo nello sviluppo della metodologia giuridica moderna*, Nápoles, 1961-62 (separata del *Bolletino della Biblioteca degli Istituti Giuridici dell' Università di Napoli*, 1961, fasc. III; 1962, fasc. II), adonde desfilan instructivas observaciones sobre la orientación teleológica en la ciencia jurídica y sobre —también— las relaciones entre el pensamiento de Ihering y sus seguidores. Acerca del *rapporto* entre la *jurisprudencia de intereses* y la dirección teleológica en Derecho penal, ver el notable y autorizado ensayo de G. Bettiol, *Giurisprudenza degli interessi e diritto penale*, en la *Rivista Italiana di diritto penale*, 1938, ps. 386 y sigtes., asimismo, Engisch, *Interessen jurisprudenzen und Strafrecht*, en *Monatsschrift für Kriminalpsychologie*, 1934, ps. 65 y sigtes. Para las diferencias entre la jurisprudencia de intereses y el *teleologismo*, y entre aquélla y la Escuela del Derecho libre, ver el fundamental ensayo de Stoll, *Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz. Festgabe für Heck, Rümelin, Schmidt*, 1931, con vasta bibliografía.

<sup>(4)</sup> 1ª edición, Leipzig, 1877-84; 8ª edición, 1923.

<sup>(5)</sup> El significativo legado de Ihering al pensamiento naturalístico se ve reconocido por una calificada parte de la doctrina. Así, por ejemplo, Erik Wolf, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tubinga, 4ª edición, 1963, p. 622; Wieacker, *Ihering, eine Erinnerung zum 50. Todestage*, Leipzig, 1942; del mismo autor, *Gründer und Bewahrer*, Gotinga, 1959, ps. 197 y sigtes. Estos autores subrayan la acentuación naturalística del concepto de “vida” en la obra de Ihering (vg. Wolf, *op. cit.*, p. 646; Wieacker, *op. cit.*, p. 207). En Italia, se orienta en ese sentido la monografía de D. Pasini, *Saggio sul Ihering*, Milán, 1959.

tal como alguna vez se ha apuntado (<sup>6</sup>), ha derivado, conforme sus diversas épocas y obras, en tendencias no precisamente concurrentes. Así, en los textos de Ihering, dos generaciones de juristas han creído encontrar, con una u otra modalidad (leer “adentro” se explicita con la voz germana *hineinlesen*), las bases de sus propios programas científicos. Es que, bien sabemos, existe un Ihering positivista y otro... idealista. Sin embargo, los alcances de esta *aporía* no se desprenden fácilmente de sus ediciones. Así von Liszt, por ejemplo, cronológica y filosóficamente ligado al Ihering *naturalístico*, hallaba en los “fines” de Ihering el resultado de una operación cognoscitiva sobre la estructura del dato a través de la cual la realidad es reconocida como *necesidad* y el ser como deber ser; mientras tanto, el neokantiano Radbruch, por su lado, conduciendo el pensamiento de Ihering del conceptualismo al finalismo, extraía de todo ello el reconocimiento hacia un orden axiológico superior al ontológico, capaz de expresar, a través de la mediación del pensamiento, el sentido y correlación de todo ello (<sup>7</sup>).

Más allá de estas posibles contradicciones, los finalismos tanto *lisztianos* como neokantianos, arrancando de Ihering y por caminos de lenguaje diferentes, llegaban a mutuas concesiones como ser considerar el *fin* como el resultado de una operación intelectual sobre el dato objetivo: la necesidad, el valor, el “fin”, no se expresan, para el neokantismo (tampoco para von Liszt) desde la cosa misma. El dato óntico, aquí, en cuanto ajeno al pensamiento, es para ambas escuelas absolutamente neutro para el valor, y no po-

(<sup>6</sup>) Cfrar. RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 1948, p. 17 ( traducción al italiano al cuidado de Pasini: *Propedeutica alla filosofia del diritto*, Turín, 1958, p. 97). Radbruch, recordemos, consideraba a Ihering “noch im Positivismus befangen”. Distintas versiones acerca del significado de la obra de Ihering pueden, asimismo, verse en Landsberg, *Geschichte der Rechtswissenschaft*, Munich- Berlín, 1910, ps. 788 y sigtes; H. Lange, *Die Wandlungen Iherings in seiner Auffassung vom Recht*, Berlín, 1927; Piovani, *Introduzione a Ihering. La lotta per il diritto*, Bari, 1960; De Giovanni, *L'esperienza come oggettivazione*, Napoles, 1962, p. 281; Paresce, *Nota su Ihering*, en la *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, 1960, p. 769.

(<sup>7</sup>) Cfrar. RADBRUCH, *op. y loc. cit.*, también su *Rechtsphilosophie* cit., p. 114.

sea otra determinación que aquella, mecanicista, de la ley de la causa y del efecto.

Sin embargo, otro era, conforme nuestra impresión, el modo con el que recalaba el “fin” *iheringniano* en la realidad ontológica, no designando ni una alternativa ética o política subjetiva, sino más bien un corte objetivo de la realidad social, permanente y natural, con una energía que emana de la propia conciencia; una suerte de representación que, más allá de la época del primer tercio del siglo xx, resultaba adecuada a las exigencias ideológicas de la Alemania de Bismarck (8).

## 2. POSITIVISMO Y NEOKANTISMO

Es mérito de Welzel (9) el haber puesto de manifiesto la común actitud científica y empírica entre el positivismo naturalístico y el neokantismo; la común aversión, también, por toda metafísica, y la compartida exclusión de toda adhesión que no se reduzca al mecanismo causal, o que recaiga en los “caos de impresiones sensibles” (10), que sólo con la intervención del espíritu reciben forma y sentido.

La tendencia general del neokantismo, sabemos, incluso en sus diversas corrientes, a transformar la categoría de la sustancia en categoría de “relación”, fue en su momento claramente señalaba en la Italia de Treves (11). De los textos

(8) El tema de las relaciones entre Ihering y la realidad política de su tiempo y con la *Realpolitik bismarckiana* puede verse en D. Pasini, *Ihering e il suo tempo*, en *Jus* 1961, ps. 87 y siguientes.

(9) WELZEL, H., *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, p. 42.

(10) “So wie die Wirklichkeit uns zuerst gegenübertritt, bevor wir sie systematisch begreifen, ist sie überhaupt noch keine Welt, sondern eine Anhäufung von Bruchstücken oder ein Chaos. Erst indem wir ihre Teile ordnen, entsteht das was wir den Kosmos nennen”. Cfrar. Rickert, *Die Philosophie des Lebens*, 2ª edición, Tubinga, 1922, p. 14. Para otros aspectos de la obra de Rickert, ver Welzel, *op. cit.*, p. 43.

(11) TREVES, *Il diritto come relazione. Saggio critico sul neokantismo contemporaneo*, Turín, 1934, ps. 5 y sigtes. y *passim*.

siempre fundamentales de este autor surge además que entre la Escuela sudoccidental alemana y el formalismo ya gnoseológicamente más riguroso de la Escuela de Marburgo (Cohen y Natorp) existe una diferencia de gran relieve; que condujo a juristas próximos a la última escuela (vg. Stammler y Kelsen) a evitar —con un marcado formalismo normativista— tanto la correlación entre los mundos del ser y del deber ser como también toda referencia posible entre las nociones de “concepto” y “validez” del Derecho con la idea o el valor del llamado “Derecho justo”. Con ello, estos juristas del *nuevo curso* antipositivista y finalista, que a partir de los años veinte ya anunciaba las nuevas tendencias alemanas hacia el sustancialismo.

Por lo contrario, la posición más elástica que a este respecto guardaba la escuela sudoccidental sobre el problema de la realidad nouménica, permitía la referencia tanto de la realidad al valor como del valor a la realidad (*Sachbezogenheit* <sup>(12)</sup>); coadyuvando así a que los penalistas que abrevaron en sus cauces pudieran integrar el plano normativo a través de las síntesis sociológicas y valorativas (*teleologische Begriffsbildung*). Con esta manera de pensar se pudo superar al positivismo formalista e incluso a la construcción ideológica del parlamentarismo *weimeriano* (Laband y Jellinek), para arribar entonces a nuevas áreas de espíritu y hasta de exigencias políticas.

Desde este punto de vista, para quien observaba en la objetividad una realidad ordenada y orientada conforme una estructura lógica y axiológica comprensible sólo en la intuición de la esencia, la posición del neokantismo de la citada escuela sudoccidental no aparecía más que como “la doctrina complementaria del positivismo” <sup>(13)</sup>: “el kantismo completa la visión del positivismo con elementos integrativos que provienen de otra área, del ámbito de la irrealidad, dejando así el mero plano de lo real a ese positivismo, pre-

<sup>(12)</sup> Cfrar LASK, *Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre*, Tubinga, 1911, ps. 33 y 57; Radbruch, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 98.

<sup>(13)</sup> WELZEL, *Naturalismus...*, cit., p. 43.

cisamente; por ello, este último realismo empírico mal podía entrar en conflicto con el kantismo, en cuanto sus respectivos campos de indagación se encontraban en niveles diferentes" (14).

Sobre la base propugnada por Windelband, conforme la cual la reelaboración del criticismo kantiano está centrada en el concepto de "valor" (15) y en la existencia de una "conciencia normal" (16) como principio regulativo del pensamiento, de la voluntad y del sentimiento (en alternativa con el historicismo de Dilthey), presta a distinguir entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu (17), la filosofía de la escuela sudoccidental halla su sistematización más acabada en las obras de Rickert y de Lask, enderezadas, sabemos, hacia una *ciencia del valor* (18).

La tesis copernicana de Kant es así interpretada en cuanto acota al objeto y a su validez en relación al valor lógico de la verdad; de ese modo, el contenido lógico no depende, funcionalmente hablando, del objeto, no hay *verdades* sobre el objeto, mas éste sí depende del valor: su objetividad no pasa a ser sino el valor de la verdad (19).

Ya durante la fase de mayor fidelidad criticista de la escuela, que corresponde —aproximadamente— a la apari-

(14) *Ibidem*. El presupuesto dualista en la filosofía de Rickert es señalado por Federici, *La filosofía dei valori di Heinrich Rickert*, Florencia, 1933, ps. 18 y 92.

(15) Cfrar. *Präludien. Aufsätze und Reden zur Einleitung in die Philosophie*, Freiburg i. Bgr., 1884 (5ª edición, 1911); hay trad. italiana: *Preludi...*, Milán, 1947.

(16) Cfrar. sobre todo el ensayo *Was ist Philosophie?* (1892), en *Präludien...*, 5ª edic. cit., I, ps. 1 y sigtes.

(17) Cfrar. especialmente Rickert, *Naturwissenschaft und Kulturwissenschaft*, Tubinga, 1899 (2ª edic. ampliada, 1910); del mismo autor, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, Tubinga, 1902.

(18) Cfrar. LASK, *Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre*, cit., Rickert, *System der Philosophie*, Tubinga, 1921. Mayor información bibliográfica sobre los variados textos relativos a la filosofía de los valores de la Escuela sudoccidental alemana, puede verse R. Aron, *La philosophie critique de l'histoire*, 2ª edic., París, 1950, parte 2ª; y también Pietro Rossi, *Lo storicismo tedesco contemporaneo*, Turín, 1956, p. 149.

(19) Címe. FEDERICI, *op. cit.*, p. 25.

ción de la obra *El objeto del conocimiento* (1892) de Rickert<sup>(20)</sup>, en donde la trascendencia del valor equivale incluso a “trascendentalidad”, a momento común respecto todos los sujetos individuales<sup>(21)</sup>, a contenido a una “conciencia general”; en esa instancia se llegó a lo que se definiría<sup>(22)</sup> como la “ontologización del plano de los valores en un tercer reino de irrealidad”, en correlación con el mundo de los hechos en el desarrollo de Rickert. Como incluso ya se ha señalado<sup>(23)</sup>, ya se perfila además en esta primera fase una fundamental divergencia con Kant: el mundo de los valores deja de ser mera forma del pensamiento, para ahora aparejarse al mundo de las cosas, siquiera en un segundo plano de objetividad.

Se ha dicho, y no sin cierta razón<sup>(24)</sup> que estas perspectivas han provocado efectos negativos, terminando por llevar a la escuela sudoccidental hacia una suerte de historicismo relativista; determinando así que parte de los estudiosos próximos al movimiento, como Max Weber, pregonaran la necesidad de un retorno a las finalidades de la anterior metodología. Pero tampoco la pesquisa metodológica del propio Weber<sup>(25)</sup>, que por cierto representa el máximo esfuerzo en procura de una comprensión realista de la

(20) Cfrar. *Der Gegenstand der Erkenntnis. Ein Beitrag zum Problem der philosophischen Transzendenz*, Freiburg, 1892.

(21) RICKERT, *Der Gegenstand...*, cit., 2ª edic., Tubinga-Leipzig, 1904, ps. 142 y siguientes.

(22) Rossi, Pietro, *op. cit.*, p. 184.

(23) Cfrar. Rossi, P., *op. cit.*, p. 185. Como adecuadamente acota este autor, el abandono del punto de vista criticista y la tendencia hacia una “ontologización” se encuentran ya en *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung* (1899-1902); obra con la cual se puede considerar concluida la primera fase del pensamiento de Rickert, y en la cual se anuncia incluso el intento de superar las expectativas originariamente gnoseológicas para pasar a desarrollar ahora una *filosofía de la historia*.

(24) Cfrar. Rossi, *op. cit.*, ps. 206-7.

(25) Cfrar. especialmente *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tubinga, 1922 (2ª edic. al cuidado de Pietro Rossi: *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Turin, 1958. Sobre Weber, ver la fundamental monografía de von Schelling, *Max Webers Wissenschaftslehre*, Tubinga, 1934; asimismo, y sin perjuicio de una vasta literatura al respecto, Antoni, *Dallo storicismo alla sociologia*, Florencia, 1940, p. 123; Rossi, *op. cit.*, p. 273; Aron, *op. cit.*, parte IV. Estas obras, a su turno, remiten a diversos textos.

objetividad histórico-social dentro de las premisas del dualismo metódico neokantiano, termina por ofrecer una auténtica mediación dialéctica entre el momento económico y el momento espiritual; limitándose así a extrínsecas consideraciones que alternativamente explican un momento en base al otro, a través de la interpretación de concretos fenómenos históricos<sup>(26)</sup>. Con ello, entonces, no hemos fundado todavía una auténtica ciencia histórico-social que no esté amarrada a la bipolaridad inexcusable de que hablábamos, y que pueda presentar en cambio un verdadero “tipo ideal”<sup>(27)</sup>.

El finalismo, que estaba ínsito en la doctrina *weberiana* del “tipo ideal”, sería luego largamente utilizado por el pensamiento de Radbruch en torno a la “construcción jurídica”; para la misma, el elemento de los *finés*, en su relativa tipicidad, para ser la matriz del proceso lógico, a través del cual la conducta de vida (*Lebensverhältnis*) se transforma en tipo ideal y finalmente en instituto jurídico<sup>(28)</sup>. Esta teoría, pensamos, representa el máximo esfuerzo en el pensamiento de Radbruch —y, en general, dentro de las metodologías neokantianas— tendiente a superar, mediante la doble relación entre del hecho al valor (principio de la *Wertbeziehung*) y de la determinación del valor respecto al hecho (principio

(26) Cfrar. el ensayo *Die “Objektivität” sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer-Erkenntnis* (1904), que ahora forma parte del “Gesammelte. . .” cit., donde la relevancia de lo económico respecto del estudio de los factores históricos se estudia no en sí misma sino precisamente a través del doble fenómeno de recíprocas influencias con los fenómenos culturales; en conformidad con ello, son examinados tanto los fenómenos “económicamente relevantes” (por ejemplo la religión en cuanto pueda influir en el desarrollo económico) como los “económicamente condicionados” (vg. la dirección del gusto artístico en una época determinada). De tal metodología deriva, en concreto, una cierta “reversibilidad” en cuanto a la explicación de la historia; la misma se advierte en las obras de Weber, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus* (1904-05) y *Agrarverhältnisse im Atertum* (1909) en las cuales, y respectivamente, la explicación de que hablábamos se da desde el elemento cultural como —después— desde el enfoque de la estructura económica. Sobre esta alternativa *weberiana* y su manera de superar el mecanicismo marxista, vide especialmente la citada obra de Schelting.

(27) Cfrar. el ensayo *Die “Objektivität” . . .* cit., trad. italiana, p. 8. Para la concepción de Weber acerca del “tipo ideal” ver, p. e., Pfister, *Die Entwicklung zum Idealtypus*, Tübinga, 1928, y el ya citado estudio de Schelting.

(28) Cfrar. Radbruch *Die Natur der Sache als juristische Denkform* cit.

de la *Stoffbestimmtheit*, principio de la “natura del fatto”), el abismo escavado por el dualismo metódico entre el mundo de los hechos y el mundo —que pasaba a ser estático— de los valores (29).

### 3. EMIL LASK Y EL METODO DE LA CIENCIA JURIDICA

El puente entre la relacionada filosofía de los valores de la escuela sudoccidental y la ciencia jurídica alemana de la primera década de nuestro siglo está representado por la figura de Emil Lask, ciertamente el mejor dotado de la citada escuela. Provisto de profundos conocimientos jurídicos, Lask adelantó ya con su *Filosofía jurídica* aparecida en 1905 (30) los lineamientos de una peculiar y propia metodología para la ciencia del Derecho, que convocaría a multitud, incluso, de juristas neokantianos.

Ya en su *Lógica*... (31) Lask, prosiguiendo con las enseñanzas de Rickert, había gestado las bases de una filosofía neokantiana del Derecho, al alargar —como hizo— el horizonte de la lógica de la doctrina de las categorías del conocimiento del mundo sensible a la doctrina del conocimiento del mundo irreal que es el mundo de los valores (32); por otro lado, además, construyó la doctrina de la *especificación de los significados* (*Bedeutungsdifferenzierung*) y la de la *dirección objetiva de los valores* (*Hingelten*), que así ofrecía para la teoría teleológica del Derecho un aporte singularmente precioso, recogido, y quizás mejor que por nadie, por el propio Radbruch (33).

(29) Cfrar. Radbruch, *Vorschule*... cit., ps. 19 y sigtes.

(30) LASK, *Rechtsphilosophie*, en *Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts*, *Festschrift Kuno Fischer*, Heidelberg, 1905, vol. II, ps. 1 y sigtes. Las obras de Lask, incluso las aquí citadas, han sido todas recogidas en el volumen *Gesammelte Schriften*, al cuidado de Herrigel (Tubinga, 1923, 3 vols.). Sobre Lask, puede verse también la reciente monografía de Siegers, *Das Recht bei Emil Lask*, Bonn, 1964.

(31) *Die Logik*... cit., ps. 19 y 99.

(32) *Ibidem*, p. 57.

(33) Cfrar. Radbruch, *Rechtsidee und Rechtsstoff*, en los *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, XVII, 1923-24, ps. 343 y sigtes.; *Rechtsphilosophie* cit., p. 98. También, nuestra monografía *Natura del fatto e diritto naturale*, en la *Riv. Int. Fil. del diritto*, 1959, p. 226.

Con su citada *Filosofía jurídica*, Lask, con pleno conocimiento de las consecuencias para la disciplina jurídica, transportaba la teoría *rickertiana* de la “formación conceptual precientífica” (34) al estudio del objeto de la ciencia del Derecho (35); ello abría, así, el camino hacia una superación de la dogmática jurídica del positivismo formalista.

La metodología aplica el general punto de vista copernicano según el cual la realidad es producto de síntesis categoriales, que serán determinadas por cada ciencia en particular. Empero, precisa Lask, el objeto de las ciencias culturales ya es de por sí un producto del pensamiento humano en su característica manera de pensar el mundo en referencia a los valores; se trata de un mundo ya “semifabricado” (*Halbfabrikat*), un mundo ya referido a los significados culturales (36). Y así, el investigador ve “en los acontecimientos de la historia universal, en los fenómenos jurídicos, políticos y económicos, otros tantos productos de la formación conceptual propia de las ciencias culturales”. Por otro lado, “tampoco podrá dicho observador dejar de reconocer que dichas disciplinas, simultáneamente, se van constituyendo, acumulativamente, precisamente por esos avatares preliminares a su científica actividad” (37).

Es importante la consecuencia que de todo ello se sigue: objeto de la crítica metodológica no será sólo la función científica sino también la *precientífica*; no sólo la formación conceptual científica sino también la preliminar relacionada. De allí que objeto de toda estas operaciones, que en rigor es la *crítica metodológica*, resulta también, y directamente, la “realidad cultural” (*Kulturwirklichkeit*) del Derecho (38). Como último esfuerzo de este dualismo metódico, se pro-

(34) Cfme. Rickert, *Die Lehre der Definition*, Freiburg, 1888 (3ª edición, 1929); sobre el método jurídico, ver 3ª edic. cit., ps. 32 y sigtes.

(35) *Rechtsphilosophie* cit., ps. 29 - 30.

(36) *Ibidem*, p. 29.

(37) *Ibidem*, p. 29.

(38) *Ibidem*, p. 30.

pugnarán dos modos de considerar a la realidad jurídica: como dato sociológico (*realer Kulturfaktor*) o bien como dato normativo.

Sobre esta inteligencia, Lask procura hallar y convalidar la distinción entre filosofía jurídica y ciencia social operada en Jellinek, Kistiawski, Hold von Ferneck: objeto de la ciencia jurídica y de la crítica metodológica es, pues, aquel “complejo de significados, más precisamente de significados normativos” (39) que son el resultado de una extrapolación de la estructura de las normas sociales respecto de los otros factores que determinan el sistema de una sociedad: “el Derecho en sentido social vale como hecho cultural, y el Derecho en sentido jurídico vale como complejo de significados pensados” (40).

Transportado este resultado teórico al terreno de la metodología y al de la interpretación jurídica, arribamos así a la teoría de la doble valoración: por un lado, la constitución del objeto de la ciencia jurídica (las instituciones, las costumbres y las leyes), y por el otro la relación entre los hechos y los valores, precientífica, sí, pero de inmediato remodelada por el pensamiento crítico de los juristas; que estudian así ese tránsito de la constitución del objeto y su axiología, hasta llegar al plano normativo que se impondrá a la comunidad.

#### 4. GUSTAV RADBRUCH Y ERIK WOLF

Las orientaciones precedentes ya asoman en la *Introducción a la ciencia del Derecho* (1910) de Radbruch y también en los *Lineamientos fundamentales en la filosofía del Derecho* (1914), del mismo autor (41): dos libros que, escritos bajo la directa influencia de Lask, pasarían a ser de

(39) LASK, *op. ult. cit.*, p. 31.

(40) *Ibidem*, p. 31.

(41) Cfrar Radbruch, *Einführung-in die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1910, ps. 143 y sigtes.; *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1914.

los más señeros dentro de la dirección finalista jurídica alemana; en las posteriores teorías del propio Radbruch acerca de la *construcción jurídica* y de la *interpretación*, formuladas a través de reediciones de las obras citadas y de nuevos ensayos, se mantendría esta teleología que estamos relacionando (<sup>42</sup>).

En esta orientación de Radbruch se enrola también la doctrina penal de la culpabilidad de Erik Wolf (1928) (<sup>43</sup>), que llevó a puerto la elaboración más profunda de las premisas de la Escuela sudoccidental, impostando su finalismo hacia la dogmática criminal. Los frutos de detenidas lecturas de textos de Rickert y una adhesión al dualismo metódico campean en la obra de Wolf, sin perjuicio de las incipientes influencias ya de Husserl y de su *Logische Untersuchungen* (<sup>44</sup>).

A través de toda esta metodología la referencia al valor se ve concretada en dos momentos, respecto de la "realidad cultural" del Derecho penal. El primer momento consiste en la selección y la organización dogmática de los elementos de esa *realidad*, que por cierto conduce a la individualización de varios bienes jurídicos y encuentra su principio finalista (el valor) en la idea de *Estado* (<sup>45</sup>). Con ello Wolf lleva su teleologismo ahora más allá del relativismo de

(<sup>42</sup>) Cfrar. *Rechtsphilosophie* (1932) al cuidado de Erik Wolf cit., p. 210. Para la noción de Radbruch sobre interpretación jurídica ver *Arten der Interpretation*, en *Recueil d'études sur les sources du droit en honneur de F. Gény*, 1934, II, ps. 217 y sigtes. La obra de Radbruch ha, por cierto, despertado interés en Italia; vg., Palazzolo, *La filosofía del diritto di Gustav Radbruch*, en *Archivio della cultura italiana*, 1941, fasc. II. Ya más recientemente, M. A. Cattaneo, *L'ultima fase del pensiero di Gustav Radbruch: dal relativismo al giusnaturalismo*, en la *Rivista di filosofia*, 1959, p. 62; también, la introducción de Pasini a la *Propedeutica alla filosofia del diritto* cit. y a la *Introduzione alla scienza del diritto*, Turín, 1958, y nuestro ensayo *Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruch*. Entre los textos penalistas que más han ahondado el finalismo de Radbruch inspirado en la filosofía de los valores de la Escuela de Baden, ver *Zur Eystematik der Verbrechenlehre*, en *Festgabe für Frank*, 1930, Bd., I.

(<sup>43</sup>) *Strafrechtliche Schuldlehre*, cit.

(<sup>44</sup>) *Ibidem*, p. 13.

(<sup>45</sup>) *Ibidem*, ps. 113 y sigtes.

Radbruch. Para quien los valores, en vez de concentrarse en ese Estado, aparecen éticamente escalonados; siendo el Estado, en cambio, un centro de imputación normativo pasible de una sucesiva evolución<sup>(46)</sup>. Se comprende así, y muy bien, como Wolf, al intentar superar el relativismo de Radbruch, negara la doctrina de la delincuencia “por convicción”, la cual presuponía (a los fines de la calificación criminal del delincuente y de la cuantía de la pena) una valuación subjetiva extraña —y hasta a veces contraria— al sistema de valores impuesto por el Estado<sup>(47)</sup>.

El segundo momento finalista en la elaboración científica del Derecho es, siempre según Wolf, aquel propio del *sistema*, cuya coherencia deriva de una estructura normativa en la cual las leyes y los bienes jurídicos (es decir, los elementos formales y materiales de la juridicidad) se integran al valor supremo, a la *verdad*: “tanto en la formación conceptual propia del Derecho penal como en la de la ciencia del Derecho penal, debemos vincular las realidades con los valores. Realidades y valores que ya hemos visto: es el mundo natural de la vida comunitaria que debe ser referido —para que se produzcan los valores jurídicos— al valor del *Estado*, constitutivo, sabemos, del *Derecho penal*. La idea de estos valores como de ‘debe ser’ crea así, junto con los bienes, las normas jurídicas y, consecuentemente, los conceptos e instituciones propios del Derecho criminal; esas dos esferas de actuaciones —bienes y normas—, en suma, brindan las finalidades en nuestra materia, y revelan la insuficiencia de la disciplina en cuanto quiera prescindir, para su edificación, de estos dos parámetros radicales en Derecho y ciencia del Derecho penal”<sup>(48)</sup>.

(46) Cfrar. Radbruch, *Rechtsphilosophie* cit., p. 211.

(47) Cfrar. Erik Wolf, *Verbrechen aus Uberzeugung, Recht und Staat*, Tübinga, 1927. Este ensayo de Wolf se halla, recordamos, en abierta polémica con la monografía de Radbruch, *Der Uberzeugungsverbrecher*, en ZStW, 44, 1924, ps. 34 y sigtes.

(48) *Strafrechtliche Schuldlehre* cit., ps. 122-123.