

# Leyendo a Hegel como un agnóstico penal

## *Reading Hegel as a Criminal Agnostic*

**Eduardo Baker**

*PUC-Rio, Brasil*

*eduardo\_bvp@yahoo.com.br*

**Resumen:** Este texto presenta una lectura novedosa de la teoría de Hegel acerca de la sanción penal al leerla como una teoría agnóstica de la pena, principalmente a partir de su *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*. El texto explora la aplicación de lecturas contemporáneas de Hegel, como las de Bates y Žižek, a su teoría del delito y de la pena e investiga aspectos poco explorados de esa teoría. El trabajo demuestra cómo las contradicciones internas del análisis de la punición en el texto de Hegel pasan a formar parte de todo posible concepto o imposición de la sanción criminal. El texto dirige su atención al tratamiento dado a la punición en la sección ‘Derecho Abstracto’, valiéndose también de otros textos de Hegel como apoyo, y finalmente propone una reflexión acerca de los impactos de la lectura propuesta en las secciones posteriores del texto de Hegel, principalmente la ‘Vida Ética’.

**Palabras clave:** Hegel, filosofía del derecho, teoría de la pena, agnosticismo penal, derecho penal, criminología.

**Abstract:** This article presents a new reading of Hegel’s theory of punishment, based mainly on his *Outlines of the Philosophy of Right*, by reading it as an agnostic theory of punishment. The article explores the use of contemporary interpretations of Hegel’s *corpus*, as in Bates and Žižek, in reading Hegel’s theory of crime and punishment, as well as underexplored aspects of said theory itself. The text shows how the internal contradictions in Hegel’s treatment of punishment text are assimilated into any possible concept or application of punishment. The text centers around the analysis of punishment in the section ‘Abstract Right’, making use of Hegel’s other texts as support in the proposed reading, and concludes with a reflection on the consequences of the text’s reading in the latter sections of Hegel’s text, notably in ‘Ethical Life’.

**Keywords:** Hegel, philosophy of law, punishment theory, penal agnosticism, criminal law, criminology.

## I. Introducción

Este texto propondrá una lectura de la teoría de la punición en Hegel como una teoría agnóstica o, más precisamente, como una teoría deslegitimadora del concepto de aplicación de la pena<sup>1</sup>. En este sentido, el texto no se ocupa de hacer una exegesis correcta o más cercana a la supuesta intención original del autor, sino que es un intento de explorar las posibilidades abiertas por Hegel, sobre todo en sus *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* (en adelante, “*Fundamentos*”).

En líneas generales, en la doctrina penalista, Hegel es clasificado como uno de los adeptos de la teoría absoluta de la pena, sea en manuales jurídicos (Masson, 2020, p. 263), sea en monografías especializadas (Puig, 1982, p. 26)<sup>2</sup>. En la literatura filosófica especializada, parece no haber un consenso<sup>3</sup>. Por ejemplo, Merle empieza su análisis del texto de Hegel haciendo referencia a por lo menos seis interpretaciones distintas de lo que sería la “verdadera” teoría de la punición en la obra del filósofo: teoría mixta, prevencionista, reformadora, retributiva, parcialmente preventiva, o teoría pura de la prevención. Pero también señala la aparente prevalencia de la interpretación retributiva (Merle, 2009, p. 108).

Brooks presenta una versión distinta cuando dice que “[e]l consenso ortodoxo es que Hegel era un retributivista” (Brooks, 2017, p. 203), pero afirma que dicho consenso se basaría en un error por no emplear un abordaje sistemático en la comprensión de la punición en Hegel.

Considerando nuestra intención, no vamos a analizar la manera en que los penalistas manejan la teoría de Hegel, ni tampoco haremos una revisión detallada de los intérpretes preocupados por una lectura más correcta de sus textos (aunque vayamos a recurrir a muchas de esas contribuciones mientras exploramos la obra de Hegel). Este texto no se ocupará de uno de los debates centrales para la interpretación de la punición en Hegel, el de su carácter retributivo o no retributivo, sino de las posibilidades de lectura de Hegel que el texto del filósofo crea, aunque sea una lectura de Hegel *contra* Hegel<sup>4</sup>.

Como indicaremos, los poco numerosos pasajes en los cuales Hegel trata del fundamento y funcionamiento del derecho criminal en su obra, principalmente en sus *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, no constituyen un todo muy coherente. A través de una investigación de las fisuras e incompatibilidades de la lógica interna del pensamiento de Hegel acerca de la punición, este texto propondrá una versión hegeliana de la teoría agnóstica de la pena o una lectura agnóstica de la teoría de la pena en Hegel.

El *crimen o delito* aparece en la parte final de la primera sección de los *Fundamentos* bajo el título “Derecho Abstracto”<sup>5</sup>. Antes de llegar a este punto, ya en el prólogo, Hegel había ubicado la filosofía del derecho en el contexto general de la filosofía y definido el término “derecho”. Una exposición detallada de esta parte introductoria escapa del alcance más restricto del presente trabajo. Empero, es importante tener en cuenta que, según Hegel, su propuesta no es la de presentar una filosofía del derecho de un Estado o mundo ideales, sino explorar lo que sería el derecho en el mundo concreto del que formaba parte. Ese no sería un rasgo exclusivo de su filosofía del derecho, sino una característica de su filosofía en general: “por ser [la filosofía] la *averiguación de lo racional*, precisamente por eso es la *compresión* de lo *actual* y de lo *real*, y no la exposición de un *allende* que sabe Dios dónde habría de estar” (Hegel, 1993, p. 57)<sup>6</sup>.

Partiendo de tal constatación, Hegel identifica el derecho con la libertad: “el sistema del derecho es el reino de la libertad realizada” (Hegel, 1993, §4); o “derecho es cualquier existencia que sea existencia de la voluntad libre” (Hegel, 2008, §29)<sup>7</sup>. El desarrollo de los *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, por lo tanto, es el desarrollo de la noción de libertad a través de las instituciones del derecho, empezando por el llamado derecho abstracto. A diferencia de la vida ética, donde se inserta la discusión acerca de la administración de justicia como parte de la sociedad civil, en el derecho abstracto todavía estamos en el plano de la voluntad que se piensa a sí misma sin una base común. Mientras que en la sociedad civil tenemos un sujeto inmerso en un contexto sociohistórico que conforma su manera de pensar y actuar en el mundo, en el derecho abstracto, Hegel parte del nivel más abstracto: el de la persona, y cómo ella, por sí misma, puede ejercer su libertad en el mundo.

Reconocer esta distinción es importante, pues ello significa que la primera reflexión de Hegel acerca del crimen y de la punición ocurre en un espacio ausente de un sistema de justicia. No es un abordaje del crimen y su punición según los procesan los tribunales o jueces, sino una aproximación al crimen y a la punición como conceptos. Empero, esto no significa, como se podría suponer a primera vista, que Hegel sostiene una noción de crimen “natural” anterior a la moralidad, a la sociedad civil y al Estado. Él establece la diferencia entre una anterioridad lógica, la que está presente en el texto, y una anterioridad ontológica. Ello se expresa de manera no muy directa en el texto de los *Fundamentos*: “los momentos cuyo resultado es una forma ulteriormente determinada le preceden como determinaciones conceptuales en el desarrollo científico de la idea” (Hegel, 1993, §32A). Y en una formulación más comprensible en su comentario al §408 del tercer volumen de la *Enciclopedia*:

Somos conscientes de que la vida ética es la fundación del derecho y de la moralidad, y también de que la familia y la sociedad civil con sus diferenciaciones bien ordenadas ya presuponen la presencia del Estado. Pero, en el desarrollo filosófico de la vida ética, no podemos empezar con el Estado, pues en el Estado la vida ética se desdobló en su forma más concreta, mientras que en el comienzo es algo necesariamente abstracto. (Hegel, 2007, §408Z)

Por lo tanto, lo que Hegel analiza es los conceptos abstractos de crimen y punición que, aunque estén basados en la vida ética, son presupuestos lógicos para la comprensión de la misma. Una consecuencia de este razonamiento es que el surgimiento del Estado no supera o sustituye a los conceptos anteriores, sino que los incorpora. Esto lo debemos tener en cuenta cuando tratemos de la administración de justicia en el interior de la sociedad civil. Sin embargo, antes debemos comprender lo que es puesto y problematizado en la discusión sobre el crimen y la punición en el derecho abstracto.

## **II. El crimen y el pasaje del derecho abstracto a la moralidad**

El crimen es la tercera y más grave forma de injusto o ilícito (*Unrecht*). Después de explicar los conceptos de propiedad y contrato, Hegel explora cómo la negación del derecho puede ocurrir en el ámbito del derecho abstracto. El punto común es que, en los tres casos, tenemos un “derecho que recibe la forma de una *apariencia* en cuanto que derecho *particular*” (Hegel, 1993, §83).

Con respecto a las dos primeras formas –el injusto sin malicia y el fraude– Hegel ofrece pocos párrafos. El injusto sin malicia es un juicio simplemente negativo. La disputa es solamente acerca de “la *subsunción* de la cosa bajo la propiedad del uno o del otro” (Hegel, 1993, §85). Por ejemplo, la persona A alega que una porción de terreno es suya y no de la persona B, que actualmente tiene la cosa bajo su posesión. Las dos personas aceptan el derecho universal (en este caso, la propiedad y el hecho de que ambas son personas capaces de poseer), pero no están de acuerdo acerca de la correcta interpretación y aplicación de ese derecho al caso concreto.

En el fraude, hay una apariencia de derecho en sí producida por el arbitrio de una de las personas involucradas: “lo universal rebajado por la voluntad particular al nivel de algo apenas aparente” (Hegel, 1986, §87). Una formulación más precisa es presentada en las notas personales de Hegel al manuscrito del texto: “el aspecto subjetivo de mi voluntad, ello es para mí justo, no va contra la voluntad (particular) del otro, sino contra el derecho en sí y contra la cosa” (Hegel, 1993, p. 323). También en ese caso lo universal es reconocido como un valor. Las partes afirman la validez del derecho, aunque esa afirmación resulte de la apariencia parcialmente fabricada por el arbitrio de una de las

personas en relación. En la lectura de Tunick, Hegel sostiene que, en el fraude, se niega la existencia de un parámetro para juzgar el acto que no sea la voluntad particular de las personas involucradas (Tunick, 1992, p. 27).

En otras palabras, en los dos casos (en el injusto sin malicia y en el fraude), la integridad (aunque aparente) del derecho se mantiene. Esa afirmación debe ser comprendida a la luz del concepto de derecho que Hegel había presentado y de su discusión acerca de la propiedad. Una vez más, los detalles de su construcción escapan al objetivo más restringido de este texto, pero es posible retomar lo que habíamos presentado en la sección anterior. El derecho es la manifestación de la libertad en el mundo. La propiedad es una de las manifestaciones de la libertad.

Al cometer un ilícito no malicioso o inducir a alguien a alguna cosa, el sujeto todavía reconoce externamente que aquel con quien se relaciona es una persona que ejerce su libertad a través del ejercicio de derechos. Si yo declaro que una cosa es mía y no de otra persona, todavía reconozco que ella es alguien que puede tener algo, alguien que puede expresar su libertad a través de la propiedad. Solo puedo inducir a una persona a entregarme una cosa que es suya, creando en ella la ilusión de que la cosa es mía, si presupongo que la persona se ve a sí misma como alguien capaz de poseer y de transferir su propiedad. En ambos casos, quien comete el ilícito *lato sensu* no niega que haya un espacio común de derecho que lo conecta a su interlocutor. Aun cuando en el fraude sea posible argumentar que esta noción es menos evidente, pues Hegel declara que la vulneración no es de la voluntad particular involucrada en la transacción, sino de una voluntad universal.

En este sentido, no nos parece muy adecuada la defensa de Brooks de que el delito en la sección ‘Derecho Abstracto’ sería el no reconocimiento del derecho (Brooks, 2017, p. 213) y, por lo tanto, “esta visión del delito no es única y es fundamental a cualquier otra forma de ilegalidad justificada, incluidas las violaciones de contratos en el derecho privado” (Brooks, 2017, p. 212). En el caso del derecho abstracto el delito se distingue de las otras dos ilicitudes descritas por Hegel.

En el delito hay un cambio cualitativo en la forma a través de la cual el derecho no es respetado. En el primer párrafo de la sección acerca del delito, Hegel introduce el concepto de coerción. El derecho es la realización de la libertad en el mundo. En el derecho abstracto, eso ocurre a través de la propiedad. A través de la propiedad, la voluntad es depositada en una cosa exterior a sí. En lugar de permanecer cerrada en sí misma, la voluntad se manifiesta en una existencia positiva exterior (Hegel, 1993, §90). Al externalizarse, la voluntad ahora puede ser el objeto de una fuerza también externa.

La voluntad pasa a ser pasible de sufrir una coerción. No podemos olvidarnos de que las cosas externas no son únicamente los bienes materiales. El propio cuerpo de la persona es algo externo a la voluntad. No es la persona quien deposita su voluntad en el mundo externo, sino la voluntad que se deposita a sí misma en las cosas del mundo, incluso en la propia persona.

En este momento, sería posible pensar que Hegel estaría listo para definir el delito. El delito sería esa coerción. Empero, el filósofo hace un recorrido que podría parecer innecesario, pero que es fundamental para nuestra comprensión de las posibilidades del concepto hegeliano de delito. Para llegar al concepto de delito, Hegel establece una diferencia entre el acto de coerción y el acto de sufrir una coerción. La persona que realiza el acto de coerción y la persona que lo sufre son ambas personas libres en la relación intersubjetiva de coerción. En las palabras de Hegel: “Únicamente puede ser sometido a alguna coerción aquel que se *quiere* dejar *someter a coerción*” (Hegel, 1993, §91).

La afirmación debe ser leída dentro del alcance limitado del derecho abstracto. En ese momento, el derecho como encarnación de la libertad aún es un acto aparentemente unilateral. La fuerza es ejercida en contra de un objeto externo y la persona solo sufre la coerción mientras su voluntad permanece depositada en aquel objeto. Puesto que la voluntad siempre puede retornar a sí misma, solamente hay coerción si aquella voluntad se aferra a aquella exterioridad. La formulación que Hegel presenta en sus *Lecciones de Heidelberg* expresa bien esa idea: “quien es *coaccionado* es, en este sentido, coaccionado conforme su voluntad” (Hegel, 1995, §42). Esa noción, empero, no cambia el hecho de que esa violencia o la coerción son ilícitos.

Quien coacciona [a alguien] siempre comete un ilícito, aunque aquel que es coaccionado [también] comete un ilícito al permitirse ser coaccionado. Como voluntad libre, la voluntad debe ser respetada, por el otro, en su existencia, en la medida en que existe para el otro. (Hegel, 1995, §43Z)

Con la presentación de este escenario, el delito y la punición emergen como una deducción lógica de la propuesta teórica de Hegel. La coerción actúa en contra de una voluntad libre sujetándola a sí, aunque con su acuerdo. Eso solo es posible si tenemos dos voluntades libres. Un animal o una piedra no pueden practicar la coerción o ser objeto de una coerción, pues, según Hegel, no tienen lo que él comprende como una voluntad.

La coerción es la negación de la voluntad. Tenemos un acto que tiene como resultado la negación de una cosa que presupone: la voluntad. No es la simple intención de negar

la voluntad. Por esa razón, Hegel tuvo que, antes, detallar que solo hay coerción si la voluntad se deja coaccionar. Si la voluntad retorna a sí, simplemente no habría coerción. Si ella no retorna, hay coerción y, por lo tanto, no hay voluntad como voluntad libre, pues la coerción la ha negado.

Esa contradicción exige una resolución. La respuesta es una nueva coerción ejercida en contra de la primera. Una segunda coerción, lógicamente necesaria, que sublima (*aufheben*) a la primera<sup>8</sup>. Solamente con esa segunda coerción es que la primera coerción se vuelve delito. Hegel afirma que “[la] primera coerción ejercida como fuerza por el ser libre que viola la existencia de la libertad en su sentido *concreto*, el derecho como derecho, es el *delito, juicio negativo-infinito*” (Hegel, 1986, §95). La formulación en las *Lecciones de Heidelberg* complementa esa definición: “Delito es cualquier forma de coerción a través de la cual el principio de la voluntad es atacado y el derecho es vulnerado como derecho” (Hegel, 1995, §45).

Una lectura de esos párrafos que no acompañara el camino anterior de Hegel podría crear la incorrecta impresión de que el concepto de crimen sería solamente la primera coerción. Algunos lectores establecen una distinción entre el concepto de delito y el concepto de punición (Schild, 2004, pp. 159 ss.) y otros, a los que nos sumamos, trabajan los dos momentos como una unidad (Quante, 2004, pp. 17 ss.). En sus *Lecciones*, Hegel parece adoptar la distinción entre delito y punición. Empero, el camino lógico trazado por el filósofo para llegar hasta ese punto nos lleva a concluir que el concepto de delito no es solo la coerción que viola el principio de la voluntad. Sin la segunda coerción no existe el concepto de delito. Sin la segunda coerción, la contradicción interna no se resuelve y el concepto no se desarrolla. En ese sentido, podemos afirmar que el delito es un momento en un concepto más amplio que incluye su respuesta, la punición (lo que analizaremos más adelante).

Esta hipótesis es corroborada por la aproximación que hace Hegel entre el delito y el juicio negativo infinito. En el §173 de su *Pequeña Lógica*, Hegel ejemplifica dicho tipo de juicio: “Ejemplos del último son: ‘el espíritu no es un elefante’, ‘un león no es una mesa’, etc. Propositiones que son correctas pero estúpidas [absurdas<sup>9</sup>]” (Hegel, 2017, §173). El delito presenta la misma fórmula pues niega la voluntad como voluntad libre, mientras la voluntad es la propia libertad. En las palabras de Vieweg, el criminal “no respeta ni la voluntad de los otros, ni el universal, no respeta ni el lado subjetivo ni el lado objetivo de la legalidad” (Vieweg, 2020, p. 82).

Por ejemplo, si yo tomo la propiedad de alguien como si fuera mía, yo afirmo que aquel derecho hasta ahí existente (derecho que es la encarnación de la voluntad libre en

el mundo externo) no era y no es derecho, no desde un punto de vista particular, como en el caso el ilícito no malicioso, pero desde un punto de vista universal.

Un problema que surge es que no es lógicamente posible que aquel derecho no sea derecho, pues no es lógicamente posible que la voluntad no sea voluntad –que la voluntad libre no sea voluntad libre–<sup>10</sup>. Por eso, el crimen es una aserción absurda. Sin embargo, solo lo es en cuanto existe, conceptualmente, una respuesta, la segunda coerción. Por eso, en el texto de 1802-1803 acerca del derecho natural, Hegel ya señalaba: “Así pues, la pena equivale a la restauración de la libertad” (Hegel, 1980, p. 57).

Empero, la entrada en escena de la pena no resuelve el problema creado por la primera coerción. Para Hegel, esto todavía no puede ser comprendido como una justificación de la pena, pues todavía no sabemos exactamente lo que se niega a través de la pena y lo que esa negación produce. Hegel establece una diferencia entre dos lados del delito. Como negación de la voluntad de la víctima, es algo negativo, no tiene ninguna existencia positiva. Por lo tanto, no es ese el elemento negado. La pena no niega el aspecto negativo del delito. Lo que niega la pena es la existencia positiva del delito: la voluntad particular de la persona que lo cometió. Hegel es explícito en este punto:

La *voluntad particular* del delincuente es la existencia del delito. (Hegel, 1993, p. 345)

La *existencia positiva de la vulneración* existe sólo como voluntad particular del delincuente. La vulneración de esta voluntad en cuanto existente es por tanto la superación del delito, *que de otro modo sería válido*, y es el restablecimiento del derecho. (Hegel, 1993, §99)

La consecuencia directa de tal afirmación es que la pena es, por lo tanto, un derecho de la persona que ha practicado la primera coerción y no un derecho de la persona que la ha sufrido. La segunda coerción actúa sobre la voluntad del agente de la primera coerción, por lo que es en esa voluntad que se afirma el derecho, o sea, la libertad. Esa voluntad que se había manifestado en el mundo como una contradicción, como una voluntad libre afirmando la inexistencia de otra voluntad libre, un derecho afirmando la inexistencia de un derecho, al ser accionada por la segunda coerción se presenta como de hecho es: como voluntad libre. Sin esa reacción, sin la pena, esa voluntad no es voluntad libre.

Hegel afirma lo mismo en otras palabras en el §46 de las *Lecciones*:

Como los criminales son agentes racionales, está implícito que sus acciones son una cosa universal y que establecen la *ley* que reconocieron en ellos [como válida] para ellos mismos. Ellos pueden, por lo tanto, ser subsumidos bajo el modo de acción que ellos establecieron, de hecho ellos *deben* [ser] subsumidos bajo ello... (Hegel, 1995, §46)

El pasaje citado, y el párrafo correspondiente en los *Fundamentos* (Hegel, 1993, §100), es tradicionalmente interpretado como una exposición del consentimiento tácito que el criminal daría a la pena. Según Wood,

Mi declaración se aplica más directamente no al derecho del otro (pues el otro no participó en la declaración), pero, al contrario, a mi propio derecho. Por lo tanto, el delito es un acto de consentimiento para que alguien invada mi propia esfera de libertad en la misma medida en que yo invadí la esfera de la víctima. (Wood, 1990, p. 15)

Sin embargo, hace poco vimos cómo Hegel había declarado que el delito es un juicio infinito negativo. Si el acto criminal declara un juicio lógicamente absurdo, sin sentido y sin relación, ¿cuál sería la ley afirmada y que podría ser aplicada al criminal? Hasta la llegada de la figura de la voluntad particular del criminal como existencia positiva del delito, la pena pura y simple aparecía como una segunda coerción en respuesta a la primera. No había, por lo tanto, una incoherencia lógica.

Cuando percibimos que ese juicio negativo infinito presenta una ley, la situación se vuelve más complicada, pues ya vimos que el delito no niega aquel derecho particular, sino el derecho como derecho. Esta sería la ley afirmada. En el caso del derecho particular, un juicio simplemente negativo (Hegel, 1995, §173Z). En el análisis del fraude, esa dificultad no se presenta. La ley que la persona A presenta es que la propiedad no es de la persona B. La aplicación de esa ley a la persona A significa que la propiedad no es de la persona A. El silogismo se cierra, pues no hay ningún impedimento lógico para que A dé su consentimiento explícito o tácito a ese tipo de afirmativa. En caso del delito, no.

Si el delito niega el derecho como derecho, si el delito niega la voluntad libre como voluntad libre, si niega que la persona B es un ser libre que actúa en el mundo externo encarnando su voluntad en objetos, no hay técnicamente una ley implícita respecto de la cual la persona A pueda consentir que se le aplicara a su propia persona, pues lo que está en juego no es la restricción de un derecho particular, sino el consentimiento sobre la negación del derecho como derecho, del derecho en su universalidad. No parece posible que la persona B consienta esa afirmación, pues, como ya estudiamos, esa afirmación es un absurdo lógico para Hegel; absurdo que llevó a la necesidad de la segunda coerción.

Esa lectura se refuerza si observamos el debate que Hegel propone acerca de la transmisión de la propiedad. En el §65, el filósofo afirma que es posible transmitir mi propiedad “únicamente en tanto que la cosa es por *su naturaleza algo exterior*” (Hegel, 1993, §65). No son alienables, empero,

aquellas determinaciones sustanciales (así *imprescriptible* el derecho a ellas) que constituyen lo más propio de mi persona y la esencia universal de mi autoconciencia, como mi personalidad en general, mi universal libertad de voluntad... (Hegel, 1993, §66)

El comentario que Hegel hace al §66 no deja espacio para dudas:

El derecho a lo que es en esencia inalienable es imprescriptible, pues el acto por el que yo tomo posesión de mi personalidad, de mi esencia y me vuelvo un ser responsable, capaz de poseer derechos y con una vida moral y religiosa, priva a esas mis características precisamente de la externalidad que era lo único que les daba la aptitud para pasar a la posesión de otro. Cuando he sublimado así su externalidad, no puedo perderlas por el paso del tiempo o por cualquier otra razón derivada de mi consentimiento anterior o voluntad de alienarlas. (Hegel, 2008, §66A)

No es posible simplemente abandonar la idea del delito como juicio infinito negativo, pues, en ese caso, estaríamos en la categoría del ilícito no malicioso o en la del fraude. Mismo con el fraude, una posible punición no es una necesidad, sino que “constituye aquí [en el fraude] en principio igualmente solo una exigencia” (Hegel, 1993, §89).

Esa es la primera señal de que Hegel esconde un discurso que deslegitima la pena bajo el barniz de un discurso legitimador de la retribución<sup>11</sup>. Las contradicciones continúan, incluso en la lectura tradicional del §100. Sin embargo, es relevante resolver una posible objeción a nuestra interpretación. Se podría argumentar que Hegel estaría simplemente equivocándose cuando exige que la punición sea la afirmación del derecho y de la libertad, pues la respuesta del Estado a un delito no es un movimiento lógico y especulativo, sino una política pública con un objetivo concreto y directo: prevenir nuevos delitos<sup>12</sup>.

Hegel presenta en sus textos por lo menos dos respuestas a esta objeción cuando argumenta en contra de la pena como una manera de que la voluntad del criminal sea amoldada. La primera está en su texto de 1802-1803 y la segunda en una de las adiciones a los párrafos de los *Fundamentos*.

la pena es, asimismo, algo en sí, verdaderamente infinito, y algo absoluto que, por ende, inspira por sí misma, su respeto y su temor; procede de la libertad, y en cuanto reprime, permanece dentro de la libertad. Si se representa la pena, en cambio, como compulsión, resulta ser entonces meramente una suerte de determinidad y algo absolutamente finito; no posee en sí ninguna racionalidad directiva y cae por completo bajo el concepto común de una cosa determinada frente a otra, o bien de una mercancía, y para obtenerla hay que rescatar otra, es decir, el delito; como poder judicial, posee el Estado un mercado con determinidades [o supuestos de hecho] que se llaman delitos, los cuales vende contra otras determinidades [o supuestos de hecho], de suerte que el código establece el precio corriente. (Hegel, 1980, p. 57)

No se le concede este honor si el concepto y la medida de su castigo no se toman de su acto mismo; y tampoco si él es considerado únicamente como animal nocivo al que hubiera que convertir en inofensivo o para los efectos de la intimidación y corrección. (Hegel, 1993, §100A)

Al discutir el derecho abstracto, Hegel está preocupado por formular una justificación de la pena. Esa justificación no se puede basar en la aptitud o inaptitud de la pena para intimidar o amoldar al criminal, pues la pena, como el derecho, debe ser una manifestación y afirmación de la libertad. Si la punición depende de la aptitud para prevenir, ella incluye la contingencia en su concepto. Pero, como vimos, la pena es una necesidad lógica frente al delito.

Cuando discute la coerción, Hegel señala que solo es objeto de la coerción aquel que se permite ser coaccionado. De la misma manera, solo tiene su voluntad alterada por la pena aquel que lo permite y que lo permite libremente. Ello no significa que la pena no pueda tener este efecto. En su discusión acerca de la administración de justicia, Hegel afirma, en las *Lecciones de Heidelberg*, que es posible considerar el mejoramiento moral del criminal<sup>13</sup>. No obstante, los apuntes de clase acerca de ese pasaje contienen lo que sería una alerta de Hegel: “se vuelve posible considerar el aspecto moral, la mejor moral [del criminal], pero eso no influencia la justicia de la pena” (Hegel, 1995, §113Z).

Si la pena es no justa en sí, no será un eventual y contingente efecto disuasorio lo que la volverá legítima. Afirmar que la prevención puede justificar la pena es lo mismo que tratar al hombre en general, a través de la persona del criminal, no como un ser libre, sino como un ser condicionado, determinado por elementos externos a él. Si la conducta de la persona es determinada por factores externos, ella no es libre. Por lo tanto, suponer que la punición funciona porque las personas pueden ser amoldadas por estímulos y sanciones externas, y no por el ejercicio de su voluntad libre, va en contra de la base de la teoría de Hegel, que señala el derecho como la encarnación de la libertad de la voluntad.

Aunque todavía no estemos discutiendo la vida ética, es posible resaltar los comentarios que hace Hegel a Fichte acerca del tratamiento del crimen en la sociedad, pues nos muestran que, incluso en la sociedad civil, la punición todavía no puede volverse un instrumento utilitario. En la crítica de Hegel, el Estado propuesto por Fichte es un estado basado en la necesidad –en el plan de la contingencia de las cosas externas– y no en la libertad. Si la vida en sociedad es comprendida como condicionamientos por factores externos, “ese Estado se vuelve el mundo de las galeras de esclavos, en el cual cada uno debe mantener a su prójimo bajo constante vigilancia” (Hegel, 1995, §119Z). Esta crítica de Hegel al Estado policial de Fichte tiene la misma base que su rechazo de la prevención como fundamento para la punición<sup>14</sup>.

Contestadas las dos críticas, podemos volver al texto de Hegel. Aunque ya presentamos una contradicción interna en la justificación hegeliana de la pena, es interesante seguir el argumento hasta su término para identificar otros puntos relevantes insertos en el derecho abstracto. Al final de este artículo, volveremos a cuestionar si esa condición debería hacernos simplemente abandonar la teoría acerca de la pena (o sea, no se trataría de identificar o no una teoría agnóstica de la pena en Hegel, sino de que la teoría de la pena de Hegel no tendría sentido). Por ahora, volveremos a la exposición de Hegel y las cuestiones que nos propone.

Hasta aquí se podría creer que, para Hegel, la pena está justificada. De la misma manera en que parecía justificada la pena antes de que el autor introdujera la cuestión de la voluntad del criminal. Empero, una vez más Hegel presenta un nuevo elemento que apunta hacia la imposibilidad de la pena. Después de justificar la pena como un derecho del criminal, Hegel afirma que la sublimación del crimen, la pena, es una venganza que es

justa según el *contenido* en la medida en que es represalia, pero según la *forma* es la acción de una voluntad *subjetiva* que puede poner *su infinitud* en cada vulneración ocurrida, y cuya justicia resulta por ende contingente en general, del mismo modo que la voluntad existe también *para los otros* solo como voluntad *particular*. La venganza, por cuanto que existe como acción positiva de una voluntad *particular*, deviene *una nueva vulneración...* (Hegel, 1993, §102)

Sabemos que, para Hegel, la forma y el contenido caminan juntos. No existe encarnación de la libertad si el contenido y la forma no son actos del ejercicio de la voluntad libre. Hegel desarrolla este punto en detalle en la sección de los *Fundamentos* acerca de la moralidad, en la cual critica la filosofía moral de Kant por expresar, según Hegel, la prevalencia de la forma sobre el contenido. Por eso, cuando Hegel afirma que la pena solo es justa desde el punto de vista de su contenido, está afirmando que la pena no es justa. Esa injusticia, empero, no sería insoluble.

Cuando Hegel discute la forma de la pena, el problema destacado es que la punición es producto de una voluntad subjetiva. Ello no es lo mismo que afirmar que es una obra de la víctima. De dónde viene esa voluntad subjetiva que la impone no es especialmente importante. El problema es que su fuente es una voluntad subjetiva, particular, y no una voluntad objetiva y universal.

Esto vuelve la pena injusta, pues Hegel tiene una noción intersubjetiva de la voluntad. La voluntad también se manifiesta en las personas individuales, tal como lo hace la libertad, pero la voluntad no se reduce a las voluntades individuales, tal como la libertad no se reduce a lo que cada persona pueda afirmar que constituye el ejercicio o garantía de la libertad.

En retrospectiva, el problema ya estaba presente desde el comienzo del abordaje de la pena en los párrafos anteriores. Podemos decir que la necesidad de la punición constituye un derecho del criminal que deriva de esa manera de pensar la libertad. La pena como forma de honrar al ser racional de la persona que cometió el delito solo tiene sentido si hay algún tipo de tejido permeando esas relaciones. En el mundo del derecho abstracto no es posible justificar la pena, pues solo existen voluntades particulares.

Algunos intérpretes de Hegel intentan resolver esto dentro del derecho abstracto mismo. Dubber, por ejemplo, afirma que el mínimo común denominador es precisamente la racionalidad. La comunidad que presupone Hegel sería simplemente “la comunidad de personas racionales” (Dubber, 1994, p. 1601). La posición del intérprete presupone la posibilidad de separar totalmente razón y realidad sociohistórica, lo que no parece corresponderse con la posición de Hegel. Quien ejerce la razón es la voluntad que no es un acto puramente particular, sino algo que ocurre en el plan de la universalidad, como ya apuntamos. En este sentido, la razón, en Hegel, no es el pensamiento abstracto que generalmente asociamos al término, sino una razón históricamente situada, mientras Dubber afirma que el punto común sería una racionalidad purgada de la comunalidad.

Es importante no olvidar que el párrafo destacado es parte de la transición del derecho abstracto hacia la moralidad. Lo que hace Hegel en el pasaje es apuntar una contradicción insoluble desde el punto de vista del derecho abstracto. La pena, como acto de una voluntad particular, no es una necesidad para el criminal, ni es necesaria para nadie, siquiera para la víctima.

La justicia de su contenido depende de una voluntad que la ve como respuesta a una primera coerción del derecho como derecho. Cuando Hegel dice que esa justicia es contingente, pues esa voluntad “puede poner *su infinitud* en cada vulneración ocurrida” (Hegel, 1993, §100), nos está diciendo que cualquier lesión se puede convertir en vulneración del derecho como derecho. Cualquier ilícito puede ser considerado delito y, potencialmente, cualquier acto puede ser considerado ilícito y, por lo tanto, considerado delito. Pues el ilícito es vulneración de la libertad encarnada en un objeto externo y, como la voluntad particular es el único criterio para delimitar si lo que hay es libertad encarnada, todo es potencialmente delito. En consecuencia, nada es delito, en el derecho abstracto, pues solo existe delito si, como vimos, la segunda coerción es la necesidad lógica de la primera y no hay necesidad cuando lo que impera es la contingencia de las voluntades particulares<sup>15</sup>.

Para este problema, Hegel presenta una solución. Si el problema es la contingencia y el aspecto subjetivo, el paso lógico siguiente es que la justicia –que es, en sí, necesaria,

pues la libertad lo es— se libere “del interés subjetivo y de su forma subjetiva, así como de la contingencia del poder, por tanto [una justicia] *no vengativa* sino *punitiva*” (Hegel, 1993, §103). La solución es el surgimiento de la moralidad y, después, de la vida ética.

Esto no es un detalle menor. Estrictamente, lo que tenemos acerca de la pena en el derecho abstracto no es una legitimación de la punición. Por el contrario, Hegel nos presenta la imposibilidad de que la pena se justifique desde el punto de vista del derecho abstracto. Tal contradicción llevaría a la necesidad de dar un paso adelante en el desarrollo de la libertad en el mundo, para que la pena sea purgada de sus aspectos subjetivos. En otras palabras, no tenemos una legitimación de la pena, sino la prueba de la necesidad de la moralidad. Así parece afirmarlo Quante (2004, pp. 19 ss.). Ello no significa que la presentación de la moralidad y, después, de la vida ética justifiquen retrospectivamente la pena desde el punto de vista del derecho abstracto, lo que no es sostenido por los intérpretes mencionados en ese texto.

Curiosamente, el delito casi desaparece en la sección de los *Fundamentos* en la cual Hegel discute la moralidad y solo recibe una atención más detallada en la sección acerca de la sociedad civil. En las primeras partes de la sección sobre la moralidad, Hegel aborda los temas del propósito, de la intención, del bien (común) y otras cuestiones relativas a la moralidad. Si su discusión es importante para comprender los límites de la imputación de una acción o resultado a alguien<sup>16</sup>, los temas del delito y de la pena y su justificación son, en cambio, relativamente abandonados. Decimos “relativamente”, pues, en las últimas páginas de la sección, Hegel vuelve una vez más a la relación entre voluntad particular y delito. La misma base que nos había indicado acerca de la imposibilidad de justificación de la pena en el derecho abstracto continúa explicando la imposibilidad de justificación de la pena en la moralidad.

Cuando Hegel discute lo que llama de “principio de la justificación a partir del fundamento de la convicción”, y no a partir de la voluntad objetiva, de la universalidad, afirma que

para el modo de actuar de los otros frente a mi actuar la consecuencia de que ellos, en la medida en que según *su* creencia y convicción consideran a mis actuaciones como *delitos*, tienen *pleno derecho a ello* —una consecuencia en la que yo no solo no tengo ninguna ventaja sino que, por el contrario, desde el punto de vista de la libertad y el honor solo me veo rebajado a la relación de no-libertad y deshonor, a saber, a experimentar en la justicia, que es en sí también la mía, solo una convicción subjetiva extraña y a creerme en su ejercicio manejado únicamente por una fuerza exterior. (Hegel, 1993, §140A)

Por ello, nosotros podemos, sin gran perjuicio del razonamiento, no acompañarlo en sus desarrollos sobre la moralidad. Hegel no deja margen de duda en cuanto a que, con relación al delito, la moralidad nada añade a la justificación. Por lo que nosotros todavía permanecemos con el mismo problema que teníamos en el derecho abstracto, aunque más articulado.

En la próxima parte de este texto, presentaremos una discusión exploratoria, a ser desarrollada en un trabajo futuro, sobre si el pasaje a la vida ética resuelve las contradicciones internas a la legitimación de la pena que hemos estudiado hasta este punto. Sean las contradicciones explícitamente reconocidas por Hegel, sean las contradicciones implícitas que hemos señalado.

### III. El crimen en la sociedad

Analizaremos solamente dos cuestiones preliminares a la discusión del delito en la vida ética: cuál es el sentido de la sublimación (*Aufhebung*) dialéctica en los *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* y qué inferencias se pueden sacar de la ubicación de la discusión acerca del delito como parte de la sociedad civil, y no del Estado, en la vida ética.

El primer punto refuerza la hipótesis antes presentada de que es posible una lectura agnóstica del pensamiento de Hegel acerca de la pena. La base de la discusión es la interpretación de la relación entre la lógica de Hegel y el resto de su trabajo. La intención explícita de Hegel es que sus *Fundamentos* sean leídos a la luz de su lógica (Hegel, 1993, §2A). Aunque algunos de sus intérpretes ignoren esa orientación, bajo el alegato de que no es necesario adherir a la metafísica de Hegel para comprender y utilizar el pensamiento político del autor<sup>17</sup>, es interesante reflexionar acerca de qué consecuencias se pueden sacar de esa conexión. La utilización de la lógica de Hegel en la comprensión de sus conceptos de delito y pena no es novedosa. Vieweg (2020, pp. 81 ss.), por ejemplo, así lo hace. Abajo presentaremos un abordaje distinto que analiza la lógica no para mantener la adecuación de la punición, sino para explorar su inadecuación.

Respecto de la operación del concepto de *Aufhebung* en la lógica de Hegel, nos sumamos a la propuesta que Žižek presenta a partir del libro de Bates acerca de Hegel y Shakespeare. Bates habla de una diferencia entre la *Aufhebung* y la anti-*Aufhebung* en su discusión de las escenas 3 y 4 del Acto 3 de Hamlet<sup>18</sup>. La segunda forma dialéctica no supera las contradicciones, sino que las genera. La propuesta de Bates es que la anti-*Aufhebung* es parte necesaria de la *Aufhebung*, pues “son las contradicciones que fuerzan a la sublimación” (Bates, 2010, p. 76). Žižek reformula sutilmente la propuesta de Bates.

En lugar de utilizar el término “anti-*Aufhebung*”, Žižek habla de una “*Aufhebung*-para-abajo” (*downwards-Aufhebung*):

La ‘*Aufhebung*-para-arriba’ hegeliana estándar espiritualiza la inmediatez de la realidad, reconciliando sus luchas y/o contradicciones bajo una forma ideal/nocional, mientras, en el caso de la ‘*Aufhebung*-para-abajo’, la contradicción permanece no resuelta y es solamente remendada por una apariencia espectral obscena. (Žižek, 2014, cap. 7)

La consecuencia para el delito es que las contradicciones de su concepto como parte del derecho abstracto no son resueltas, ni en la moralidad, ni en la vida ética, siendo solamente elevadas a otro nivel. No desaparecen, sino que permanecen operando en la vida ética, aunque subrepticamente. La afirmación trata del concepto de la pena y no de su realidad fáctica. No es la afirmación de que, en la práctica, hay un interés subjetivo en toda punición o de que el juzgador oculta un sentimiento de venganza cuando condena a alguien. Eso puede pasar o no. No es una afirmación acerca de la realidad empírica, sino acerca de la realidad conceptual.

Eso no significa que los diversos aspectos de la realidad material sean irrelevantes. Para Hegel, a mala o buena conformación de la administración de justicia va a influenciar a la justicia, o injusticia, de la decisión. Lo que la lógica de Hegel nos dice es que no importa si la pena en la vida ética corresponde a un supuesto ideal institucional; necesariamente, la pena va a cargar una marca de injusticia. Como parece indicar Quante (2004, pp. 19-21), la institucionalización de la punición, o la transformación de la justicia vengadora en justicia punitiva, no es suficiente para que la pena se haga justa.

Para Bates y Žižek, ese exceso, que no es superable por la sublimación, asume la figura de un espectro. Hegel no desarrolla lo que sería ese espectro en el delito, pero podemos encontrar una pista en su discusión acerca del sistema económico. Cuando trata de la administración pública, Hegel introduce la figura del populacho (*Pöbel*)<sup>19</sup>. Muy sencillamente, sería la clase de personas dentro del grupo más grande de los pobres que, además de estar sometidas a un patrón debajo del mínimo necesario para la subsistencia, sufren “la pérdida del sentimiento del derecho y de la dignidad de existir por el propio trabajo y actividad” (Hegel, 1993, §244). No nos interesan las particularidades de la producción del populacho ni sus efectos para la sociedad civil. Lo relevante para nuestra discusión es solamente la relación que se pueda establecer entre esa figura y la idea de un excedente espectral.

El vínculo puede ser encontrado en la interpretación que Ruda propone del populacho. Según el autor, los sucesivos intentos de Hegel de resolver el problema de la generación del populacho no forman un conjunto de alternativas a la disposición

del administrador público en el combate de la pobreza. Estos intentos presentan, por lo contrario, la insolubilidad del problema. Es en ese sentido que Ruda propone que llevemos la lógica de Hegel hasta donde el autor parecía reacio a llevarla. Una lectura de “Hegel contra Hegel” que crea “otro desenlace para el desarrollo conceptual que Hegel mismo presenta” (Ruda, 2019, p. 11).

Con respecto al delito, no es posible reproducir el exacto movimiento argumentativo que Ruda propone para el populacho –el populacho como condición latente<sup>20</sup>–, pues en el delito no tenemos la producción de un exceso presente en la configuración específica de una voluntad particular, como en el populacho, sino un exceso en el concepto mismo de delito. Como lo analizamos antes, las contradicciones internas al delito no son resultado de su operación en la sociedad civil, sino parte integrante del desarrollo de su concepto. Empero, la lección de Ruda puede ser aplicada, si adherimos, como lo hacemos, a la tesis de Bates leída por Žižek acerca de los dos movimientos posibles de la *Aufhebung*. Si en Ruda todo sujeto que actúa en la sociedad civil es “latentemente” populacho, toda eventual cristalización del delito más allá del derecho abstracto será, aunque “latentemente”, injusta, pues la injusticia que estaba en el concepto, en el derecho abstracto va a continuar marcando sus desarrollos posteriores.

Es importante notar que ese problema solo surge para el delito. Los otros institutos del derecho abstracto no traen en sí la marca de la injusticia. Cuando discute la propiedad, el contrato, y también el ilícito no malicioso y el fraude, Hegel no identifica un elemento de injusticia inherente a esos conceptos. La injusticia solo surge cuando surge el concepto de delito y es esa injusticia la que vuelve necesario el pasaje a la moralidad, tal como lo presentamos antes. Esta constatación es relevante, pues implica que no se puede asignar esa misma marca de injusticia a los otros elementos del derecho abstracto; no desde el punto de vista de su(s) concepto(s). Por lo tanto, no habría ninguna contradicción interna o injusticia en el hecho de que la sociedad civil proteja la propiedad o el contrato a través de otras disposiciones distintas del derecho penal. Ello no impide que esas disposiciones y sus instituciones sean contradictorias o injustas bajo los conceptos de la moralidad o de la sociedad civil misma. Lo que hace es llevarnos a la conclusión de que esa asignación es solamente una posibilidad para esos institutos, mientras que es una necesidad para el delito.

Antes de presentar nuestras consideraciones finales, en las cuales vamos a discutir si la mejor solución no sería simplemente abandonar la teoría de la pena presentada por Hegel, analizaremos un aspecto aislado del delito en la vida ética que puede

actuar como punto de partida para un futuro desarrollo del rol del delito en la vida ética considerando las propuestas interpretativas presentadas en este texto.

La discusión del delito en la vida ética es parte de la discusión que Hegel propone acerca de la administración de justicia en la sociedad civil. La sociedad civil es el segundo momento de la vida ética, entre la familia y el Estado. El delito, por lo tanto, no es un tema de Estado, sino un tema para las personas y sus instituciones. Por esa razón la legislación penal pertenece “particularmente a su época y a la situación de la sociedad civil en ella” (Hegel, 1993, §218A).

Esa noción no se limita a la afirmación más directa de que la legislación penal es fruto de la sociedad de su tiempo. Hegel declara algo semejante cuando habla de la constitución: “la constitución de un determinado pueblo depende en general del modo y de la cultura de su autoconciencia” (Hegel, 1993, §274). Pero hay una diferencia entre cuando la afirmación es relativa al contexto del Estado y cuando es relativa al contexto de la sociedad civil.

La afirmación no significa, sin embargo, que el delito sea una cosa indiferente al Estado. En su presentación del servicio público, por ejemplo, Hegel afirma que la acción en contra del servicio público “es por ende conculcación del contenido universal mismo [...], por ello falta o incluso delito” (Hegel, 1993, §294A). Cuando trata de la figura del monarca, uno de sus derechos es el derecho de gracia: el poder “de hacer lo acaecido no acaecido y de aniquilar el delito en el perdón y en el olvido” (Hegel, 1993, §282).

Analizar en detalle estas cuestiones, sobre todo en el caso del perdón, saldría de los límites de este texto. Lo que es relevante para nosotros es que la operación del derecho penal no es realizada por el Estado, sino por la sociedad civil, pues la administración de justicia es parte de la sociedad civil. El tratamiento del delito y de la pena bajo el título más general de ‘vida ética’, tal como lo ofrece Brooks (2017, pp. 213 ss.), puede ocultar el lugar del derecho penal.

Es importante tener cuidado con esta afirmación. Hegel no sostiene, con esto, que jueces y tribunales no sean funcionarios públicos o que el gobierno no tenga nada que ver con la justicia penal. El Estado que describe Hegel no es el Estado como aparato de gobernación. La diferencia entre sociedad civil y Estado, en Hegel, no es la misma diferencia que se traza en nuestro lenguaje conceptual o no conceptual corriente. La distinción conceptual hegeliana es que, en la sociedad civil, operan las voluntades particulares, aunque de forma colectiva, mientras que en el Estado hay una realización de la voluntad objetiva universal.

El problema es que, como hemos visto, la respuesta al delito solo es legítima cuando opera en un marco conceptual universal. Si la pena tiene como signo la contingencia, ella no es justa. La respuesta más común en la literatura atiende a lo que Hegel presenta en la discusión sobre la determinación de la medida de la pena. En el §214, Hegel afirma: “La determinación conceptual proporciona solamente un límite general, dentro del cual tiene lugar todavía una oscilación” (Hegel, 1993, §214). Esto significaría que la integridad del concepto de la pena estaría preservada, pues la contingencia de la pena sería algo de la esfera de lo contingente y no una contingencia en la esfera de lo que debería ser objetivo y necesario.

Lo que estaría en juego sería solo la noción imprecisa de que, por ejemplo, el robo debería ser punido con más severidad que el hurto (Brooks, 2007, p. 49). Por tal razón Brooks afirma que la teoría de la pena de Hegel sería, en efecto, una teoría preventiva. La misma interpretación adopta Costa: “podemos afirmar que Hegel defendió una teoría penal unificada de la prevención general positiva” (Costa, 2019, p. 182). No obstante, la contestación que Wood presenta a Brooks se puede extender a dicha posición en general:

El hecho de que la pena puede ser utilizada para la prevención, y que su medida es dada por condiciones históricas de la sociedad civil en determinado tiempo y lugar, no justifica el afirmar (como hace Brooks) que la teoría de la pena de Hegel es ‘solo mínimamente retributiva’ o ‘vinculada más próximamente con la amenaza a la seguridad en la sociedad civil’ (Brooks 2007: 51). Por el contrario, la pena para Hegel es en su concepto retributiva, aunque su desarrollo posterior en el contexto de la sociedad civil trae algunas complejidades no inmediatamente presentes en el concepto. (Wood, 2012, p. 21)

En otras palabras, aunque la prevención pueda entrar en algún cálculo y el contexto en el cual ocurre el delito sea importante para fijar la pena<sup>21</sup>, ello no cambia el concepto. Además, los comentarios de Hegel al §214 vuelven la discusión aun más compleja. Luego de afirmar que el concepto solo presenta un límite general a la pena, Hegel declara:

No cabe determinar *racionalmente*, ni decidir por la aplicación de una determinación proveniente del concepto, si para un delito la justa pena sea una pena corporal de cuarenta golpes o de cuarenta menos uno, ni si es una multa de cinco táleros o de cuatro táleros y veintitrés centavos, etcétera, ni si una pena de prisión de un año o de trescientos sesenta y cuatro días, etc., o de un año y uno, dos o tres días. Y sin embargo un golpe de más, un tálero o un centavo, una semana, un día de prisión de más o de menos, son una injusticia. (Hegel, 1993, §214A)

De la misma manera en que la venganza es injusta, la pena inadecuada es injusta.

La tarea del juzgador es, a pesar de eso, determinar la justa pena. Hegel no trata sobre esa fijación. Uno de los pocos abordajes algo más directos –además de su compleja construcción acerca de la pena de muerte, que merecería una discusión aparte<sup>22</sup>– trata de la pena de prisión y aparece en un comentario lateral de Hegel al manuscrito del texto. En la transcripción de Iltting, traducida por Díaz, tenemos: “Puesto bajo pena de prisión en coerción total ‘de vida’, es permitido (*b*), mantenido, lo que pertenece a la vida cotidiana, también forzado a comer aun cuando uno se quisiera dejar perecer de hambre” (Hegel, 1993, p. 333).

La pena de prisión, para Hegel, parece sometida a un estándar bastante alto para que cumpla el mínimo de justicia exigido por el filósofo. Empero, incluso ignorando estos pasajes, todavía es contingente que la pena justa sea la pena impuesta, pues el acto de fijar la pena es contingente. Una vez más, el problema no es la justicia de la pena –lo que sería, por hipótesis, resuelto por la institución del jurado (Knowles, 2002, p. 281)–. El problema es que la garantía de la justicia de la pena no es lo mismo que la garantía de la justicia de su medida. Si esa última garantía es contingente, la necesidad que debería orientar la respuesta al delito se vuelve, ella misma, contingente y, por lo tanto, arbitrio. Y, en consecuencia, injusticia. Nuestra lectura, por lo tanto, se aleja de la que propone Brooks, fijándose solamente en el lado beneficioso de esa contingencia. Él afirma que “esa contingencia es un rasgo necesario que nos ayuda a determinar si punimos y cuánto de pena distribuimos” (2017, p. 215); mientras que, en la lectura que proponemos, esa contingencia es, también, un problema para la justicia de la pena.

Hegel parece haber notado ese riesgo: “cuanto más desarrolladas son las leyes, más múltiples se vuelven para el caso concreto y, por lo tanto, más el juicio y la aplicación de la ley dependen de la subjetividad del juez” (Hegel, 1995, §115). Aunque el pasaje no sea relativo específicamente al juicio penal, sus consecuencias son aun más graves en ese plan, debido al concepto de delito que hemos discutido.

Al final, la sociedad civil no fue capaz de salvar a la justicia de la pena. Aunque conceptualmente, en un primer momento, la pena pareciera justa, por necesaria, todo intento conceptual de desarrollar la justicia de la pena fracasa y la pena continúa –desde el derecho abstracto hasta la vida ética– marcada por una injusticia que no se apaga, aunque Hegel lo intentó explícitamente y por diversos caminos. La pregunta que nos queda, y con ella vamos a concluir nuestro texto, es la siguiente: ¿no deberíamos, por lo tanto, simplemente abandonar la teoría de la pena de Hegel?

#### IV. Consideraciones finales

La primera respuesta es que explorar las posibles interpretaciones de uno de los más importantes textos de la tradición moderna de la filosofía del derecho tiene un valor directo y autónomo. Hegel escribió en un período de transición hacia la construcción del Estado y derecho modernos. Parte considerable de las instituciones que describe como necesarias para el propio concepto de derecho no existían en la Prusia de su época, como el jurado, o por lo menos no eran instituciones difundidas e implementadas en Europa de forma general. Explorar el pensamiento de aquellos que intentaron comprender el sentido del mundo a su alrededor, cuando ese mundo se volvió la base de nuestras instituciones contemporáneas, es una manera de comprender mejor los tiempos actuales.

Además de ese interés histórico, existe una importancia filosófica, especialmente para la teoría del derecho penal. Hegel nos muestra que la pena no puede ser justificada debido a sus efectos. Sus posibles efectos solo entran en la ecuación después de que nosotros probamos que la pena es, *a priori*, justa. Hegel también demuestra, en la lectura que proponemos, que la pena no es *a priori* justa. Por lo tanto, eventuales y contingentes efectos empíricos concretos positivos no son suficientes para justificar su aplicación.

La objeción más directa consistiría en denunciar el abordaje como sin sentido. Sí, deberíamos juzgar los conceptos por sus resultados prácticos posibles. La pena es una cosa que ocurre en el mundo real, no en el mundo de los conceptos, por lo tanto, el utilitarismo sería la regla adecuada. Una respuesta completa a esta crítica no podría ser presentada acá, pero una pista del camino a seguir para hacerlo se encuentra en el propósito general del derecho, conforme lo presentado en los *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*.

La teoría de la pena de Hegel es una consecuencia de su teoría más general acerca del rol del derecho. El derecho es la concretización de la libertad de la voluntad. La manifestación de la voluntad libre ocurre a través del derecho y, al mismo tiempo, el derecho es la propia manifestación de la voluntad libre. Si el derecho no potencializa la libertad, no sería derecho. Si esa noción genera implicaciones y dificultades para el desafío presentado por este texto –sobre todo si consideramos que la noción de libertad en Hegel no es la de una voluntad aislada capaz de determinarse a sí independientemente de las otras voluntades–, la contribución es, quizás, más simple. Si aceptamos la noción de que el derecho es la realización de la libertad conectada a una visión de mundo bajo la cual la construcción del mundo es una obra intersubjetiva

y no el ejercicio de una voluntad particular, la pena se vuelve lógicamente injusta, por lo menos hasta este momento.

Precisamos “hasta este momento” pues todavía sería necesario explorar con más detalle el crimen en la vida ética. Sin embargo, como ya hemos visto brevemente, el desarrollo posterior del crimen y de la pena no borra su pasado conceptual. Si la contrapropuesta es desechar la propuesta de Hegel acerca de la pena, eso significa desechar su idea del derecho como libertad y de las instituciones como locales a través de los cuales la voluntad libre puede expresarse.

Si la contrapropuesta está, además, vinculada a una noción utilitarista, ella también debe ser capaz de presentarnos qué filosofía del derecho ofrecería una justificación del utilitarismo o la teoría de prevención (si se cree que es posible diferenciarlos a ambos) y de por qué aquella filosofía sería mejor para nuestros fines que la noción de derecho como libertad.

Entre una prevención o utilidad que parecen tener como base la garantía de la seguridad pura y simple como “filosofía” de base para legitimar la pena y una filosofía de la libertad (cuya consecuencia es afirmar la injusticia de la pena), Hegel quizás no nos presentó una respuesta final, pero, por lo menos, nos dejó algunas pistas de por qué la primera opción sería contraria al espíritu de su tiempo. Y este texto espera haber demostrado que la crítica es todavía pertinente.

## **Referencias bibliográficas**

Bates, Jennifer A., 2010: *Hegel and Shakespeare on Moral Imagination*. Albany: SUNY Press.

Brooks, Thom, 2007: *Hegel's Political Philosophy: A Systematic Reading of The Philosophy of Right*. Edinburgh: Edinburgh University Press.

\_\_\_\_\_, 2017: “Hegel on Crime and Punishment”, en Brooks, Thom; Stein, Sebastian (eds), *Hegel's Political Philosophy: On the Normative Significance of Method and System*. Oxford: Oxford University Press, pp. 202-221.

Costa, Daniel de V., 2019: “A punição como reconciliação em Hegel”. *Revista Eletrônica Estudos Hegelianos*, ano 16, n. 27, pp. 149-186. <http://ojs.hegelbrasil.org/index.php/reh/article/view/342>

Dale, E. M., 2014: *Hegel, the End of History, and the Future*. Cambridge University Press.

- Dubber, Markus D., 1994: "Rediscovering Hegel's Theory of Crime and Punishment". *Michigan Law Review*, 92(6), pp. 1577-1621. <https://ssrn.com/abstract=1888645>
- Green, Garrett, 2007: "Translator's preface", en Barth, Karl, *On Religion: The Revelation of God as the Sublimation of Religion*. Londres: Bloomsbury, pp. vii-x.
- Hegel, G. W. F., 2017: *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*. Traducción de Ramón Valls Plana. Madrid: Abada Editores.
- \_\_\_\_\_, 1993: *Fundamentos de la filosofía del derecho*. Traducción de Carlos Díaz. Madrid: Prodhufi.
- \_\_\_\_\_, 1986: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Berlín: Suhrkampf.
- \_\_\_\_\_, 1995: *Lectures on Natural Right and Political Science: The First Philosophy of Right*. Traducción de J. Michael Stewart y Peter C. Hodgson. Berkeley, Los Angeles, Londres: University of California Press.
- \_\_\_\_\_, 2008: *Outlines of the Philosophy of Right*. Traducción de T. M. Knox. Revisión por Stephen Houlgate. Oxford, Nueva York: Oxford University Press.
- \_\_\_\_\_, 2007: *Philosophy of Mind*. Traducción de W. Wallace e A. V. Miller. Revisión por Michael Wood. Oxford: Oxford University Press.
- \_\_\_\_\_, 1980: *Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural*. Traducción de Dalmacio Negro Pavón. Madrid: Aguilar.
- Knowles, Dudley, 2002: *Hegel and the Philosophy of Right*. Londres; Nueva York: Routledge.
- Masson, Cleber, 2020: *Direito penal: Parte geral*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- Merle, Jean-Christophe, 2009: "Hegel's Negation of Crime", en Merle, Jean-Christophe, *German Idealism and the Concept of Punishment*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 107-146.
- Pippin, Robert B., 1997: *Idealism as Modernism: Hegelian Variation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pippin, Robert B., 2008: *Hegel's Practical Philosophy: Rational Agency as Ethical Life*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Puig, Santiago M., 1982: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch.
- Quante, Michael, 2004: *Hegel's Concept of Action*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ruda, Frank, 2019: "A população ou o fim do Estado". *Revista Eletrônica Estudos Hegelianos*, ano 16, n. 28, pp. 1-21. <http://ojs.hegelbrasil.org/index.php/reh/article/view/375>
- \_\_\_\_\_, 2011: *Hegel's Rabbie: Investigation on Hegel's Philosophy of Right*. Londres, Nueva York: Bloomsbury.
- Schild, Wolfgang, 2004: "The Contemporary Relevance of Hegel's Concept of Punishment", en Pippin, Robert B.; Höffe, Otfried (eds), *Hegel on Ethics and Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 150-179.
- Tunick, Marc, 1992: *Hegel's Political Philosophy: Interpreting the Practice of Legal Punishment*. Princeton: Princeton University Press.
- Vieweg, Klaus, 2020: *The Idealism of Freedom: For a Hegelian Turn in Philosophy*. Leiden, Boston: Brill.
- Wood, Allen W., 1990: *Hegel's Ethical Thought*. Nueva York: Cambridge University Press.
- \_\_\_\_\_, 2012: "Thom Brooks and the 'Systematic' Reading of Hegel". *Bulletin of the Hegel Society of Great Britain*, Cambridge, n. 66, pp. 16-22. doi:10.1017/S0263523200000471
- Zaffaroni, Eugenio R. *et al*, 2002: *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar.
- Žižek, Slavoj, 2014: *Absolute Recoil: Towards a New Foundation of Dialectical Materialism*. Londres, Nueva York: Verso. E-Book (sin paginación).

## Notas

- 1 La teoría agnóstica de la pena y del poder punitivo fue desarrollada fundamentalmente por el jurista argentino y ex integrante de la Corte Suprema, el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni. Mientras este texto es redactado, Zaffaroni actúa como juez en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para más detalles acerca de la teoría agnóstica, véase Zaffaroni *et al*, 2002.
- 2 Para una presentación de este panorama, con énfasis en los penalistas alemanes, pero también con ejemplos de autores brasileños y estadounidenses, véase Costa, 2019.
- 3 Además, el tema del delito y de la punición no siempre ha recibido la debida atención

en las obras más generales acerca de la filosofía política del autor. Por ejemplo, en *Idealism as Modernism*, (1997), Pippin hace menciones dispersas sobre el tema al abordar otras cuestiones como la institucionalidad moderna (p. 125) y los actos que representan fracasos de la libertad (p. 407). En su más reciente contribución, Pippin (2008) tampoco profundiza en la cuestión del delito y de la punición, más bien la utiliza como una ilustración al presentar la noción de acción (pp. 5, 61, *passim*). Una excepción interesante es el libro de Quante acerca de la teoría de la acción de Hegel en el que el delito se presenta como un momento necesario a la comprensión de la noción hegeliana de acción (pp. 16 ss.).

- 4 Para una buena defensa del carácter no retributivo de la teoría de la punición en Hegel, véase Brooks (2017), y para una presentación de la versión retributiva, Schild (2004).
- 5 Después de algunos años trabajando con Hegel, hoy estoy convencido de la propuesta terminológica de Dale y no pondré mayúscula en ninguno de los términos empleados por Hegel, excepto si la situación muy específica lo exige (por ejemplo, en los títulos de las secciones del texto de Hegel). En palabras de Dale: “However we feel about his system, we should not cloud it with translations which imply the presence of Presences lurking in the background, ready to sublimate anything and everything into a higher preservation of Universal Spirit.” (2014, p. 9).
- 6 Todas las citas son originales del texto, excepto cuando sea expresamente indicado en sentido contrario. Será utilizada la edición de 1993, traducida por Carlos Díaz, para el texto central y los comentarios añadidos por el propio Hegel, excepto cuando sea expresamente indicada otra versión (en estos casos, la traducción del original alemán o de la traducción en lengua extranjera será hecha por mí). Los apuntes organizados por Eduard Gans, a partir de los cuadernos de los alumnos, serán traducidos del original alemán (edición Suhrkamp) o de la versión en lengua inglesa publicada por la Oxford University Press en 2008 (traducida por T. M. Knox y revisada por Stephen Houlgate).
- 7 Adopto el sistema padrón de citas para los *Fundamentos*. Será indicado el párrafo citado y no la página, facilitando la identificación del pasaje en el original o en las múltiples traducciones. La notación estándar es la utilización de las letras “A” o “Z” después del número del párrafo para indicar, respectivamente, si se trata de un comentario al texto central redactado por el propio Hegel (“A” del alemán *Anmerkung*) o si el comentario fue añadido por los editores a partir de los apuntes de sus alumnos (“Z” del alemán *Zusatz*).
- 8 La traducción española de Díaz utiliza el término *superación*. La edición brasileña, el neologismo *suprassumir*. Hypolite, en su traducción francesa de los textos de Hegel, usa *supprimer*. En el inglés, Nisbet y Knox traducen por *annul*, pero hay traducciones del siglo XIX que usan el término *sublation*. En resumen, no hay consenso. En la traducción de otros autores, empero, la expresión aparece traducida como *sublimation* o, en español, *sublimación*. Es el caso de la traducción de Karl Barth hecha por Green. Incluso, el traductor justifica su opción expresamente en contraste con la decisión de los traductores de las *Lecciones de la Filosofía de la Religión* de Hegel y con las traducciones anteriores de Barth que utilizaban *abolición*. Yo sigo la orientación de Green y recomiendo la lectura de

- su prefacio a la nueva traducción del §17 de la *Kirliche Dogmatik* de Barth (Green, 2007, pp. viii-ix).
- 9 En la edición brasileña, el traductor optó por “absurdas” y no “estúpidas” para el alemán *widersinnig*. Una traducción literal de la descomposición del alemán sería “contrarias al” [*wider*] “sentido” [*der Sinn*], por lo tanto prefiero la opción brasileña.
  - 10 En ese sentido se puede comprender la aserción de Vieweg de que el delito niega “la universalidad del acto [*Tat*], la parte universal del predicado de la personalidad” (Vieweg, 2020, p. 82).
  - 11 La lectura propuesta es inspirada por la interpretación de Wood de la justificación de la pena de muerte en Hegel. Wood afirma que, en los §§66 y 70 de los *Fundamentos*, “Hegel’s views appear to commit him to the position that I cannot forfeit my right not to be killed” (Wood, 1990, p. 122).
  - 12 No es relevante para nuestra discusión la variación del prevencionismo adoptada, sea especial o general, positivo o negativo.
  - 13 Schild afirma que la manera en que Hegel ubica la discusión sobre la pena y la disuasión nos presenta una teoría verdaderamente unificada de la pena, pues ubica la retribución y las prevenciones (general y especial) como momentos orgánicos del concepto, en contraste con las teorías unificadoras contemporáneas que agregan esos componentes “pues cada una de esas características es inadecuada si es considerada sola” (Schild, 2004, p. 174).
  - 14 Una presentación más detallada de este argumento se encuentra en Tunick, 1992, pp. 110-14.
  - 15 No hay contradicción con la crítica a Brooks acerca de la indistinción entre ilícitos no penales y el delito. La indiferenciación no es consecuencia de que todas son maneras de no reconocer al derecho, tal como afirma Brooks, pues esas maneras son no reconocimientos de derecho de naturaleza distinta, como hemos señalado. La conclusión de Brooks es correcta, pero no los motivos que expone.
  - 16 Es importante notar que uno de los textos fundantes de la llamada “imputación objetiva”, en su versión moderna, es el libro de Karl Larenz, publicado en 1927, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung* (*La teoría de la imputación de Hegel y el concepto de imputación objetiva*).
  - 17 Para una discusión sobre la polémica véase la introducción de Brooks (2007).
  - 18 Los detalles de la discusión de Bates no son especialmente relevantes para nosotros. Pero, solo para contextualizar su construcción, las escenas son, respectivamente, el asesinato de Polonio y los abusos que sufre Ofelia de parte de Hamlet.
  - 19 En su traducción, Díaz utiliza el término “plebe”. Vásquez, en la traducción de 2000 publicada por Editorial Biblioteca Nueva también lo utiliza. Aunque la traducción más literal sea “plebe”, Hegel utiliza el término para una clase de persona que está por debajo

de los de más abajo. La parte más baja de la clase más baja. Además, el poco utilizado término “populacho” también significa, según el diccionario de la Real Academia Española, “multitud en revuelta o desorden”, lo que indica parte de la caracterización que hace Hegel del *Pöbel*.

- 20 Véase Ruda, 2011, pp. 44 ss. y pp. 156 ss.
- 21 Brooks afirma que “el castigo del delito debe llevar en cuenta cuestiones contextuales como la estabilidad de la sociedad civil y el potencial daño que el delito pueda causar” (2017, p. 215).

**Recepción: 15 enero 2022**

**Revisión: 7 julio 2022**

**Aceptación: 7 agosto 2022**