

La filosofía del derecho de Alessandro Baratta: el legado de una época

POR JOSÉ ANTONIO SANTOS ARNAIZ
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

RESUMEN

Algunos años después de la muerte de Alessandro Baratta (1933-2002) y una vez acabados los varios homenajes realizados a su persona, resulta pertinente exponer desde la mirada de un observador externo lo que significó su obra iusfilosófica. Ofrecer razones para el análisis jurídico-filosófico, más allá de su pensamiento criminológico, precisa conocer el contexto histórico, jurídico, ideológico y cultural al que se circunscribe su obra. En este aspecto cobra sentido el subtítulo: el legado de una época. Esto hace considerar que con Baratta se marchó, más que un intelectual del pensamiento jurídico, una determinada teoría del conocimiento. Es precisamente tal aspecto el que subyace a la totalidad de este trabajo. Pensando en paralelo, se procederá al análisis de los conceptos de ideología, naturaleza de la cosa, analogía y utopía utilizados en sus publicaciones de filosofía del derecho; enmarcados fundamentalmente en los ambientes iusnaturalistas y positivistas alemanes e italianos de la década de los cincuenta a los setenta del siglo pasado.

Palabras clave: *positivismo jurídico, derecho natural, marxismo, naturaleza de la cosa, ideología, utopía.*

ABSTRACT

Since it has been some years that the homages for Alessandro Baratta (1933-2003) have come to an end, taking a look at his legal-philosophical work from the standpoint of an outside observer will prove beneficial. In

order to provide the reasoning behind legal-philosophical analysis that goes beyond Baratta's thought on criminology requires knowledge in the areas of knowledge circumscribing his work – that is, its historical, legal, ideological and cultural framework. Hence, the subtitle of the present paper: the Legacy of an Epoch. This leads to the idea that Baratta's work, rather than being that of a thinker operating in the area of legal thought, was instead a type of theory of knowledge. It is precisely this aspect that underlies the totality of his work. In parallel to the above, analysis shall be made on the concepts of ideology, the nature of things, analogy and utopia as used in his publications in legal philosophy, as they are primarily circumscribed within German and Italian iusnaturalism and positivism from the 1950s through the 1970s.

Key words: legal, positivism natural law, Marxism, nature of things, ideology, utopi.

SUMARIO: 1. UN INTELLECTUAL EN LUCHA CON SU TIEMPO.–2. POSITIVISMO JURÍDICO E IDEOLOGÍA.–3. DERECHO NATURAL, NATURALEZA DE LA COSA Y ANALOGÍA.–4. RUMBO HACIA LA UTOPIA CONCRETA.–5. CONCLUSIONES.

1. UN INTELLECTUAL EN LUCHA CON SU TIEMPO

A estas alturas resulta innecesario realizar una semblanza de este pensador; incluso en su faceta de filósofo del derecho¹. No vendrá

¹ Con motivo de su muerte, las muestras de afecto fueron frecuentes en el ámbito académico, muchas de ellas canalizadas a través de homenajes, semblanzas y necrologías. De los homenajes recibidos, son varios los trabajos que hablan de su vida y obra como filósofo del derecho, cfr. BECCHI, P., «Alessandro BARATTA als Rechtsphilosoph», en *Gedenkfeier für Universitätsprofessor Dr. jur. Dr. h.c.mult. Alessandro BARATTA*, Saarbrücken, Universität des Saarlandes, 2004, pp. 7-19; también es interesante, en cierta medida, el trabajo de F. SACK ahí incluido: «Von der Rechtsphilosophie zur Kriminalsoziologie. Kontinuität und Wandel im Werk Alessandro BARATTAS», pp. 35-41. Junto con BECCHI, uno de los autores que más objetivamente analiza a BARATTA (y con el que es posible coincidir en un alto grado) es R. BERGALLI, «Alessandro BARATTA: filósofo del derecho (penal) y de la política», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.), *Serta in memoriam Alexandri BARATTA*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 165-182; en esta misma obra, cfr. ANTILLÓN, W., «Alessandro BARATTA. Variaciones sobre su vida y su pensamiento», pp. 73-84. También son destacables algunos trabajos del homenaje editado por MARRA, R. (ed.), *Filosofia e sociologia del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2006. Por ejemplo, DE GIORGI, R., «Contraddizione e paradosso. Ricordando Alessandro BARATTA», pp. 1-13; MARCONI, P., «Alessandro BARATTA: dalla filosofia alla sociologia della pena», pp. 15-27; BERGALLI, R., «La sociologia giuridico-penale di Alessandro BARATTA in Spagna e in America Latina», pp. 93-119; MESSNER, C., «Diritti umani e sicurezza. Realtà possibile e reali possibilità nel pensiero di Alessandro BARATTA», pp. 187-206. Para aspectos fundamentalmente jurídico-filosóficos, cfr. BECCHI, P., «Alessandro BARATTA (1933-2002)», *Rivista*

mal, sin embargo, traer a colación algunos datos para contextualizar y entender mejor el ambiente cultural de su época.

Baratta nació en Roma en 1933, en el seno de una familia de músicos. Realizaría estudios de Derecho y Filosofía en la Universidad de *La Sapienza*. Allí conocería a pensadores como Emilio Betti, Tulio Ascarelli y Carlo Antoni, pero sobre todo al que luego sería su maestro: el hegeliano Wider Cesarini Sforza.

En 1957, bajo la dirección de este último, obtendría su doctorado en Derecho con una tesis titulada *Il pensiero filosofico-giuridico di Gustav Radbruch*. Esta obra permanecería inédita, pero publicaría algunos trabajos sobre el pensamiento jurídico del profesor de Heidelberg². Radbruch, en aquella época, era uno de los juristas que más pervivían –y aún perviven– en el imaginario colectivo de la intelectualidad socialdemócrata alemana³. La lectura y el estudio de las dos etapas de Radbruch determinarían su camino no sólo en filosofía del derecho, sino también en derecho penal.

Este hecho le hizo abrir nuevos horizontes, por lo que decide marchar a Alemania. Entre 1956 y 1963 realizó sendas estancias de investigación en la Universidad *Albert Ludwig* de Friburgo de Brisgovia, primero como becario de la Fundación Alexander von Humboldt bajo la dirección de un solvente discípulo de Radbruch, Erik Wolf, en el *Institut für Rechtsphilosophie und evangelisches Kirchenrecht*; segundo, desde 1960 hasta 1963, como asistente en el *Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, dirigido por Hans Heinrich Jescheck. En esa etapa radica la mayor parte de su periodo de formación.

Internazionale di Filosofia del Diritto (RIFD), 79, 2002, 589-600. Existe versión española: «Alessandro BARATTA (1933-2002) In Memoriam» (trad. de Hugo Enrique Ortiz Pilares), *Doxa*, 25, 2002, pp. 27-36. Más en detalle sobre sus rasgos biográficos, cfr. RIVERA BEIRAS, I. y BERNAL, C., «Alessandro BARATTA: rasgos biográficos», *Anthropos*, 204, 2004, pp. 23-48 (23-31). Para una necrología a medio camino entre la filosofía del derecho y el derecho penal, cfr. SACK, F., «Nachruf auf Alessandro BARATTA», *Kriminologisches Journal*, 34, 2002, pp. 230-232.

² «Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)*, 45, 1959, pp. 505-537; la introducción y la traducción de *Der Geist des englischen Rechts* (1946), publicada en Giuffrè, 1962, pp. V-XXIV; las introducciones a los tomos 12 y 13 de las obras completas (*Gesamtausgabe*) de Radbruch. Su editor, Kaufmann, le encomendaría dicha tarea a Baratta, por la afinidad intelectual e ideológica que sentía éste por Radbruch. Los datos son: tomo 12 (*Politische Schriften aus der Weimarer Zeit I*, Heidelberg, C. F. Müller, 1992, pp. 1-20) y tomo 13 (*Politische Schriften aus der Weimarer Zeit II*, Heidelberg, C. F. Müller, 1993, pp. 1-20).

³ Cfr. AA.VV., *Gustav Radbruch als Reichsjustizminister (1921-1923)*, Berlin, Friedrich-Ebert-Stiftung/Forum Berlin, 2004. Incluye un trabajo de la entonces Ministra de Justicia del Partido Socialdemócrata, Brigitte Zypries, titulado *Gustav Radbruch como político del derecho*. Allí destaca el importante de los aspectos sociales en la configuración del derecho penal de Radbruch. La reforma del derecho penal era el núcleo jurídico-político de los esfuerzos de Radbruch. En este ámbito destaca su proyecto de 1922, que no llegaría a convertirse en ley por la dimisión, semanas antes, del gabinete, pp. 9-21 (13).

Al terminar este periodo, en 1963 se incorporó como docente a la Universidad de *La Sapienza* hasta 1968. No obstante, intercaló temporadas como profesor de Derecho Constitucional, entre 1964 y 1965, y de Filosofía del Derecho y Doctrina del Estado, de 1965 a 1968. En ambos casos, realizaría labores docentes como profesor visitante de Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la Universidad de Gotinga, por un lado; y en la Universidad del Sarre, por otro. Por fin, en 1968, fue nombrado catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Camerino. Pocos años después, a finales de 1971, tomó posesión como sucesor de la cátedra de Maihofer de la Universidad de Sarrebruck (*Saarbrücken*)⁴. Desempeñaría su cargo en Alemania hasta su jubilación, momento que aprovecharía para dictar clases en la Universidad de Salento (anteriormente denominada *Università Degli Studi di Lecce*). Baratta siempre fue un italiano entre los alemanes y un alemán entre los italianos, una *rara avis*, un jurista híbrido a medio camino entre la filosofía del derecho italiana y la alemana.

Los inicios de su producción científica estaban insertos, sobre todo, en las lecturas de Hegel y de Marx. El idealismo hegeliano le resultó sugerente en su filosofía de la historia, que se vería claramente en sus primeros libros sobre filosofía del derecho penal. En cambio, la conocida máxima de Hegel: «Lo que es racional es real y lo que es real es racional»⁵, no le resultó del todo plausible. Este aforismo sufrió una vuelta de tuerca con los escritos de juventud de Marx, en los que se realizó una crítica a este idealismo y a su carácter abstracto, unido a un excesivo intento de ser racional⁶.

Baratta aprovechó lo mejor de la dialéctica hegeliana (con aquella crítica incluida), a la vez que tomó elementos del marxismo como la lucha de clases, el problema de las desigualdades y sobre todo la idea de *transformar* el mundo⁷. En este sentido, al igual que hizo Marx, optó por una reapertura de la historia, a través de su particular revolución contemporánea. De ahí que destacase siempre como un pensador crítico encuadrado en lo que podría ser un positivismo jurídico de corte marxista. A la vista de sus influencias y publicaciones es posible detectar el trazo de una dicotomía marxista entre las clases burguesa y

⁴ Más en detalle, sobre estos datos, RIVERA BEIRAS, I. y BERNAL, C., «Alessandro BARATTA: rasgos biográficos», *cit.*, p. 27. Maihofer aceptó la llamada de la Universidad de Bielefeld. Éste y Kaufmann apoyarían a BARATTA para que obtuviera la citada cátedra.

⁵ HEGEL, G. W. F., *Werke*. Tomo 7, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1979, p. 24.

⁶ En este sentido, invita a que se pase del idealismo al materialismo en su trabajo «De la crítica de la filosofía del Derecho de HEGEL», en MARX, K. y ENGELS, F., *Obras fundamentales*. Tomo 1. *Escritos de juventud*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, pp. 316-438 (337-342).

⁷ No en vano, en varios de su trabajos subyace explícita e implícitamente la tan usada undécima tesis de Marx sobre Feuerbach: «Los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo», MARX, K., *Thesen über Feuerbach*, en MARX, K. y ENGELS, F., *Werke*, tomo 3, Berlin, Dietz, 1958, p. 535.

proletaria, es decir, entre propietarios y desposeídos, acrecentada por el avance del nuevo capitalismo industrial⁸.

En este sentido, el componente ideológico jugará un importante papel a la hora de detectar sus influencias: Hegel, Marx⁹, Cesarini Sforza¹⁰, Radbruch, Maihofer¹¹ y Arthur Kaufmann, entre otros. Esta cierta disparidad de influencias imposibilita encuadrarlo, exactamente, en alguna de las corrientes imperantes en la época¹².

⁸ Cuyo momento álgido se produce con su *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 1982. No se resignó a que su criminología crítica cayese en saco rato, aún sabiendo de antemano que su público iba a ser reducido o muy condicionado por el marco jurídico-político en el que se podían aplicar esta teoría: el de Latinoamérica.

⁹ Es preciso partir de la base de que la doctrina de Marx sobre el derecho y la justicia no puede caracterizarse como una teoría crítica del derecho y de la justicia, sino más bien como señala Baratta una «crítica del derecho y de la doctrina de la justicia». Reconoce que las afirmaciones de Marx sobre derecho y justicia son muy fragmentarias y no conforman una relación cerrada. Por tanto, le resulta imposible afirmar que desarrollase, en el sentido estricto de la palabra, una «teoría del derecho sistemática», BARATTA, A., «Recht und Gerechtigkeit bei MARX» (1974), en *Philosophie und Recht*, Köln, Carl Heymann, 1985, pp. 197 y 210. En cambio, N. LÓPEZ CALERA –identificado con Elías Díaz y desmarcándose de Bobbio– reconoce «que en la obra de Marx hay suficientes elementos y materiales para la construcción de una teoría crítica del derecho, aunque con la necesidad de integrar sus aportaciones de juventud, donde más explícitamente habla del derecho, con las obras de madurez, como “El Capital”, donde no trata directamente del derecho, pero que constituyen expresión central de su pensamiento. Elías Díaz admite que no hay en Marx una teoría jurídica completa, una teoría cerrada exhaustiva, al modo de Jhering o Savigny», «¿Qué queda del marxismo jurídico?», en ZAPATERO, V. (ed.), *Horizontes de la filosofía del derecho*, tomo 1, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2002, p. 96. Por su parte, POULANTZAS da un paso más al afirmar que «en sus obras de juventud Marx se ocupó sistemáticamente de los problemas referidos al campo jurídico y, sin embargo, no se puede extraer de allí nada referido a un fundamento científico de la teoría marxista del derecho», p. 138. Es el análisis científico de la obra de madurez, y no una referencia a la obra de juventud, «lo que permite ver que el *derecho moderno es un derecho de clase*, aunque, y precisamente en la medida en que, la explotación y el dominio político de clase esté constantemente ausente de sus estructuras sistemáticas organizadas a partir de los “individuos desnudos”», POULANTZAS, N., «Marx y el derecho moderno» (1967), en *Hegemonía y dominación en el Estado moderno*, 2.ª ed., Córdoba (Argentina), Pasado y Presente, 1973, p. 160. La interpretación que hace POULANTZAS resulta aún más forzada. Se puede afirmar –al igual que Baratta– que no existe una teoría del derecho marxista, ya que Marx nunca pretendió fundar semejante teoría, unido al hecho de que no se puede señalar una unidad en cuanto a los temas cruciales de la teoría del derecho, sino más bien señalar su dispersión y carácter fragmentario.

¹⁰ Es interesante recordar dos trabajos: el primero, «Tra idealismo e realismo. A proposito della Filosofia del diritto de Widar Cesarini Sforza», en el que, a pesar de adherirse a los planteamientos de Cesarini Sforza, matiza el *idealismo realista* de su maestro, *RIFD*, 42, 1965, pp. 446, 447, 456 y 457. En cambio, el segundo, de corte más panorámico, es el epílogo a la traducción alemana de la *Filosofía del diritto* de su maestro (*Rechtsphilosophie*, München, Beck, 1966, pp. 155-194).

¹¹ Fallecido el 6 octubre de 2009.

¹² La filosofía analítica ya en boga en la Italia de los años sesenta (aunque poco en Alemania), no era un campo de juego en el que se sintiera especialmente cómodo. Su débil acercamiento a la Teoría General del Derecho viene de la mano de su único trabajo jurídico-filosófico, enfocado desde una cierta perspectiva analítica: *Ricerche*

En la década de los cincuenta, enseguida quedó impresionado por la personalidad de Cesarini Sforza, siendo rápidamente atrapado por su pensamiento marxista que llegaría a convertirse en objeto de culto y admiración¹³. Ahora bien, la obra de su maestro, según Baratta, «sobrepasa los límites del idealismo ortodoxo»¹⁴. Al exponer esta afirmación pone cuidado en deslindar esta filosofía italiana del subjetivismo idealista, que viene a ser la representación filosófica de la experiencia jurídica, para distanciarse de Treves que engloba dentro de un llamado «movimiento de la experiencia jurídica» a Cesarini Sforza y a otros juristas como Sander, Gurvitch y Capograssi¹⁵.

Desde el idealismo italiano contemporáneo se realizó un análisis forzado de la realidad en el que no cabía una distinción clara entre lo individual y lo empírico, en base a un no cognitivismo que desembocó en un «escepticismo apriorístico»¹⁶. La actitud escéptica también estaría presente en Baratta, aunque su no cognitivismo no sería el de un positivista al uso como se verá a continuación.

2. POSITIVISMO JURÍDICO E IDEOLOGÍA

Con el esbozo de este mapa biográfico y de influencias, es preciso abordar su obra jurídico-filosófica para entender su posterior giro criminológico, a partir de mediados de los años setenta.

su «essere» e «dover essere» nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto. En esta obra muestra su recelo hacia la filosofía analítica cuando señala su «insuficiente ortodoxia respecto al movimiento de la filosofía “analítica”», al igual que afirma que su planteamiento no está necesariamente ligado a la aceptación de todas las premisas teóricas del neopositivismo y de la filosofía analítica; al contrario, su método de investigación filosófica (también jurídico-filosófica) sirve, o debe servir, «como instrumento para establecer y siempre restablecer críticamente el propio vínculo funcional con la experiencia y con la praxis», Milano, Giuffrè, 1968, p. 9. Anteriormente, publicó un artículo, que sería un adelanto de buena parte de las claves de este libro, titulado «A proposito di “essere” e di “dover essere” nella scienza giuridica», *RIFD*, 44, 1967, pp. 483-513. No se sumaría al elenco de teorías que surgieron al abrigo del positivismo jurídico normativista, analítico y lógico esbozadas en Italia en la década de los sesenta y setenta.

¹³ Bien es verdad que «ésta será precisamente la *Weltanschauung* que decidirá su opción por los países del Tercer Mundo, y en especial por América Latina, en cuya vida cultural y científica va a intervenir intensamente a partir del comienzo de la década de los ochenta, poniendo en ello todo su fervor y su inagotable entusiasmo», ANTILLÓN, W., «Alessandro BARATTA...», *cit.*, p. 74.

¹⁴ BARATTA, A., «Natur der Sache und Recht» (1965), en *Philosophie und Strafrecht*, *cit.*, p. 89; también en la misma obra, «Zur Rechtsphilosophie Widar Cesarini Sforzas» (1966), p. 63.

¹⁵ BARATTA se refiere a la afirmación contenida en *Lezioni di filosofia del diritto* (Milano, La Goliardica, anno acc. 1954-55). De los mencionados, Baratta sólo secundaría a su maestro italiano.

¹⁶ LLANO, F. H., *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 210.

En general su producción académica se caracteriza por una prosa crítica y antiformalista, que le lleva a matizar algunas de las tesis más características del típico positivismo jurídico: en primer lugar, acepta que no hay más derecho que el derecho positivo y que no existe una conexión necesaria entre derecho y moral, pero no admite exactamente que las fuentes (positivas) del derecho se agotan en su contenido. La cuestión radica en la importancia que otorga al elemento de la justicia, que es más que patente desde sus primeras hasta sus últimas publicaciones, es decir, defendiendo un positivismo muy al estilo de los filósofos del derecho marxistas¹⁷.

Por tanto, tiene en cuenta elementos propiamente no positivistas, al señalar que el derecho es algo más que la ley y que no muestra, exactamente, una relación jerárquica de las fuentes del derecho. Estas notas le llevarían a acercarse más a las corrientes no positivistas, que a un «positivismo blando» (*soft positivism*), en sentido amplio, por el que tiende implícitamente a decantarse. Así su pensamiento jurídico-filosófico presenta similitudes con las corrientes cognitivistas en su rechazo al típico positivismo legalista y al neopositivismo lógico. Utiliza algunas armas del neiusnaturalismo de posguerra para criticar lo que él considera un mal positivismo y mostrar un peculiar positivismo normativista. En este sentido, no esconde que su pensamiento tiene algo de iusnaturalista hasta el extremo de titular su trabajo *Positivismo jurídico y positivismo legalista* (1968) como «ideas para una apología “iusnaturalista” del positivismo jurídico»¹⁸.

De tal manera, propugna una concepción de las fuentes del derecho «inspirada en la idea de la supremacía de la ley y de la división de poderes», pero que también sea «consciente de la tarea política y la responsabilidad del jurista en la producción del derecho justo, en las

¹⁷ Los pensadores marxistas tienen una cierta tendencia a resultar, en cierta medida, inclasificables dentro de las teorías iusnaturalistas y positivistas, aunque no sería nada desdeñable el ver en las de tipo marxista un claro acercamiento a la doctrina del derecho natural.

¹⁸ BARATTA advertiría no ya de la presencia de dos bandos enfrentados, sino de la existencia de un positivismo «bueno» y positivismo «malo», así como también se puede y se debería hacer con la doctrina del derecho natural, «Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus. Gedanken zu einer “naturrechtlichen” Apologie des Rechtspositivismus», *ARSP*, 54, 1968, p. 327. Sus críticas van referidas, en varias ocasiones, al positivismo legalista imperante en buena parte de los autores alemanes durante la República de Weimar y el nacionalsocialismo. Bien es verdad que no faltarían la posiciones iusnaturalistas que tomarían cuerpo sobre todo durante el nacionalsocialismo. Un ejemplo claro del segundo caso sería la obra de Hans Helmuth Dietze, por citar a alguno de los más radicales en sus posturas. Para una exposición crítica de su concepción iusnaturalista, cfr. GARZÓN VALDÉS, E., «Derecho natural e ideología», *Revista de Derecho penal y criminología* (Buenos Aires), 1968, pp. 16-23. En ese artículo cargaría especialmente las tintas contra esa doctrina, pero afirmaría que el iusnaturalismo al «pretender ser una ideología de la justicia o del orden recto puede encarnar una fuerza revolucionaria de transformación de un orden dado, mucho mayor que el iuspositivismo», p. 22.

sociedades post-industriales modernas»¹⁹. La supremacía de la ley y la seguridad jurídica van a jugar un papel importante, pero es necesario tener en cuenta la imposibilidad de liberar al método y a los principios de la ciencia jurídica «de toda contaminación con la ética, la política, la economía y la sociología». Para ello, es necesaria la integración de las ciencias sociales, sobre todo de la sociología, en la ciencia jurídica, es decir, entender el derecho en relación con los demás hechos culturales²⁰. La cuestión radica en saber qué peso le otorga a cada uno de los elementos que caen como gotas de agua en el paraguas jurídico, algo que Baratta no clarifica del todo; en particular, cuando habla del concepto de justicia. No basta con tener en cuenta –desde su óptica– que el derecho no es lo mismo que la ley, ni que existen exigencias morales más allá del derecho²¹.

Ya desde sus escritos de juventud atisba luces en un debate que hasta entonces todavía estaba plagado de sombras: «(...) la polémica en torno al positivismo jurídico y al iusnaturalismo viene perdiendo el carácter de una inconciliable guerra de religión y entra en una dimensión más objetiva y fecunda. El juicio emocional tiende a ceder el puesto al sereno examen histórico». No es menos cierto, sin embargo, que «la separación analítica entre los diferentes “significados” del positivismo y del iusnaturalismo y los diversos problemas correspondientes, respecto de los cuales la alternativa entre positivismo jurídico y derecho natural adquiere un sentido más preciso (el problema de la validez, el problema de la justicia y de la obediencia a la regla jurídica, el problema del método en la formación y en la interpretación de las leyes), ha permitido hacer frente a esta alternativa, quizá por primera vez en la historia de la filosofía del derecho, de una manera nueva, según la cual lo positivo y lo negativo, el “dar” y el “tener”, se distribuyen entre los dos términos en función de las diferentes voces»²². El cada vez mayor

¹⁹ BARATTA, A., «La jurisprudencia y la ciencia jurídica como fuente del derecho», en *Las fuentes del derecho: primeras jornadas jurídicas de Lleida*, Barcelona, Publicacions i edicions de la Universitat, 1983, pp. 53 y 54.

²⁰ El profesor italiano menciona la existencia de «fuentes de producción jurídica indirectas que pertenecen a otros sistemas y que escapan a la dogmática jurídica: factores de naturaleza ideológica y emocional que condicionan al derecho de forma irreflexiva pero no menos que los factores argumentativos ya enunciados (estereotipos, prejuicios, actitudes que no sólo el público, sino también los juristas, llevan consigo de forma reflexiva)», *ibidem*, p. 52.

²¹ No obstante, delimita –desde una concepción normativista– qué entiende por derecho, precisando que no sólo se refiere a las normas sino también a los procesos de formación y de aplicación de las normas, al complejo de órganos institucionales que presiden tales procesos, esto es, al sistema jurídico en la sociedad moderna. Se interesa por las normas jurídicas y las instituciones presupuestas a su formación y aplicación. A los procesos informales de comunicación e interacción que tienen lugar en la sociedad, reflexiona acerca de una relación funcional con el sistema jurídico o con determinados subsistemas; es decir, de una «cultura jurídica», BARATTA, A., «Alessandro BARATTA», *cit.*, p. 35.

²² BARATTA, A., *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 1.

desapego ideológico, en el actual debate jurídico-filosófico, lleva a que estos problemas no siempre estén jurídicamente argumentados desde determinados tópicos iusnaturalistas o positivistas.

El ser consciente de esta problemática, le lleva a iniciar su reconstrucción de la historia de la filosofía del derecho penal de la época de la República de Weimar, que no es sino una crítica al positivismo jurídico neokantiano y a la cultura jurídica alemana, bajo el prisma del plano axiológico e ideológico, a partir del contexto jurídico-penal que será objeto de análisis en una parte importante de su producción jurídico-filosófica. Fruto de ella es la publicación de dos pequeñas obras: *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza* (1963) y *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale* (1966).

En la primera analiza el problema de los conflictos de deberes y del estado de necesidad; en concreto, pone de relieve que una actitud de indeterminación conceptual y de tibieza argumental sirvió de caldo de cultivo de la vesania nazi surgida posteriormente. En ella sostiene la acertada tesis de que la degeneración del positivismo jurídico vino derivado por el subjetivismo axiológico imperante en varios autores neokantianos, que ayudaría al establecimiento de las doctrinas penales (y jurídico-filosóficas) del periodo nacionalsocialista, prestando especial atención a la teoría normativa de la culpabilidad y a la teoría del delito como lesión al bien jurídico vida en la doctrina alemana. Tal es así que su crítica filosófica «no se queda en lo externo, sino que investiga directamente los fundamentos ideológicos y culturales»; lo que le lleva a poner de relieve «sus condicionamientos reales, apareciendo a su vez como hipótesis, en su carácter contingente, el cual se extiende con un sano efecto desmitificador, hasta los dogmas considerados más abstractos e ideológicamente neutrales»²³.

Con esta clara toma de postura, su diagnóstico sobre el papel jurídico-ideológico de la judicatura durante la República de Weimar no podía ser más crítico: «La vocación del juez alemán, también en el período en el que la filosofía neokantiana de los valores, y con ella la conciencia interna alemana», atravesó «la crisis relativista», esto es, a principios de los años treinta del siglo pasado, manteniendo aquella máxima del jurista de la Alemania positivista: «servir al derecho positivo». Si bien es verdad, atravesó «sin mucha crisis de conciencia el período inquieto e incierto del inestable equilibrio weimariano, llevando silenciosamente consigo la aversión por todo sistema cultural pluralista y la nostalgia por la objetividad libertadora de los valores, radicadas (...) en la realidad ontológica misma de las instituciones éticas, interpretada según la sabiduría de la autoridad constituida y constituyente»²⁴. No deja de ser sorprendente, una afirmación tan

²³ BARATTA, A., *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 2.

²⁴ *Ibidem*, pp. 150 y 151.

poco encorsetada en los prejuicios ideológicos propios de algunos observadores internos.

La segunda obra le sirve de hilo conductor y desarrollo de la senda iniciada con el anterior libro. En esta ocasión, lo que hace es un desarrollo más sistemático de aquella interpretación histórica de la experiencia jurídica alemana del siglo XX²⁵. Realiza un análisis histórico-jurídico de la doctrina penal alemana de las tres décadas anteriores a la llegada al poder de Hitler, para dejar claro que el positivismo nunca fue el artífice de la degeneración autoritaria acaecida durante el régimen nacionalsocialista; al contrario, establece que dicha degeneración vino motivada por la crisis del positivismo jurídico que tomó cuerpo en la doctrina alemana de la República de Weimar. Es así hasta el punto de adjudicar «un papel preparatorio» al neokantismo, desde el punto de vista de la función *objetiva* de la filosofía de los valores, en comparación al decisionismo sustancialista del pensamiento jurídico nacionalsocialista. Pues «el neokantismo se presenta como el prólogo del drama» con su «intento de evasión de la concreta situación política y de la idealización de sus componentes reales», propio de la cultura oficial alemana de los primeros decenios del siglo, que no era más que «el reflejo espiritual de una sociedad alienada»²⁶. Al excesivo intento de idealización de buena parte de la doctrina penalista alemana, bajo el prisma del mundo irreal de los valores, se une la rígida separación entre derecho y moral.

La vía de salida se circunscribe –según Baratta– a un «conciliar valores y hechos típicos sin caer en el subjetivismo decisionista o en el formalismo legalista; reconstruir, por medio de un nuevo modo de operar la síntesis entre el elemento teleológico y el elemento tipológico de la norma, aquel bastión de la certeza del derecho que las experiencias autoritarias derribaron y que el pensamiento jurídico de la posguerra buscó fundamentar sobre bases más científicas»²⁷.

En este sentido, Baratta aboga por una separación entre derecho y moral, a pesar de que no desconoce la influencia de la primera en el segundo; pero sostiene que se canalice a través del principio de seguri-

²⁵ Hasta el punto de afirmar que «la línea interpretativa y crítica de las tendencias subjetivistas e irracionales del pensamiento jurídico alemán, y especialmente del penalista, que precede y prepara el giro autoritario de 1933, adoptada en el análisis de la doctrina de los conflictos de deberes y del estado de necesidad, uno de los capítulos indudablemente más ricos en contenido ideológico en la historia de la ciencia y de la experiencia jurídica alemana contemporánea, ha guiado este posterior tratamiento», *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale, cit.*, p. 17. Sin duda, la República de Weimar y el nacionalsocialismo se tornaron como dos épocas que no se podía comprender la una sin la otra.

²⁶ *Ibidem*, p. 119.

²⁷ *Ibidem*, pp. 122-123. Quizá no sea acertado referirse a bases más científicas, porque en la posguerra precisamente no se intentó hacer gala de ello, sino que más bien se pretendía ser consciente de las limitaciones del derecho y operar *racionalmente* con elementos *irracionales*.

dad jurídica, con el consiguiente aumento de certeza)²⁸. Abre, sin embargo, la puerta a una corriente jurídico-filosófica que conoció como sujeto activo, aunque no desde el principio: el pensamiento jurídico de la naturaleza de la cosa después de la segunda guerra mundial.

3. DERECHO NATURAL, NATURALEZA DE LA COSA Y ANALOGÍA

Es pertinente enmarcar buena parte de su producción científica en aquel debate surgido en Alemania, de mediados de los cuarenta a mediados de los sesenta, acerca de la *Natur der Sache*²⁹. Aquella concepción supuso una rehabilitación de los planteamientos iusnaturalistas desde enfoques diversos; nada raro, teniendo en cuenta que se partía de la utilización de un concepto polisémico. El cierto desorden metodológico de esta corriente hacía que fuera objeto de críticas³⁰,

²⁸ Así termina por hacer gala de su cariz positivista: «Investigar los errores del pasado reciente, a través de un puntual análisis de la experiencia jurídica más reciente, es una importante contribución que la filosofía del derecho, acuerdo en su peculiar función histórica y crítica podrá dar a una nueva fundamentación del irrenunciable valor de la certeza del derecho», p. 123. Proponer una neta separación entre derecho y moral no es que sea indeseable, sino que más bien resulta inviable. Quizá el problema verse en torno a cómo conciliar un positivismo con una referencia a valores, sino se parte de un posicionamiento claro en todos los temas jurídico-filosóficos y no sólo en una selección de los mismos; en particular, en la proliferación cada vez mayor de los casos difíciles.

²⁹ En Italia, el más temprano análisis de aquella concepción se encuentra en el artículo de Bobbio, originariamente publicado en alemán, «*Über den Begriff der Natur der Sache*», *ARSP*, 1958, pp. 305-321. Señalaría que el concepto de naturaleza de la cosa «es como una salida para una mejor comprensión del trabajo del legislador, del juez y del jurista en la formulación de reglas; es un elemento esencial constitutivo de la concepción del derecho como técnica de la convivencia social, que (...) me parece más aceptable que cualquier otra concepción». No obstante, sólo la reconocería bajo dos condiciones: primera, «que el concepto de la “naturaleza de la cosa” sea precisado en un sentido técnico estricto», y segunda, «que se sea consciente de sus propios límites, y no haga como si abriera todas las puertas», p. 320. GARZÓN VALDÉS, varias décadas después, recordando aquella corriente haría un diagnóstico menos indulgente: «Aunque la lectura de los escritos de Bobbio sobre el desarrollo del positivismo en Italia y la polémica de Hart contra Radbruch me habían convencido que la posición del nuevo jusnaturalismo alemán era insostenible, el hecho de que autores de tan diversa procedencia como el existencialista Maihofer, el tomista Schambeck y el marxista Bloch sostuvieran posiciones que cabían dentro de la designación general de la corriente de la “naturaleza de las cosas” despertó en mí una mayor curiosidad (...). Vistas las cosas 15 años más tarde, pienso que aquella obra tenía en el fondo una intención pedagógica: se trataba de un registro de libros que no valía la pena leer. O quizás sí: para ver de cerca la estrecha relación que suele haber entre términos tales como “derecho natural” o “naturaleza de la cosa” y lo que Stevenson llama “definiciones persuasivas”; para comprender la importancia del iusnaturalismo y del iuspositivismo como ideologías y la falacia que implica la asimilación indiscriminada de una u otra corriente con sistemas políticos determinados», «Ernesto GARZÓN VALDÉS», *Doxa*, 1, 1984, p. 1.

³⁰ Para varias críticas formuladas no sólo desde ese prisma, a un grupo de autores representantes de la citada corriente, cfr. GARZÓN VALDÉS, E., *Derecho y «naturaleza*

pero que resultase sugestiva por la ausencia de una ideología homogénea de sus defensores; es decir, resultaba difícil catalogar a este tipo de iusnaturalismo de pura ideología a la manera de cómo lo hizo en su momento el positivismo normativista representado por Kelsen.

El pensador italiano recuerda el loable esfuerzo realizado en los años cincuenta por algunos autores como Arthur Kaufmann, Werner Maihofer y Eberhard Schmidt para la superación de la abstracta polémica y alternativa radical surgida entre el positivismo jurídico y la doctrina del derecho natural³¹. Los familiarizados con la literatura alemana de la época recordarán algunas obras de estos y otros autores; como también, que varios ellos –al igual que Baratta– no pensaron en hacer responsables al positivismo jurídico de los desaciertos políticos, ni de las radicales construcciones jurídicas llevadas a cabo por determinados juristas. El problema surge por tomar la parte por el todo a la hora de posicionarse en cuanto a la defensa del positivismo o del iusnaturalismo, ya que desde ambas posturas se defendieron posiciones que no aguantarían en la actualidad un juicio sereno.

Este recurrente tema se retomaría por Baratta en posteriores artículos y se analizaría desde diferentes prismas³², aunque en más de una

de las cosas»: análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo, tomo 1, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Argentina), 1970, pp. 49, 65-70, 87-96, 126-127, 132-133, 151-154. Tomo 2, 1971, pp. 35, 39-49, 58, 73-78, 82-109, 113, 121 y 127.

³¹ BARATTA, A., «Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus», *cit.*, p. 346.

³² Baratta pone de relieve que Radbruch se inspiró en el neokantismo de la escuela sudoccidental (en particular de Lask) y la doctrina weberiana del «tipo ideal», concebía la naturaleza de la cosa como «el sentido de una relación vital referida a una idea» y le otorgaba un limitado papel de fuente secundaria y material del derecho y de instrumento de interpretación integrativa, no reconociendo a la naturaleza del derecho la capacidad de colmar el abismo existente entre ser y deber ser, sino que pretendía tender un puente entre ellas. Maihofer se inspiraba en la ontología fenomenológica y en la filosofía heideggeriana de la existencia y, afirmando decisivamente la tesis de la «deducibilidad» del deber ser a partir del ser, concebía la naturaleza del derecho como un «derecho natural concreto», esto es, «como un criterio de justicia material», reconociéndole la función de fuente primaria y formal del derecho y de instrumento no sólo de interpretación integrativa, sino también de corrección del derecho positivo, *Ricerche su «essere» e «dover essere»*, *cit.*, p. 5. El sello del materialismo dialéctico está patente al considerar que la justicia material es, en tanto que se corresponda con la naturaleza de la cosa, el principio ideológico positivo, que porta toda obra. Es necesario pasar de la teoría a la praxis y de la libertad al conocimiento de la necesidad, BARATTA, A., «Gedanken zu einer dialektischen Lehre von der Natur der Sache» (1968), en *Philosophie und Recht*, *cit.*, p. 173. En otro trabajo se hace eco de las teorías de la naturaleza de la cosa a la luz del pensamiento jurídico de Perelman, entre otros, «La teoría della natura del fatto alla luce della “nuova retorica”», en Università degli Studi di Camerino (ed.), *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, 34, 1968 pp. 38-72. Por último, para cerrar el círculo referido a la problemática de la naturaleza de la cosa es destacable su trabajo «Il problema della natura del fatto» en el que pone de relieve, a través de un análisis histórico, la evolución de la naturaleza de la cosa desde el siglo XIX hasta la actualidad, aunque centrándose especialmente en la década de finales de los cincuenta a finales de los sesenta, cfr. *Annuario Bibliografico di Filosofia del Diritto*, 2, 1969, pp. 227-302.

ocasión tomando como punto de referencia el famoso trabajo de Radbruch *Das Natur der Sache als Denkform* (1948)³³, que fue el iniciador de aquella corriente neoiusnaturalista en lo que a la naturaleza de la cosa se refiere. Esta corriente representa el «elemento nuevo y caracterizador dentro de la tendencia neoiusnaturalista de esta posguerra»³⁴. Ahora cobra aires nuevos, aunque con ropajes distintos, en las distintas teorías cognitivistas, pasando a ser el equivalente a la también indeterminada realidad social actual.

De finales de los cincuenta son destacables sus trabajos *Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs* y *Natura del fatto e diritto*. En el primero realiza un análisis retrospectivo de la relación existente entre el relativismo axiológico y la concepción iusnaturalista del segundo Radbruch. Considera que no se trata de un pasar el relativismo al derecho natural, sino en realidad de la aceptación del humanismo radbruchiano, que muestra el sentido positivo del relativismo positivo de Radbruch; es decir, «la aceptación del valor del individuo en una comunidad orientada al transpersonalismo socialdemócrata y en un Estado de derecho, que garantice a la vez el orden y la tolerancia»³⁵. En el segundo, sin embargo, analiza el problema de la naturaleza de la cosa como «un criterio de interpretación» y de «formación de la ley positiva», que, estando inspirado en una concepción negativa del estatalismo, del normativismo y del positivismo jurídico, «no constituye la negación de la positividad y de la legalidad del derecho», sino que más bien se afirma como el «límite de un sano positivismo», entendido en su justo sentido³⁶.

Este planteamiento abre el camino ya iniciado de deslindar lo que serían los positivismos deseables de los indeseables, haciendo lo propio también con el derecho natural: los basados en planteamientos autoritarios, racionalistas, divinos o legalistas; incluso podía darse la mezcla de apellidos en un mismo tipo. Así dispondríamos de «un modestísimo “iusnaturalismo”, destinado a cumplir una simple función de límite negativo de la arbitrariedad legislativa o judicial; o de un “positivismo” más flexible, gracias al apoyo objetivo de estos ingredientes teleológicos»³⁷. Baratta haciendo gala del segundo tipo, tiende la mano al primero. No considera la naturaleza de la

³³ En *Gesamtausgabe*. Tomo 3: *Rechtsphilosophie III*, Heidelberg, C.F. Müller, 1990, pp. 229-254.

³⁴ BARATTA, A., *Natura del fatto e giustizia materiale. Certezza e verità nel diritto*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 3.

³⁵ Ahí señala que el relativismo de Radbruch ni está desprovisto de convicción, ni su idea de la justicia es puramente formal y vacía de contenido. Más bien, como en toda ideología positiva, expresa el mensaje político y pedagógico de Radbruch, así se llega a la misma impresión con su derecho supralegal y marca la aspiración de Radbruch hacia la justicia, cfr. «Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs» (1959), en *Philosophie und Recht*, cit., p. 30.

³⁶ BARATTA, A., «Natura del fatto e diritto naturale», *RIFD*, 36, 1959, p. 190.

³⁷ OLLERO, A., *¿Tiene razón el derecho?*, 2.ª ed., Madrid, Congreso de los Diputados, 2006, p. 246.

cosa como eterna e inmutable tal y como lo hacía el derecho natural legalista, más allá de la historia, sino que más bien «tiene un contenido mutable, intrínseco a las determinaciones históricas mismas de la convivencia humana», individual y limitada normalmente a una institución concreta³⁸.

En este contexto, a pesar de tener en cuenta estos planteamientos, analiza la naturaleza la cosa desde una óptica neohegeliana y nominalista, fuera de los planteamientos mayoritarios que ven en ella un marcado carácter ontológico e incluso metafísico. Este problema indefectiblemente trae a colación otro: el de la superación de la distinción entre ser y deber ser, entre realidad y valor. El ser y el deber ser, el hecho y el acto, la objetividad y el valor, adquiere así el significado límite de dos modos de considerar la historia: en cuanto ocurrido (*avvenuto*) y en cuanto ocurre (*avviene*). La historia se constituye como concreción espiritual, como acto que pone el hecho, y lo supera, y como tal esa es «la unidad concreta de dos momentos, que sólo en la abstracción se pueden superar: el acto y su *naturaleza*. La *naturaleza* del hecho reside en el acto». Para apostillar con mayor precisión: «La *naturaleza de la cosa* es la actividad del sujeto que fija y cualifica el hecho, otorgándole una y otra vez a éste un sentido nuevo»³⁹.

El punto de vista heurístico general de la relación dialéctica entre «ser» y «deber ser» significa –según Baratta– concebir el deber ser no sólo como falseamiento de la realidad, sino sobre todo como potencialidad concreta de la satisfacción de necesidades históricamente determinadas por los individuos (conservación y cualidad de la existencia) relativa a un determinado grado de desarrollo de la fuerza productiva en una formación histórico-social, por ejemplo en nuestra sociedad capitalista⁴⁰.

El concepto de naturaleza de la cosa, en la dialéctica hegeliana, es la *verdad de la cosa*. Su toma de postura hacia una concepción hege-

³⁸ «Natura del fatto e diritto naturale», *cit.*, p. 185. Ahí mostrará sus influencias al abordar la concepción de la naturaleza de la cosa en Radbruch y Maihofer.

³⁹ «Natura del fatto e diritto naturale», *cit.*, pp. 202 y 222. En conexión con esta etapa destaca su único trabajo, enfocado desde una perspectiva analítica, sobre la relación entre el ser y el deber ser: *Ricerche su «essere» e «dover essere» nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto* (1968). Ahí examina el significado de ambos conceptos desde diversos planos del conocimiento jurídico, centrándose en una perspectiva estrictamente empírica y analítica en la que parece no sentirse del todo cómodo por ser sus intereses jurídico-filosóficos otros. En aquella ocasión, muestra su recelo hacia la filosofía analítica cuando señala su «insuficiente ortodoxia respecto al movimiento de la filosofía “analítica”», al igual que viene a decirnos que su planteamiento no está necesariamente ligado a la aceptación de todas las premisas teóricas del neopositivismo y de la *filosofía* «analítica»; al contrario, su método y costumbre de investigación filosófica (también jurídico-filosófica) sirve, o debe servir, «como instrumento para establecer y siempre restablecer críticamente el propio vínculo funcional con la experiencia y con la praxis», *cit.*, p. 9.

⁴⁰ BARATTA, A., «Alessandro BARATTA», *cit.*, p. 37. Quizá el problema no radica en el modelo capitalista como tal, sino en el consumismo desorbitado.

liana de la naturaleza de la cosa⁴¹ posibilita una nueva fundamentación de la justicia material por medio de la relación entre el ser y el deber ser. La justicia material es, en tanto «que se corresponda con la naturaleza de la cosa», el «principio ideológico positivo»⁴².

La naturaleza de la cosa muestra siempre más que una teoría dialéctica, en la que Baratta –siguiendo a Maihofer– transita desde un punto de vista auténticamente existencial a un marxismo en su versión humanista y utópica⁴³. En cambio, una concepción deliberadamente dialéctica se encuentra en la obra de Nicos Poulantzas *Nature des choses et droit*⁴⁴ de 1965. En ella es posible detectar un cariz más inmanentista, en el tratamiento de la naturaleza de la cosa, que en el autor italiano⁴⁵. Es patente, al contrario, en el pensador italiano una tensión entre una prosa deliberadamente inmanentista y a la vez un acercamiento al planteamiento de Radbruch y Maihofer. Del primero toma la imposibilidad de poder ignorar fácilmente el dualismo metódico y su no consideración de la naturaleza de la cosa como fuente del derecho; en cambio, del segundo asumiría la función de la misma como criterio de justicia material y su deliberado esfuerzo de concreción, aunque sin llegar a asumir la idea de un derecho natural concreto.

Si se profundiza un poco más, cabe señalar que otra diferencia importante radica en el plano de la historia de las ideas. Siguiendo la obra de Baratta, éste hace una lectura de Marx partiendo de Hegel hasta la época de juventud de aquél (fecha aproximadamente hasta la publicación del Manifiesto Comunista en 1848), aunque sin dejar de hacer algunos guiños a su etapa de madurez. Interesa el Marx que reconstruye a Hegel desde el poshegelianismo. En cambio, Poulantzas hace un recorrido de ida y vuelta: existe *a priori* una cierta reconstrucción de Hegel,

⁴¹ Ya en su juventud se ocupó de este tema, cfr. «Natura del fatto e diritto naturale», *cit.*, pp. 177-228.

⁴² BARATTA, A., «Gedanken zu einer dialektischen Lehre von der Natur der Sache», *cit.*, pp. 174 y 181.

⁴³ BECCHI, P., «Alessandro BARATTA als Rechtsphilosoph», en *Gedenkfeier für Universitätsprofessor Dr. jur. Dr. h.c.mult. Alessandro BARATTA*, *cit.*, pp. 16 y 17.

⁴⁴ El subtítulo sería clarificador al respecto: *Ensayo sobre la dialéctica de la realidad y del valor*. Años después, el profesor griego daría cuenta de la influencia que en él ejercieron los escritos de juventud de Marx, cuando elaboraba esa obra: «Sin embargo, y esto no tiene el sentido de una autocrítica, todavía estaba influenciado por el historicismo humanista del joven Marx», POULANTZAS, N., «Marx y el derecho moderno», *cit.*, p. 157.

⁴⁵ Desde el primer momento deja claro su acercamiento a Hegel, y la crítica realizada por Marx, que no hace sino brindar los datos fundamentales de la actual concepción de una ontología antropológica del derecho. Considera así que cualquier estudio de la naturaleza de las cosas, del significado inmanente a la realidad jurídica, sólo puede comenzar con un análisis de las estructuras ontológicas del derecho: en tanto que precisamente la noción misma de naturaleza de las cosas presupone el sentido inmanente de la realidad, se plantea la cuestión ontológica del ser, la cuestión de los datos fundamentales inherentes al derecho, *Nature des Choses et droit*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1965, p. 17.

pero *a posteriori* se lleva a cabo una *destrucción* del mismo, pasando a dotar de mayor unidad y sistematicidad al Marx de madurez para proponer una auténtica *revolución utópica* con mayúsculas.

Retomando el debate antes comentado, Baratta propone un «punto de vista constructivo para el establecimiento de la relación entre el ser y el ser-deber ser en vista de una teoría de una naturaleza de la cosa», fundamentada «en un concepto dialéctico de esta relación; por supuesto, generalmente, en un concepto histórico y humanista de la realidad jurídica que se atribuye a partir de la relación dialéctica entre sujeto y objeto; al mismo tiempo, tiene por “sujeto” al hombre como el principio activo de conciencia y transformación del mundo, y “objeto” las estructuras propias de este mundo en su historicidad». Añadirá más adelante: «Sólo dentro de la conexión dialéctica de la persona con su mundo puede y debe ser planteado hoy el problema de la relación entre ser y deber ser; es decir, el problema de la naturaleza de la cosa»⁴⁶.

Su análisis de la relación entre conocimiento y valoración le conduce a la entrada en juego de los juicios de valor y de las decisiones prácticas. Baratta avanza un paso más en su exposición de la naturaleza de la cosa (o del hecho, como prefiere llamarla), desde el momento en que presta atención a su relación con el pensamiento analógico y, por ende, a la interpretación del derecho.

El razonamiento formal de la argumentación de la analogía jurídica se torna más interesante⁴⁷, por lo que tiene de aplicabilidad práctica. A grandes rasgos, la analogía opera a partir de dos casos, uno regulado y el otro no previsto por el legislador, que tienen una relación de semejanza, es decir, identidad de razón, lo cual se toma como base para que al segundo se le atribuya el predicado del primero. No se trata de una conclusión lógica, sino que más bien se estaría ante una comparación. Hasta el punto de que el razonamiento analógico «se alimenta no sólo de su seguridad lógica y de su aplicabilidad práctico-jurídica, en virtud de la “similitud jurídica”, sino que introduce sus raíces más profundamente en el campo del derecho al presuponer que la aplicación jurídica de disposiciones legales y del derecho consuetudinario no sólo pueden y deben ser inmediatamente fecundadas, sino también mediatamente»⁴⁸. Viene a ser uno de los métodos valorativos por excelencia.

La imposibilidad de evitar por completo las lagunas en el ordenamiento jurídico conduce a que se permita la entrada en juego de la analogía de la ley y analogía del derecho. Baratta explica adecuadamente que la expresión *analogia legis* pasa a ocupar el lugar de la palabra *extensio*, mientras que la expresión *analogia iuris* señala a

⁴⁶ BARATTA, A., «Juristische Analogie und Natur der Sache», *cit.*, pp. 156 y 157.

⁴⁷ Un primer paso fue «Note in tema di analogia giuridica», en *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 571-593.

⁴⁸ ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico* (trad. de Ernesto Garzón Valdés), Granada, Comares, 2001, p. 175.

partir de ahora el procedimiento hermenéutico como un tipo especial de la analogía jurídica a causa de los principios generales del derecho. De tal manera que considera que «la analogía de la ley significa la extensión (*extensio*) de una norma jurídica para los casos no regulados»; en cambio, «la presunta *analogia iuris* sería sólo la subsunción del caso bajo una de esas normas jurídicas generales y no formuladas. Exactamente igual que en la usual determinación del derecho»⁴⁹. La *analogia legis* sería la establecida en los textos legales⁵⁰ y coincidiría normalmente con la llamada interpretación extensiva, aunque esto es sabido que no es unánime en la doctrina.

Sin ir más lejos, en 1966 Bobbio cambia su concepción de la analogía al leer *Note in tema di analogía giuridica* de Baratta, respecto de la que mantenía en su obra *L' analogía nella logica del diritto* (1938), al establecer que la analogía es una especie del género principios generales del derecho, es decir, que «consiste de hecho en extender la disposición de una norma particular expresa a un caso no contemplado mediante la extracción de un principio que se considera común al supuesto de hecho expresado y al no expresado». Anteriormente, sostenía que la analogía y los principios generales del derecho eran procedimientos que no tenían nada que ver, aunque cumplieran una misma función integradora de las lagunas⁵¹.

En cambio, Kaufmann daría una gran importancia a la analogía hasta el extremo de que «el momento analógico está siempre presente en la obtención del derecho»⁵². En el procedimiento analógico la cons-

⁴⁹ BARATTA, A., «Juristische Analogie und Natur der Sache», *cit.*, pp. 137 y 138.

⁵⁰ Para Prieto la diferencia puede consistir «en una menor tendencia a la generalización en el caso de la analogía (*legis*) que en el caso de los principios (*analogia iuris*), en el sentido de que una vez creada la regulación analógica del nuevo caso singular, el proceso de normación tiende a detenerse en ese caso, mientras que los principios muestran una tendencia a generar normas diversas aplicables a distintos supuestos de hechos comprensibles en la esfera del principio», PRIETO, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, Barcelona, Trotta, 2005, pp. 210 y 211.

⁵¹ Aquel cambio –también por influjo de Carnelutti– aparece en la voz «Principi generali di diritto», *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, 1966, p. 895. Citado por ATIENZA, M., *Sobre la analogía en el Derecho*, *cit.*, pp. 64 y 65. Al respecto, Atienza señala: «Bobbio precisa que la identificación sólo tendría lugar entre la analogía y un cierto tipo de principios generales: los extraídos de las normas particulares. Pero además de éstos, Bobbio habla aquí de principios extraídos de la naturaleza de las cosas (entendiendo por “naturaleza” de una institución su función económico-social), de ideas y convicciones que aparecen como patrimonio común de la humanidad civilizada (uno de los aspectos “del siempre joven Derecho natural”) o de ideas y convicciones morales sociales de carácter variable (por ejemplo, el principio del abuso del Derecho)», p. 65.

⁵² «Bemerkungen zur positiven Begründung und zur Falsifikation des Rechts», en PRITTWITZ, C. et al. (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 88. Ya en su *Analogie und «Natur der Sache»* afirma que «todos nuestros conocimientos tienen sus raíces en último término en analogías», 2.ª edición, Heidelberg, R.v. Decker & C.F. Müller, 1982, p. 33. Ya en la primera edición de 1965 –como Kaufmann reconoce– se sintió influido por la conferencia de BARATTA «Analogía jurídica y naturaleza de la cosa» impartida en 1962 en la Universidad de Sarrebruck, Karlsruhe, C. F. Müller, 1965, pp. IX y X.

trucción del *tertium comparationis* significa que «el tercero produce una conexión entre una cosa y la otra», y, por tanto, el «*tertium comparationis* se transforma entonces en un *tertium communicationis*»⁵³.

Por tanto, su concepción de esta relación entre el ser y el deber ser sólo cabe «dentro de la conexión dialéctica de la persona con su mundo», siendo crucial la tarea de búsqueda del principio jerárquico que pueda aclarar la naturaleza axiológica de las estructuras del mundo humano, partiendo de «la base de una concepción humanista de la historia» que permita reconocer el «proceso dialéctico que conduce a la formación de las estructuras sociales y jurídicas». El hombre, su dignidad y su libertad no *son*, se producen, es decir, «no son ningún elemento dentro de un ser estático, ningún punto de partida, sino un resultado». En eso se basa la «gran importancia humanística de la afirmación revolucionaria de Sartre de que la existencia precede a la esencia y no al contrario»⁵⁴.

4. RUMBO HACIA LA UTOPIA CONCRETA

A Baratta no le importó demasiado que la historia, relativamente reciente, le hubiera vuelto la espalda. Sus razones radicaban en un plano quizá menos ambicioso, pero más perdurable en el tiempo: los desfavorecidos. Este hecho lo tuvo presente desde tempranas publicaciones, aunque fue comprendido en una extensión mayor ya en sus últimos trabajos jurídico-filosóficos. No optó ni por una reconversión ni por un drástico cambio de rumbo, sino por una filosofía del derecho comprometida y, en cierta medida, muy personal. Sin ir más lejos, en los temas de política criminal parecía casi una cuestión personal.

Intentó hacer una filosofía del derecho crítica, al igual que una criminología crítica, a pesar de lo cual no encaminó demasiado su pensamiento jurídico hacia el uso alternativo del derecho⁵⁵. Más bien «asu-

⁵³ LACHMAYER, F., «Das tertium comparationis im Recht», en HASSEMER, W. et al. (eds.), *Verantwortetes Recht*, Wiesbaden, ARSP, Franz Steiner, 2005, p. 68.

⁵⁴ «Juristische Analogie und Natur der Sache», *cit.*, pp. 157 y 159.

⁵⁵ Las citas a este movimiento serían escasas. En una de ellas señalaría: «Precisamente en Italia, tras la segunda guerra mundial, se ha desarrollado una teoría, y en parte también una praxis judicial, que intenta favorecer un “uso alternativo derecho” también por parte de los jueces, orientada a la igualdad social y a los intereses de las capas más perjudicadas de la población; en vez de favorecer los intereses de los grupos dominantes», BARATTA, A., «La jurisprudencia y la ciencia jurídica como fuente el derecho», *cit.*, p. 49. En nota al pie menciona a uno de los juristas más representativos de aquel movimiento: Prieto Barcellona. Ferrajoli también se sentiría atraído por esta corriente doctrinal, pero posteriormente daría un giro en su pensamiento jurídico hacia un derecho penal mínimo que tenía como base el garantismo de los Estados constitucionales y que abogaba, al igual que Baratta, por una separación entre moral y derecho. Esta doctrina serviría de acicate intelectual, en España, a LÓPEZ CALERA, N., SAAVEDRA, M. y ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Sobre el uso alternativo del derecho*, Valen-

mió a lo largo del tiempo posiciones autónomas, en el sentido de “originales”; volvió a formular teóricamente las mismas otras veces; pero mantuvo una relativa coherencia en el tiempo». En general, «no supo o no quiso ir más allá de una indicación metodológica para la solución de la cuestión; convenció poco y a pocos, quedándose, de hecho, generalmente solo»⁵⁶. Se mantuvo al margen de teorías mayoritarias, del ideario político y de las soluciones rápidas y perentorias, circunstancias que no le hacían fácil calar en los pensadores italianos de los años setenta que estaban más metidos en disquisiciones analíticas o, en el peor de los casos, bajo el manto de ropajes políticos.

Su criminología crítica es una lógica continuación de sus anteriores trabajos de filosofía jurídico-penal⁵⁷ y viene a ser una crítica a la doctrina criminológica actual. Incluso en la criminología crítica había (y hay) diferentes corrientes, Baratta representa la de los reduccionistas en contraposición a la de los abolicionistas. Los segundos abogan por una supresión de las penas, en contraposición a los primeros que persiguen una reducción de las penas como medida para resocializar al delincuente.

Será a partir de los años ochenta cuando, después de un importante periodo dedicado a la política criminal, vuelve al terreno jurídico-filosófico con su aportación al denominado «derecho penal mínimo», en conexión con los derechos humanos y las garantías penales. Con su denominada criminología crítica pretende domesticar el derecho penal reduciéndolo a la mínima expresión.

Baratta considera que el sistema punitivo más que rehabilitar a los criminales lo que hace es reprimir conflictos en vez de resolverlos, por lo que la solución más viable es optar por un derecho penal mínimo. El esbozo de unos principios de derecho penal mínimo, esto es, de una teoría de los derechos humanos como objeto de protección y límite del derecho penal⁵⁸.

Hacia los noventa inicia su última etapa, quizá la más jurídico-filosófica y más desprovista de derecho penal, encuadrada en el marco de análisis de los derechos humanos⁵⁹. Desde Alemania observa con

cia, Fernando Torres, 1978. Una vuelta de tuerca más proponiendo «un uso alternativo razonable», LÓPEZ CALERA, N., «¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?» (1997), en *¿Es posible un mundo justo?*, Granada, Universidad de Granada, 2003, p. 98.

⁵⁶ PAVARINI, M., «Para una crítica de la ideología penal», *cit.*, p. 145.

⁵⁷ BARATTA, A., «Alessandro BARATTA», *cit.*, p. 38.

⁵⁸ Cfr. «Principi del diritto penale minimo», *Dei Delitti e delle pene*, 1985, pp. 443-473.

⁵⁹ Según expone P. BECCHI, «a partir de la mitad de los años noventa Baratta intenta salir de los escollos de la criminología crítica (o de lo que para él fue una crisis de crecimiento), redescubriendo la temática de los derechos humanos e insertándola progresivamente en el ámbito de un discurso más amplio: el de las necesidades y el desarrollo humano. De la cuestión criminal se pasa así a la cuestión humana», «Alessandro BARATTA (1933-2002)», *cit.*, p. 33. Ciertamente, esta época se compone de determinados trabajos sueltos, que no constituirían del todo una unidad, sino sólo una

prudencia los acontecimientos políticos que suceden en Italia, Latinoamérica y otros lugares. Los cambios jurídicos se alimentan de los cambios políticos. Rápidamente entiende que la paz, el hambre y las desigualdades son varios de los grandes problemas patentes en las sociedades capitalistas. En este sentido, quizá es exagerado su excesivo prisma crítico, ya que sus soluciones son demasiado idealistas a pesar de que hablase –en repetidas ocasiones– de construir una «*utopía concreta*» falseadora de la realidad dada del derecho y de las relaciones sociales por ella establecidas⁶⁰. Es decir, construir una teoría de la justicia material que centre su atención en los criterios formales de control de los juicios de valor y en la definición del contenido de una ideología positiva del derecho⁶¹.

Para ello, Baratta plantea una reivindicación de la subjetividad del hombre sobre aquella «usurpación» de los sistemas que encuentra expresión en los movimientos populares (por ejemplo, para la paz, para la protección ecológica, para los derechos y la igualdad de las mujeres y de las minorías, etc.), constituyendo todos un gran desafío de los hombres en confrontación con los sistemas y que es hoy una tarea preeminente de la filosofía jurídica. Esta tarea consiste en contribuir a la investigación del método y del contenido, al igual que a la investigación y al control racional de una nueva teoría de la justicia, entendida como ideología positiva o utopía concreta⁶².

«intención» no culminada a causa de su muerte pocos años después. Véanse los trabajos allí citados.

⁶⁰ BARATTA, A., «Alessandro Baratta», *cit.*, p. 37.

⁶¹ Considera que los elementos constitutivos del derecho y de la cultura jurídica (argumentación y discurso, instrumentos y organizaciones) que se pueden analizar dentro del complejo «derecho y cultura del derecho» «tienen una relación directa o indirecta con valores y ideologías y pueden venir estudiados en relación a ésta». Así con el término «valor» se refiere al «punto de vista valorativo y a las valoraciones (juicios de valor: por ejemplo, la elección entre intereses en conflicto)». Con «ideología» se refiere, en el «sentido *positivo* del término (como hace Mannheim), a programas de acción ligados a las visiones generales del mundo; en el sentido negativo del término (como hace Marx), a modos de idealización y racionalización de la realidad ligada a una falsa conciencia de ella», BARATTA, A., «Alessandro Baratta», *cit.*, p. 35. La negativa se refiere a la *falsa conciencia*, que legitima instituciones sociales a las que atribuye funciones ideales diversas de las que realmente ejercen; es decir, los diferentes «poderes» como la escuela, la Iglesia, la televisión son usados por el Estado para propagar la ideología de la clase dominante y llevar al trabajador a la aceptación del sistema capitalista como forma más permanente de la sociedad. En cambio, la positiva sería ideología penal identificada como ideología de la defensa social, BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, 8.ª ed., México, siglo XXI, 2004, p. 35.

⁶² «Alessandro Baratta», *cit.*, p. 39. Mirado con cierta distancia los parecidos entre Maihofer y Baratta son más que razonables y no sólo, desde el punto de vista de la naturaleza de la cosa, sino también a la hora de abordar el concepto de utopía. Wolf Paul, discípulo de Maihofer, recuerda los fundamentos interdisciplinarios de su *politische Rechtswissenschaft*, que denominó como «ciencia de la legislación» y que entendió enfáticamente como trabajo en pos de la gran utopía de la «sociedad cosmopolita sin clases de un mundo del mañana», «Nachruf. Entschlossen, alles neu, alles

En el desarrollo de esta teoría del conocimiento la sombra de Bloch es alargada por medio de la obra *Naturrecht und menschliche Würde* (1961), donde se plasmó la cercanía de los planteamientos marxistas y el iusnaturalismo hasta el extremo de hablarse de un «derecho natural marxista»⁶³. Este esbozo podría ser, perfectamente, uno de los puntos de partida de Baratta a la hora de elaborar –por desgracia, a medio empezar– una teoría posmoderna del derecho⁶⁴.

Al final, su utopía concreta se concibe como una posibilidad real para disminuir la diferencia de clases sociales frente a los más desfavorecidos. Su finalidad es conseguir erradicar la pobreza que, en su última dirección, se acrecentó en trabajos relacionados con los derechos humanos tales como el titulado *Necesidades como fundamento de los derechos humanos*, en el que su acercamiento al cognitivismo resulta algo más claro. En primer lugar, defiende unas «condiciones mínimas de existencia», que sirvan para paliar todo déficit de desarrollo humano canalizado por medio de los correspondientes programas de acción, pero no proyectados como programas jurídicos. Así matiza que la juridificación de los programas de acción debe ir acompañada de una política integradora de la protección y aseguramiento de los derechos en plano local⁶⁵.

Al final, aboga porque su tarea no quede en saco roto y anima a que se convierta en una tarea colectiva consistente en trabajar sobre los «problemas de fondo del derecho y del Estado», es decir, aquellos relativos a la «fundamentación de los principios de una ética jurídica, el problema de la legitimidad, de la justicia social e internacional, de la democracia y de la solidaridad». Por consiguiente, contribuir no sólo a «la construcción de un nuevo saber colectivo *del* derecho y

anders zu machen – Zum Tode von Werner Maihofer», en *Juristenzeitung*, 3, 2010, p. 134. No es aventurado decir que Baratta pensaba en algo parecido. Tomando algunas enseñanzas de Cesarini Sforza, empieza a hacer hincapié en la justicia, llegando a poner de relieve que la búsqueda de ésta se ennoblece por el reconocimiento de su función básica dentro de la constitución de la experiencia jurídica: la utopía, que siempre resulta negada teniendo en cuenta la positividad de los ordenamientos. Denuncia desde su realidad una justicia en permanente puesta en duda cuyo ideal resulta inalcanzable, BARATTA, A., «Zur Rechtsphilosophie Widar Cesarini Sforzas», *cit.*, p. 63.

⁶³ Así afirma: «Aun cuando las utopías sociales y las teorías iusnaturalistas estaban de acuerdo en lo decisivo, en el logro de una sociedad más humana, entre ambas se dan diferencias muy importantes». Tal es así que «la utopía social diseñaba de antemano situaciones en las que dejan de existir los *agobiados y oprimidos*, mientras que el Derecho natural construye situaciones en las que dejan de existir los *humillados y ofendidos*», BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana* (trad. de Felipe González Vicén), Madrid, Aguilar, 1961, p. XI. Precursora del concepto de realidad utópica destaca su obra, bastante menos conocida, *Geist der Utopie*, München, Duncker & Humblot, 1918, pp. 77, 167, 276, 287, 334, 338-339, 437 y 444.

⁶⁴ Cfr. «Nomos e tecnè. Materiali per una teoria postmoderna del diritto», en MARRA, R. (ed.), *Filosofia e sociologia del diritto penale*, *cit.*, pp. 209-214.

⁶⁵ Cfr. «Bedürfnisse als Grundlage von Menschenrechten», en JUNG, H. y NEUMANN, U. (eds.), *Rechtsbegründung-Rechtsbegründungen*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 17-18.

sobre el derecho adecuado a la situación humana de nuestro tiempo», sino también «atribuir un espacio relevante al análisis del modo *real* de funcionar del derecho»⁶⁶. Con ello, no hace sino una vuelta a los orígenes para cerrar el círculo.

5. CONCLUSIONES

Su condición primaria y palmaria de filósofo del derecho⁶⁷ hace que su legado cobre mayor importancia desde el momento en que, la filosofía del derecho en Alemania y en varios otros países, se reduce paulatinamente marcada por una política universitaria utilitarista en términos económicos. Curiosamente, es posible detectar en Baratta –e igualmente en distintos filósofos del derecho y penalistas de su época– una profundización en la problemática jurídico-filosófica al principio y al final de su carrera académica.

Su teoría del conocimiento es un claro ejemplo de la cercanía de los planteamientos marxistas a un determinado tipo de derecho natural, es decir, a un iusnaturalismo que intenta convencerse de que la realidad filosófica presenta cierto grado de abstracción, pero que la realidad jurídica debe ser concretada y determinada.

En el análisis histórico-jurídico del pensamiento alemán su claridad y precisión es mayor que cuando opera en otras líneas de investigación, seguramente por ser uno de los campos en los que se siente más cómodo.

Hizo gala de un «pensamiento erizo»⁶⁸ caracterizado por el sentido crítico e inconformista hacia las corrientes imperantes de la dogmática jurídica, por un lado; a la vez que sugerente, intuitivo y en cierto sentido ácrata, por otro. Desde este prisma marxista, aunque no exclusivamente sobre él, analizó los problemas jurídico-filosóficos, haciendo especial hincapié más en los fundamentos y en la crítica que, quizá, en los desarrollos y las conclusiones.

Su particular visión del derecho presenta algunas paradojas en el análisis de los elementos extralegales –aderezado de cierta indeterminación conceptual y de un objetivismo moral no querido– que le hacen acercarse más a un no positivismo (quizá entendido como un iusnaturalismo camuflado) que al actual «positivismo blando» (*soft positi-*

⁶⁶ «Nomos e tecne», *cit.*, pp. 213 y 214.

⁶⁷ En este punto es posible adherirse a los planteamientos ya señalados de Bergalli y Pavarini, aunque en ambos casos –por razones de espacio– se omitieron algunos de ellos.

⁶⁸ Se toma la idea de Capella, cuando en una entrevista tilda su carácter de «un poco erizo», «Juan Ramón Capella Hernández», en SOSA WAGNER, F. y FUERTES, M., *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 34.

vism) del que se haría valedor, aunque sin utilizar esta relativamente reciente nomenclatura.

Su concepción jurídico-política –nada amiga de planteamientos *neoliberales*– no discurre tanto por el camino del vaciamiento del Estado o de imposición de cortapisas al libre debate de las ideas, sino que más bien incide en reducir las desigualdades sociales, a la vez que ayudar y/o beneficiar a los más desfavorecidos. El inevitable desarrollo de las sociedades capitalistas vuelve a reabrir esta permanente tensión del mundo contemporáneo: a mayor nivel de bienestar menor solidaridad por parte de los individuos.

Fecha de recepción: 31/03/2010. Fecha de aceptación: 30/11/2010.