

## ACERCA DEL VALOR DE LA FRATERNIDAD EN EL DERECHO PENAL

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA  
*Universidad de Valparaíso*

*SUMARIO: I. Fraternidad y Derecho penal: ¿dos términos inconciliables? II. Estigma y vicisitudes de la fraternidad. III. Su reviviscencia como principio político y valor jurídico derivado de la idea de humanidad. IV. Proyección en el Derecho punitivo. V. Colofón.*

*PALABRAS CLAVE: Fraternidad, Derecho Penal, Solidaridad, Valores Revolucionarios.*

### I. FRATERNIDAD Y DERECHO PENAL: ¿DOS TÉRMINOS INCONCILIABLES?

El título de esta exposición parece albergar una antítesis insanable mancomunando los términos “fraternidad” y “Derecho penal”. ¿Puede acaso tener plaza la fraternidad en del hosco circuito del Derecho penal? Todavía más, ¿puede la fraternidad, asumiendo que sea un valor, representar una exigencia valorativa también para el inamistoso ordenamiento de delitos y penas?

El Derecho penal debe su nombre a la específica sanción jurídica que le es propia. Contemplada como concepto filosófico-jurídico, la pena es aquella especie de sanción jurídica de carácter público que el respectivo ordenamiento considera como de mayor gravedad; para la Dogmática criminalista, consiste en una pérdida o limitación de determinados bienes jurídicos, impuesta según la ley por los órganos jurisdiccionales y en sentencia firme al individuo que ésta declara responsable de un delito<sup>1</sup>. Tras toda pena opera un poder de disposición que separa al condenado de la comunidad e implica un cierto grado, mayor o menor según la intención y extensión de la clase de pena que se tome en cuenta, de desconocimiento de la condición de persona, del semejante, del hermano en el sujeto pasivo del *ius puniendi*. ¿Cómo podría el Derecho punitivo congeniar con el concepto de fraternidad, en circunstancias que su denominación, así como la entraña de su arma terrible e imponente, la pena, lo tornan poco y nada fraterno, por no decir odioso?

A su vez, la fraternidad está erizada de complicaciones conceptuales que dificultan no sólo compaginarla con el Derecho penal, sino, antes que eso, descubrir en su seno rasgos que la muestren compatible con las exigencias jurídicas en general. En efecto, llamamos fraternidad al amor o afecto entre hermanos o entre quienes

---

<sup>1</sup> Estas definiciones son objeto de análisis en nuestro libro *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2009, pp. 35-43.

se tratan como hermanos. Pero, ¿a qué orden normativo pertenece este concepto? ¿A la religión o la moral, como seguramente supondrá quien se aproxime al tema? ¿No será, además, un principio político? En fin, ¿existirá en la fraternidad algún elemento que permita incardinarla entre los principios, normas o reglas jurídicas?

Estos problemas, amén de otros de que daremos somera cuenta más adelante, explican que de la fraternidad haya dejado de hablarse tan pronto como apareció en la arena política y constitucional, en 1848, y que fuese reemplazada por otros pensamientos, de distinto contenido e inferior calidad, como “solidaridad”, “cooperación”, “mutualismo”, “reciprocidad”, etc.<sup>2</sup>. Sin embargo, ella volvería a la carga exactamente cien años después, y nada menos que en la Declaración universal de los derechos del hombre, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo primero establece que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”. Y hace no muchos años, con ocasión del bicentenario de la Revolución francesa, en 1989, este “principio olvidado”, como lo llamó el politólogo Antonio Maria Baggio<sup>3</sup>, suscitó renovado interés, dedicándosele numerosos estudios históricos, políticos, sociológicos y jurídico-constitucionales, principalmente en Francia e Italia<sup>4</sup>.

Nuestro conciso aporte examina primero la naturaleza del concepto de fraternidad. Luego, lo relaciona con el concepto de humanidad, opción tanto más justificada cuanto que ambos se enlazan por sus respectivos papeles de fundamento (humanidad) y consecuencia (fraternidad) en la Declaración universal de los derechos del hombre. Por último, habrá que repasar la significación del concepto en la Reforma penal del Iluminismo, que fue también el momento fundacional del Derecho penal contemporáneo, y esbozar su proyección en el Derecho penal *tout court*.

---

<sup>2</sup> MARTINELLI, Alberto, I principi della Rivoluzione francese e la società moderna, en MARTINELLI, Alberto, SALVATI, Michele y VECA, Salvatore, Progetto 89. Tre saggi su libertà, eguaglianza, fraternità, Il Saggiatore, Milano, 1989, cfr. p. (55-164) 60.

<sup>3</sup> Introduzione: La riscoperta della fraternità nell'epoca del Terzo '89, en el volumen colectivo, editado por el mismo autor, Il principio dimenticato. La fraternità nella riflessione politologica contemporanea, Città Nuova Editrice, Roma, 2007, cfr. pp. (5-23) 6 y 7, en las que observa que, a diferencia de libertad e igualdad, cuya evolución las convertiría en categorías políticas y auténticos principios constitucionales, “la idea de fraternidad no ha tenido una suerte análoga; si se exceptúa el caso francés, ella ha vivido, como principio político, unas vicisitudes marginales, ha recorrido el curso de un río subterráneo cuyas raras emersiones no conseguían irrigar por sí mismas, salvo esporádicamente, el terreno político”. Acto seguido subraya que el pensamiento histórico y político la ha redescubierto en los años que precedieron la celebración del bicentenario de la Revolución de 1789, según consignamos *supra*.

<sup>4</sup> La obra más importante y extensa que conocemos es la tesis doctoral del luego profesor en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Poitiers, Michel Borgetto, La notion de fraternité en Droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité. Préface de Philippe Ardant, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1993.

## II. ESTIGMA Y VICISITUDES DE LA FRATERNIDAD

La fraternidad no nació como un concepto político ni se levantó de la cuna de las nociones jurídicas. Su sede prístina yace en la religión. Es el amor que debe reunir a todos los hombres como hijos de Dios. Incluso el acoplamiento con los ideales de libertad e igualdad, en los que usualmente se columbra un estatuto normativo distinto —el de los derechos subjetivos—, evoca la constitución imaginaria de una nueva trinidad, no ya transmundana, sino sublunar, cismundana. Esto aparte, si en la tradición del cristianismo los religiosos se miran a sí mismos como hermanos, así también la francmasonería, otro necesario punto de referencia en la conformación histórica del concepto, hizo una costumbre del ejercicio moral al interior de asociaciones fraternas<sup>5</sup>.

Es precisamente el estigma religioso y, para la mentalidad laica, la estampa moral de la fraternidad el factor de la especial complejidad de la empresa consistente en manejarla política, jurídica o sociológicamente<sup>6</sup>. El impedimento está certificado por el hecho que marcó el inicio de la Época contemporánea. Como anota la historiadora Mona Ozouf, el carácter nebuloso de la fraternidad, con su ambición sentimental y potentes raíces cristianas, dificultó sobremanera que pudiese emerger y afirmarse durante la Revolución francesa. De hecho, hasta el 10 de agosto de 1792 triunfó la libertad; después vino la hora de la igualdad con el gobierno de la Montaña<sup>7</sup>. En cambio, la fraternidad no fue llamada en causa, salvo muy de pasada en un artículo añadido a la Constitución de 1791 a propósito de las fiestas nacionales que había descrito un año antes Camille Desmoulins, y, todo a lo más, en el papel de fraternidad republicana, esa que luce en el proyecto de decreto presentado por Maximilien Robespierre en diciembre de 1790, tocante a la divisa y bandera de las nuevas guardias nacionales, que debían llevar inscriptas las palabras “Libertad, Igualdad, Fraternidad” bajo la frase “El pueblo francés”<sup>8</sup>. No

---

<sup>5</sup> Hoy es dudoso que la tricotomía libertad, igualdad y fraternidad sea de origen francmasón, como se supuso antaño. Cfr. BAGGIO, *op. cit.*, pp. 7-8, con apoyo en AMADOU, Robert, “Liberté, Egalité, Fraternité. La devise républicaine et la Franc-maçonnerie”, en *Renaissance traditionnelle*, N<sup>o</sup>s. 17-18, janvier-avril 1974, tome V, al que habría que agregar SOBOUL, Albert, *La Rivoluzione francese*, traducción de Giuseppe Vettori, Newton Compton, Roma, 1974, cfr. p. 61. De otra opinión, HOBBSAWM, Eric, *La era de la Revolución, 1789-1848*, traducción de Felipe Ximénez de Sandoval, Crítica, Buenos Aires, 1998, p. 67, donde apunta que, “en su forma más general, la ideología de 1789 era la masónica, expresada con tan inocente sublimidad en *La flauta mágica*, de Mozart”. Véase, además, BORGETTO, *op. cit.*, pp. 24-25.

<sup>6</sup> Cfr. BORGETTO, *op. cit.*, pp. 2-7.

<sup>7</sup> *Voz Fraternité*, en FURET, François y OZOUF, Mona, *Dizionario Critico della Rivoluzione Francese*, edición italiana al cuidado de BOFFA, Massimo, Bompiani, Milano, 1988, cfr. p. (657-666) 657.

<sup>8</sup> BAGGIO, *L'idea di 'fraternità' tra due Rivoluzioni: Parigi 1789-Haiti 1791. Piste di ricerca per una comprensione della fraternità come categoria politica*, en *Il principio dimenticato*, etc.,

sobreabunda recordar que el lema de la “fraternidad patriótica” –y este oxímoron sí que constituye una irremediable contradicción– se transformaría en la arenga “fraternidad o muerte” durante las guerras que debió librar la República contra sus enemigos, por ende, en una fraternidad destituida de proyección universal, circunscrita a la nación francesa y ni siquiera a toda ésta en el período del *Terreur*<sup>9</sup>.

Como sea, los sociólogos concederían su preferencia a otros conceptos, principalmente la solidaridad, que luego evolucionó en la solidaridad social propugnada por algunos juristas de la segunda mitad del siglo XIX<sup>10</sup>. Por su parte, el pensamiento jurídico había abandonado la fraternidad, suponiendo que alguna vez la considerase de otra forma que como una noción imprecisa, dulzona y ayuna de la aptitud de cimentar relaciones bilaterales<sup>11</sup>. Después de todo, libertad e igualdad expresan derechos, y por eso van acompañadas de complementos genitivos, *v. gr.*, las libertades de conciencia, trabajo o propiedad, y las igualdades ante la ley civil o las cargas públicas, al paso que la fraternidad está desprovista de potencialidad transitiva; es una voz que agota su substancia en sí misma, sin trascender a na-

---

cit., cfr. pp. (25-56) 27 y 28, y BORGETTO, *op. cit.*, cfr. pp. 9 y 52. Este último autor, empero, argumenta en pp. 109 y ss., que la noción fue utilizada durante la Revolución como fundamento de algunas innovaciones legales, por ejemplo, en materia de indemnizaciones a las víctimas de la guerra.

<sup>9</sup> Exagerado y abultado tendenciosamente en sus excesos por los historiadores enemigos de los jacobinos, Robespierre en particular, y de la obra, en muchos respectos notabilísima, del Comité de Salud Pública. Cfr. JORDAN, David P., Robespierre. El primer revolucionario, traducción de Patricio Canto, Javier Vergara Editor, Buenos Aires, 1986, especialmente pp. 205-2115. Acerca de la fraternidad bajo el Terror, BAGGIO, L'idea di 'fraternità' tra due Rivoluzioni, etc., en *op. cit.*, cfr. p. 36, y BORGETTO, *op. cit.*, pp. 54 y 73 y ss.

<sup>10</sup> La doctrina de la solidaridad es francesa. Nació en abierta polémica con el principio de fraternidad de matriz revolucionaria, al que se acusó de ser incapaz de traducirse en prescripciones normativas y, por ende, servir de fundamento a derechos y obligaciones sociales. El origen de la doctrina se halla en la obra de Leon Bourgeois, estudiado para nuestro efecto por MASSA PINTO, Ilenia, *Costituzione e fraternità. Una teoría della fraternità conflittuale: "come se fossimo fratelli"*, Jovene Editore, Napoli, 2011, cfr. pp. 47-57, y, en general, por BORGETTO, *op. cit.*, pp. 344 y ss., especialmente pp. 353-369, en las que recuerda los antecedentes de la teoría de Bourgeois y la dependencia de la solidaridad del positivismo comtiano. A su vez, la solidaridad social es un concepto clave en la filosofía jurídica de Leon Duguit, para el cual no habría derechos subjetivos, sino deberes impuestos por tal solidaridad, que en la nomenclatura del autor se llaman situaciones jurídicas subjetivas. Véanse, entre otras obras de DUGUIT, *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, traducción de Carlos González Posada, Edeval (Colección “Juristas perennes”, número 8), Valparaíso, 1987, pp. 36-55, y el análisis de BORGETTO, *op. cit.*, pp. 382-385. Por cierto, esta solidaridad no tiene que ver con las obligaciones solidarias del Derecho civil, que son mucho más antiguas y vástagos del pensamiento jurídico individualista, cuyo único objetivo con ellas es asegurar el cumplimiento de la obligación. Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*, Jovene, Napoli, 14ª ed., 1999, p. 421.

<sup>11</sup> Aunque hubo algunos juristas, y no de los menos importantes, que la estudiaron como principio del Derecho público francés: Maurice Hauriou, Gaston Jèze, Henri Nézard y Jean Dabin, según registra BORGETTO, *op. cit.*, cfr. pp. 1 y 121-124.

die más que el sujeto unilateral de la predicación, como una simple obligación moral<sup>12</sup>. En la actual Filosofía del Derecho también reina el parecer que invita a desentenderse olímpicamente de la fraternidad, acusada de intrusa en la discusión jurídico-política. Por ejemplo, Norberto Bobbio estima que los fundamentos de la democracia moderna son la libertad y la igualdad, no así la fraternidad, que se inscribe en el lenguaje religioso<sup>13</sup>. Menos tajante en su planteamiento, pero igual de apodíctico en la conclusión, John Rawls sostiene que el papel secundario que ha tenido la fraternidad en la teoría de la democracia se debe a que no define derecho democrático alguno; transmite un sentido de amistad cívica y de solidaridad moral en lugar de alguna exigencia definida, a contrapelo del “principio de diferencia” enarbolado por este autor, según el cual “la idea de no querer tener mayores ventajas a menos que esto sea en beneficio de quienes están peor situados”, “parece corresponder al significado natural de la fraternidad”<sup>14</sup>.

Al desapego de los juristas contribuyó la circunstancia, ya registrada, de que la fraternidad salió de la escena no bien hubo entrado en ella durante los eventos revolucionarios de 1848. Como se sabe, la Revolución de 1848 fue a su modo una reacción contra las insurrecciones burguesas del siglo anterior con sus principios racionalistas e ideales tomados del individualismo abstracto, lo que significa no sometidos a la mordida de la historia ni examinados a la luz de las condiciones concretas de los grupos sociales. El artículo IV del Preámbulo de la Constitución de la II República francesa fue la primera disposición de un documento jurídico en proclamar que la República tiene como principios la libertad, la igualdad y la

<sup>12</sup> OZOUF, *Fraternité*, en *op. cit.*, cfr. p. 657.

<sup>13</sup> Eguaglianza e libertà, Einaudi, Torino, 1995, cfr. p. XI. En todo caso, el descarte por motivos sólo lingüísticos es injustificado. Los juristas recibimos el concepto de deber u obligación, a través del de *officium*, que pertenece a Cicerón, de la filosofía moral de los estoicos, sobre todo Panecio de Rodas; y lo manejamos gustosos como una noción jurídica, no moral. Algo análogo se observa en muchísimos conceptos jurídicos que en su origen fueron filosóficos o nociones que emigraron desde fuentes religiosas, como objeto, substancia, accidente, causa, culpabilidad, retribución, etc. Acerca del origen estoico de las acciones convenientes o deberes, REALE, Giovanni y ANTISERI, Dario, *Il pensiero occidentale dalle origini ad oggi*, 3 vols., Editrice La Scuola, Brescia, 14<sup>a</sup> ed., 1991, t. I, cfr. p. 196; de CICERÓN, *Los oficios*, traducción de Manuel de Valbuena, Espasa-Calpe, Madrid, 2003, libro I, capítulo II, cfr. pp. 28-29.

<sup>14</sup> La verdad es que el principio en cuestión no tiene nada que ver con la fraternidad. Se trata de un principio económico, propio de la economía capitalista, o de una ideología construida sobre la economía capitalista, no de un principio moral o jurídico. Parece una reformulación mejorada del principio de eficiencia enunciado en 1896 por Vilfredo Pareto, con arreglo al cual la asignación óptima de los recursos se da en la situación en que no es posible reasignar los bienes existentes a favor de alguien sin empeorar con ello la condición de los demás. Cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia*, traducción de María Dolores González, Fondo de Cultura Económica, México, 2<sup>a</sup> ed., 2012, p. 107 (de la que recogemos las frases citadas), y, sobre PARETO, Denis, *Storia del pensiero económico*, 2 vols., traduzione di Franco Rodano, Mondadori, Milano, 1986, t. II, pp. 223-228.

fraternidad<sup>15</sup>. El artículo VIII estableció que la República, por asistencia fraternal, tiene el deber de asegurar la existencia de los ciudadanos necesitados, sea procurándoles trabajo dentro de los límites de sus recursos, sea socorriendo a quienes no poseen edad de trabajar ni familia que pueda sostenerlos. Pues bien, esta primavera de la democracia, incluso la resonancia de la Revolución de 1848 en Alemania, Italia, Austria, Hungría y otros países cuyas sublevaciones populares consiguieron algunos avances políticos, murió anegada en la sangre de los trabajadores pobres que perecieron en las barricadas de París, Berlín o Milán o fueron después fusilados o deportados, en medio del pavor de los liberales moderados y del odio de los ricos hacia los que están abajo<sup>16</sup>. Con ella se hundió también la fraternidad.

### III. SU REVIVISCENCIA COMO PRINCIPIO POLÍTICO Y VALOR JURÍDICO DERIVADO DE LA IDEA DE HUMANIDAD

Quedó dicho que la rama de la fraternidad ha reverdecido en las ciencias culturales de nuestro tiempo, que la replantean primordialmente como principio político.

Sin embargo, el avío del recentísimo decurso es jurídico, el artículo 1º de la Declaración de 1948<sup>17</sup>. No es casual que este precepto engarce la dignidad del hombre con un deber de fraternidad mediante el contacto de dos propiedades distintivas de nuestra especie, razón y conciencia. Del mismo modo, tampoco ocurre por una combinación azarosa que libertad e igualdad, dejadas a sí mismas, tengan que entrar en tensiones muy graves, en una contradicción de principios que Georg Simmel calificó de irreductible sin el concurso de un tercer elemento, la fraternidad<sup>18</sup>. El conflicto hinca sus raíces en el carácter bifronte de la naturaleza humana. El hombre dejaría de ser lo que es sin su irrepetible individualidad y la libertad que le es indispensable para desplegar su identidad en todas las potencialidades que ésta encapsula. Pero, por otra parte, el hombre sería incapaz de reconocerse como

<sup>15</sup> Acerca de esta “real innovación” que puso a la fraternidad como condición necesaria de la República y principio de acción política, cfr. BORGETTO, *op. cit.*, pp. 253 y ss. Como recuerda en p. 271, uno de sus efectos fue la abolición de la pena de muerte para los delitos políticos.

<sup>16</sup> Cfr. HOBBSAWM, Eric, *La era del capital, 1848-1875*, traducción de A. García Fluixá y Carlo A. Caranci, Crítica, Buenos Aires, 1998, pp. 27 y 29.

<sup>17</sup> Sin olvidar el Preámbulo y el artículo segundo de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958, que declaran ideal común y lema de la República, respectivamente, la libertad, igualdad y fraternidad. Asimismo, las Constituciones de varios países africanos inscriben la fraternidad en su divisa nacional. Cfr. BORGETTO, *op. cit.*, p. 10.

<sup>18</sup> Que el sabio alemán define como altruismo, según destaca MARTINELLI, *I principi della Rivoluzione francese e la società moderna*, cit., cfr. pp. 128-129. De SIMMEL, véase, en castellano, Sociología. Estudios sobre las formas de socialización, 2 vols., traducción de J. Pérez Bances, Espasa-Calpe Argentina, Buenos Aires, 1939, t. II, pp. 340-342.

tal y de sobrevivir sobre la faz de la tierra a falta de sus semejantes, sin el “tú” que es ingénito a las relaciones sociales y jurídicas<sup>19-20</sup>. El antagonismo entre esta pareja de elementos constitutivos de nuestro ser genera esa “insociable sociabilidad” estudiada por Kant, la inclinación de los hombres a formar sociedad que, empero, va unida a una resistencia que amenaza perpetuamente con disolverla<sup>21</sup>. Pues bien, esta doble inclinación humana, a entrar en sociedad y, a la vez, aislarse, tendencia insociable que en sentir de Kant impele a los hombres a desarrollar sus mejores talentos en la pugna con otros, como crecen los árboles de un bosque en búsqueda de la luz solar que les ciegan los otros árboles, halla su ajuste en la idea de fraternidad.

---

<sup>19</sup> De hecho, el aislamiento, el apartamiento de la sociedad humana, podría generar en la persona trastornos psicopatológicos incluso graves. La gran mayoría de los individuos psíquicamente anormales es asocial, y algunos son derechamente antisociales. Cfr. JASPERS, Karl, *Psicopatología general*, traducción de Roberto O. Saubidet y Diego A. Santillán, con revisión técnica de Héctor Pérez-Rincón, Fondo de Cultura Económica, México, 2ª ed., 1996, pp. 799-800. La advertencia adquiere un valor adicional por provenir de quien la formula, un célebre psiquiatra adscrito a la filosofía existencialista.

La antropología filosófica del idealismo trascendental marchó por el mismo rumbo. Para Fichte, por ejemplo, ningún hombre llega a serlo verdaderamente sin los demás. La necesidad de que existan otros, la deducción de la multiplicidad de yos empíricos, se funda en que el hombre tiene el deber de serlo plenamente, y esto se realiza a condición de que existan otros seres racionales. Cfr. *Introducción a la teoría de la ciencia*, traducción de José Gaos, Sarpe, Madrid, 1984, pp. 133-151, y *Fundamento del Derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, traducción de José L. Villacañas Berlanga, Manuel Ramos Valera y Faustino Oncina Coves, con Estudio introductorio de José L. Villacañas Berlanga, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 133 y 134. Un punto de vista católico parcialmente coincidente, en STEIN, *La struttura della persona umana*, presentazione di Angela Ales Bello, traduzione dal tedesco di Michele D'Ambra, Città Nuova Editrice, Roma, 2000, cfr. pp. 53, 69 y 187.

<sup>20</sup> Es más, el valor del “otro”, como recomienda llamar al prójimo Francisco Romero, es tal, que en parte muy considerable el yo se realiza en relación con él. Cfr. *Teoría del hombre*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1952, pp. 286 y 296. Por su parte, Scheler enclava el fundamento del amor al hombre (*humanitas*) en la simpatía, que a su juicio es una función originaria del espíritu, innata en cada individuo humano y perteneciente a la constitución de todos los seres dotados de afectividad en general. *Esencia y formas de la simpatía*, traducción de José Gaos, revisada y presentada por Íngrid Vendrell Ferran, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2005, cfr. pp. 150 y 189.

<sup>21</sup> Idea de una historia universal en sentido cosmopolita, en *Filosofía de la historia*, Prólogo y traducción de Eugenio Ímaz, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, cfr. pp. (39-65) 46-48. El Psicoanálisis confirmaría la especulación del filósofo prusiano con su explicación del desarrollo humano a partir de la represión y sublimación de los instintos. “De la diferencia entre el placer de satisfacción hallado y el exigido surge el factor impulsor, que no permite la detención en ninguna de las situaciones presentes, sino que, como dijo el poeta, ‘tiende, indomado, siempre hacia adelante’”. FREUD, *Más allá del principio del placer*, en *Obras completas*, 3 vols., traducción de Luis López-Ballesteros y de Torres, Biblioteca Nueva, 4ª ed., 1981, t. III, p. (2507-2541) 2528. El poeta es Goethe, en el Fausto.

Téngase presente que la fraternidad no coincide exactamente con la idea de humanidad, siquiera el trato fraterno sea la lógica continuación del principio humanitario. El propio Kant columbró la humanidad varias veces a propósito de la dignidad del hombre. La igualdad de todos los seres racionales, cualquiera que fuere su posición social, radica en ser el hombre un fin en sí mismo y en su estimación como tal por los demás, en no poder ser utilizado como mero medio para fines ajenos. En esto, en la razón práctica, “no en la razón considerada como simple instrumento para la satisfacción de diversas inclinaciones, reside el fundamento de la ilimitada igualdad de los seres humanos, aun con seres más altos que habrían de superarles por sus dotes naturales, pues ninguno de ellos podría pretender por eso el derecho de mandar y regir caprichosamente sobre aquéllos”<sup>22</sup>. La idea de la humanidad pasará de la esfera moral al campo jurídico, transformada además en un valor, gracias al iusfilósofo y penalista neokantiano Max Ernst Mayer, quien la definió así en 1923: “La humanidad consiste en romper mentalmente todas las vinculaciones de los hombres a las sociedades históricamente dadas, para no admitir más que la pertenencia a la sociedad humana o, como también suele decirse, no atribuir ningún valor a las condicionalidades en que consiste la existencia de todo ser social, y reconocer el máximo valor a la dignidad de la persona en cuanto tal. La humanidad proclama y exige el hombre en sí”<sup>23</sup>.

Pero, ¿cuál es el vínculo que la une a la fraternidad y cómo se desprende ésta de aquélla? La respuesta no ha venido de los juristas, sino de la revaloración de la fraternidad como principio político, cuyos portaestandartes se esmeran en relacionarlo con las circunstancias del presente. Así, piensa Ozouf que la fraternidad llevaría a su cabal realización el principio de la democracia, porque rehúsa encerrar al individuo en sus condiciones concretas de existencia y, antes bien, postula una idea de humanidad al interior de la idea de individualidad, “agrega a los derechos individuales un derecho social, inserta la revolución social en la lógica de la revolución política”<sup>24</sup>. También Martinelli cree que la fraternidad es capaz de resolver

---

<sup>22</sup> Comienzo presunto de la historia humana, en *idem*, cfr. pp. (67-93) 76-77.

<sup>23</sup> Filosofía del Derecho, traducción de Luis LEGAZ LACAMBRA, Editorial Labor, Barcelona, 1937, pp. 192-193. Franciso Romero expresa la misma idea, pero desde la sociabilidad humana: “Así como el yo intencional necesita de los tú y los nosotros, y quedaría desde el comienzo trunco y fracasado sin ellos, así el yo espiritual sólo se realiza en la ideal comunidad de los espíritus, en el final encuentro de cada uno con los demás, configurando de esta manera una fraternidad en la que no queda ningún rastro de relación concreta o práctica; una especie de nosotros diferente de todos los nosotros efectivos y limitados, que asocia al yo con todos los ellos y comprende el cuerpo completo de la humanidad como realidad espiritual”. *Op. cit.*, pp. 301-302.

<sup>24</sup> Acentuando el sesgo político, prosigue: “La fraternidad revolucionaria, aplicación de la democracia a la totalidad de la vida social, antes depona a favor de la afinidad entre el socialismo y la democracia que del antagonismo de éstos”. *Op. cit.*, pp. 665-666.

las contradicciones de libertad e igualdad, pero en la medida que se la reconozca como un valor universal y absoluto, cual fraternidad global de hombres y mujeres que comparten un destino común, “concepción acaso menos utópica hoy que en el pasado a resultas de la creciente interdependencia económica y cultural de los pueblos de la tierra y la amenaza constituida por la muerte atómica y el desastre ecológico para la supervivencia de la especie humana”<sup>25</sup>. El carácter universal de la fraternidad, este subproducto de la humanidad, salta a la vista al compararla con el empobrecido concepto de solidaridad, tan grato al oportunismo político de la hora. La solidaridad —escribe Baggio— puede dar una aplicación parcial a la fraternidad, pero ésta tiene un significado más amplio y, en el fondo, propio y diferente. La solidaridad “permite que se haga el bien a otros, aun manteniendo una posición de fuerza, una relación ‘vertical’ que va del fuerte al débil; en cambio, la fraternidad presupone la relación horizontal, la comunidad de bienes y de poderes”<sup>26</sup>. En verdad, la solidaridad, que significa la adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros, apenas guarda puntos de contacto con la fraternidad. Le falta la simpatía y consideración hacia el otro, por lo que tiende a la burocratización, incluso la deshumanización, una vez que se la institucionaliza<sup>27</sup>.

La exigencia del trato fraterno se une a la abstracción de la humanidad en cuanto valor puro, merced a las exigencias concretas que plantea la existencia humana en su devenir histórico. La fraternidad permite relacionar un concepto valioso, pero vacío de contenidos, con un material determinado, si es verdad que la humanidad, al igual que los conceptos *a priori*, puede realizar en plenitud su independencia empírica únicamente *a posteriori*, esto es, en contacto con la multiplicidad de la experiencia social, donde surgen los objetos valorados, que en el Derecho se denomina bienes jurídicos, con los correspondientes derechos y obligaciones<sup>28</sup>. Si se quiere, la fraternidad es la misma humanidad, pero considerada como principio práctico, el que reclama tomar en cuenta a los hombres concretos, “que no son átomos de la vida social, sino fuerzas eficientes de la misma”, “factor de realización

<sup>25</sup> I principi della Rivoluzione francese e la società moderna, cit., pp. 143-144.

<sup>26</sup> “Tanto es así que cada vez más se está elaborando en teoría y en la práctica la idea de una ‘solidaridad horizontal’, con referencia a la ayuda recíproca entre sujetos diversos, sea pertenecientes al ámbito social, sea de semejante nivel institucional”. La riscoperta della fraternità nell’epoca del Terzo ’89, en *op. cit.*, pp. 21-22.

<sup>27</sup> Conforme, BORGETTO, *op. cit.*, p. 584. En otras palabras, se desliga de la idea de humanidad. El mismo autor, cfr. pp. 594-605, enfatiza que la fraternidad, no la solidaridad, permite hacer frente a los fenómenos de intolerancia, racismo y, en general, heterofobia que se han convertido en la palanca de la actual reviviscencia de la fraternidad como principio jurídico en Francia.

<sup>28</sup> Basándonos en RADBRUCH, ya habíamos enunciado este lazo en el libro *Elementi di Filosofia giuridico-penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, cfr. pp. 99-100.

y no de disolución de la vida social”<sup>29</sup>, en situaciones también delimitadas que demandan la consideración del otro, el deber de comportarse fraternalmente con él, como reza el artículo inaugural de la Declaración universal de los derechos del hombre. En resumen, la fraternidad da el paso que lleva desde el individualismo abstracto de la ideología del Iluminismo dieciochesco, a las conclusiones precisas que es necesario extraer de la individualidad de cada sujeto en particular y del carácter sociable de la humanidad en su conjunto.

Sería precipitado aseverar que la segunda cláusula del precepto contenido en el artículo 1º del documento de 1948 es tan sólo una ley en sentido formal, dado que incluiría una manifestación cuyo contenido carece de naturaleza jurídica por no regular conductas humanas en relación con otros hombres, como las que imponen el amor a la patria, la creencia en seres sobrenaturales o la vida de ultratumba<sup>30</sup>. Al contrario, su base es antropológica y etnológica, la razón y conciencia de nuestra subordinación recíproca, de la radical ineptitud humana de vivir sin otros que nos son iguales en dignidad y derechos, y a los que precisamente por ello debemos tratar como a hermanos. Que la mutua dependencia, el “infierno que son los demás” contra el que se rebelaron algunos existencialistas<sup>31</sup>, se erija en factor determinante de la fraternidad entre los miembros de la familia humana, bien pudiera ser una astucia de la razón<sup>32</sup>. O, si se prefiere, mirada positivamente, es “el afecto de saberse unidos hacia el mismo objetivo, de saber que todo lo que uno tiene de valor y todo lo que se reconoce de valor en los demás procede del objetivo común”<sup>33</sup>. En todo caso, sería injusto calificarla de principio moral o una avanzada iusnaturalista. Para la moral, la fraternidad es un afecto; en el Derecho, una necesidad social y, a la vez, un precipitado normativo de la dignidad del hom-

---

<sup>29</sup> MAYER, *op. cit.*, pp. 210-211.

<sup>30</sup> Acerca de estas leyes puramente formales, véase RIVACOBIA y RIVACOBIA, *División y fuentes del Derecho positivo*, Edeval, Valparaíso, 1968, p. 108.

<sup>31</sup> En la famosa frase del personaje Garcin del drama *A puerta cerrada* (Huis clos) de Jean-Paul Sartre, que manejamos en la traducción de SASTRE, Alfonso en las *Obras completas* (Teatro) del autor, Aguilar, Madrid, 1970. Sobre el particular, BOBBIO, Norberto, *El existencialismo. Ensayo de interpretación*, versión española de Lore Terracini, Fondo de Cultura Económica, México, 5ª ed., 1966, cfr. p. 93.

<sup>32</sup> Como pasa con los instintos y las pasiones en la filosofía de la historia de Hegel, que ingresan a ésta cual siervos de la razón, “es decir, como herramientas elegidas con destreza por la idea divina para alcanzar un fin, para establecer una armonía y equilibrio que nadie conoce”. SCHELER, *La idea del hombre y la historia*, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1959, p. 29.

<sup>33</sup> “En su sentido mediato o significativo –prosigue Ernst Bloch en su análisis de la fraternidad–, presupone siempre la influencia de la comunidad, y también del trasfondo axiológico del que ésta procede y en el que se funda”. *Derecho natural y dignidad humana*, Edición, estudio preliminar y notas de Francisco Serra, con traducción del alemán de Felipe González Vicén, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 299 y 300.

bre. “El reconocimiento y respeto de la dignidad propia, como fin, de cada uno, en sí, envuelve y exige el reconocimiento y respeto de la dignidad ajena, y asienta la noción de fraternidad”<sup>34</sup>.

Ocurre que ésta no designa una clase de normas ni de reglas jurídicas, por más que normas y reglas estén inspiradas directamente en ella, por ejemplo, las disposiciones chilenas que limitaban hasta hace poco el acceso de quien quiera que fuere al Registro general de condenas y una que todavía hoy castiga como injuria grave imputar a otro un delito ya penado o prescrito<sup>35</sup>. No es tampoco una generalización obtenida directa o indirectamente de normas o reglas particulares, ayuna de un preciso supuesto de hecho y, por tanto, imposible de aplicar del mismo modo que las reglas propiamente dichas. La fraternidad no es un “precepto de optimización”. Tal como luce en la Declaración de las Naciones Unidas, la fraternidad constituye un auténtico principio jurídico<sup>36</sup>. De su proyección en el Derecho penal nos ocuparemos ahora.

#### IV. PROYECCIÓN EN EL DERECHO PUNITIVO

La reforma legislativa del Iluminismo, en la segunda mitad del siglo XVIII, especialmente su fracción revolucionaria, cuyo prototipo es el Código penal francés

---

<sup>34</sup> RIVACOBIA y RIVACOBIA, Orden político y orden penal, en la *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, vol. 22, N° 2 (monográfico: Derecho penal y Criminología), mayo-agosto de 1995, p. (201-211) 205. En otra obra, expresa que “el individualismo, en suma, sólo es tal, y culmina, en la *solidaridad*”. Del liberalismo a la democracia, Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, Bilbao, 1989, p. 10. Destacamos en cursiva el debilitamiento que parece sufrir el pensamiento original sobre el punto del recordado juriconsulto español. Acerca del lazo entre dignidad y fraternidad, véase, además, BORGETTO, p. 633.

<sup>35</sup> Artículo 417, N° 2°, del Código penal chileno (1874). Muy otro sentido tiene la ley N° 20.594, de 19 de octubre de 2012, que conmina la pena de inhabilitación absoluta perpetua para trabajar en contacto con menores a los reos de delitos sexuales graves contra éstos (artículos 21 y 372), crea una sección especial en el Registro de condenas para anotar a los condenados perpetua o temporalmente a la interdicción y obliga a las instituciones o individuos que requieran contratar a personas para funciones que impliquen una relación directa con menores de dieciocho años, a que soliciten previamente al Registro la información de si el candidato aparece o no en sílabo. Con esto, simples particulares pasan a ser corresponsables de la ejecución de una pena pública, deber en parte compensado porque la ley otorga a cualquiera persona natural o jurídica el derecho de pedir la información, bastando que se identifique. El acceso al registro es telemático, como telemática es esta pena infamante.

<sup>36</sup> Una síntesis general o idea categorial, como la llama Borgetto, que permitiría explicar y comprender teóricamente ciertas situaciones, reglas y principios jurídicos bien precisos, comenzando por el principio democrático, porque inspira al Derecho público en su conjunto. *Op. cit.*, cfr. pp. 613, 617, 618 y 619. Véase, además, PIZZOLATO, “Appunti sul principio di fraternità nell’ordinamento giuridico italiano”, en *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, Milano, anno XIV, settembre-dicembre 2001, pp. (745-805) 757 y 765.

de 1791<sup>37</sup>, estuvo manifiestamente inspirada por la idea de humanidad, soporte ético que templó los arrestos del principio de utilidad, asimismo rector de la reforma<sup>38</sup>. Ésta redujo drásticamente el catálogo de delitos, disminuyó el arsenal de puniciones, suprimiendo algunas y procurando mitigar las demás, consagró el principio de legalidad de delitos y penas e impuso la prescripción de toda forma de responsabilidad penal, por no mencionar las todavía más numerosas e importantes transformaciones que aportó o proyectó para el proceso criminal<sup>39</sup>.

Llevado de un comprensible entusiasmo por el papel del Siglo de las Luces en la gestación del Derecho penal liberal, Jiménez de Asúa sentenció que en el Código de 1791 “quedaron modelados los principios de la Revolución francesa, *Libertad, Igualdad y Fraternidad*”, y atribuye al poder de la fraternidad la dulcificación y benignidad de su sistema penal, particularmente haber eliminado de la capital los sufrimientos suplementarios que todavía se usaba en Europa<sup>40</sup>. Sin embargo, sabe-

---

<sup>37</sup> Código penal francés de 1791, traducción y nota introductoria de José Luis Guzmán Dalbora, en la *Revista de Derecho penal y Criminología*, de Madrid, 3ª Época, N° 1, 2009, pp. 481-517, incluido también como Apéndice del Discurso sobre la transcendencia y la personalidad de las penas, de Maximilien Robespierre, traducción, prólogo y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 2009, pp. 123-196.

<sup>38</sup> RIVACOBA y RIVACOBA, La reforma penal de la Ilustración, tirada aparte del volumen Teoría general del Derecho, Lógica e Informática jurídica (*Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 5, 1987), editado por la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Edeval, Valparaíso, 1988, cfr. p. 23.

<sup>39</sup> Las que “produjeron una verdadera mutación y conmoción en su momento, poseen un valor perdurable y representan un estímulo todavía no satisfecho en la actualidad”, anota RIVACOBA y RIVACOBA, *idem*, p. 27. Es de deplorar que en los últimos años reaparezcan prácticas execradas por el Iluminismo, como las pruebas privilegiadas, acusaciones secretas, los jueces y testigos anónimos, el premio de la delación y la soplonería, que se ataque el principio de inocencia e incluso no falte quien defienda la aplicación del tormento a sospechosos de ciertos hechos delictivos. De las insidias que tiende la reforma cocinada o ya servida contra la integridad moral de los sujetos procesales, nos extendemos en nuestro artículo Del premio de la felonía en la Historia jurídica y el Derecho penal contemporáneo, en la *Revista de Derecho penal y Criminología*, La Ley, Buenos Aires, año 1, N° 1, septiembre de 2011, pp. 3-15, publicado además en la *Revista de Derecho penal y Criminología*, de Madrid, *cit.*, 3ª Época, N° 7, enero de 2012, pp. 175-196, y, con versión portuguesa, por DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge y BRANDÃO, Nuno, Do prémio da felonía na história jurídica e no Direito penal contemporâneo, en la *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, Coimbra, año 21, N° 2, abril-junio de 2011, pp. 209-235. Acerca del rebrote de la tortura, sus corifeos en la doctrina (Niklas Luhmann, Michael Walzer y Alan Dershowitz, entre los más importantes) y el pensamiento utilitarista en general, véase el excelente libro de TERESTCHENKO, Michel, *O bom uso da tortura. Ou como as democracias justificam o injustificável*, traducción portuguesa del original francés (*Du bom usage de la torture. Ou comment les démocraties justifient l'injustifiable*, Paris, 2008) por Constância Maria Egrejas Morel, Edições Loyola, São Paulo, 2011, especialmente pp. 55-79.

<sup>40</sup> Tratado de Derecho penal, publicados, 7 vols., Losada, Buenos Aires, 2ª ed., t. II, 1950, cfr. p. 168 (el pasaje glosado en el texto, p. 167).

mos que la tríada de principios no fue conformada aquel año, por lo cual tampoco mueve a sorpresa que el Código permaneciese en deuda con el principio de fraternidad, proclamado constitucionalmente medio siglo después. Es más, la reforma del setecientos no sólo conservó la pena de muerte, sino que introdujo a raudales las de prisión, pese a que los juristas de la época eran perfectamente conscientes de cada uno de los inconvenientes que las harían entrar en crisis desde el mismo día de su nacimiento<sup>41</sup>. Además, retuvo diversas penalidades perpetuas, contra la libertad ambulatoria y de interdicción, algunas maculadas con consecuencias infamantes. Sobre todo, el individualismo abstracto de la sazón se cuidó poco de los efectos reales de las puniciones en la persona concreta del reo, prueba de lo cual es su desinterés por la infeliz suerte de niños y jóvenes acusados de cometer delitos, a los que se siguió destinando un rigor inaudito<sup>42</sup>. Yendo al fondo del asunto, si es exacto que el individualismo en palabra obró estimulado por la idea de humanidad, no lo es menos que manejaba una humanidad todavía abstracta, replegada en sí misma y, por consiguiente, egoísta e infértil. De ahí que el gran poeta que pudo escribir de Mahadöh, sobrenombre del dios Shiva, que “tanto si ha de castigar como si ha de tratar con dulzura, debe mirar a los hombres humanamente”<sup>43</sup>, acabó plegándose a la inhumana estrategia de mantener el máximo suplicio<sup>44</sup>. La humanidad podía regir como un concepto definido, pero sólo en los cielos; en la tierra permaneció rodeada por el nimbo de las ideas indeterminadas.

Nuestra época experimenta algo más inquietante que el mero riesgo del menosprecio de los dictados de la humanidad, aún circunscrita a la función regulativa

---

<sup>41</sup> Cfr. PADOVANI, Tullio, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 16.

<sup>42</sup> Cfr. CUELLO CALÓN, Eugenio, *Criminalidad infantil y juvenil*, Bosch, Barcelona, 1934, pp. 64, 69 y 70. El problema ha recrudecido en la actualidad con la reinstauración del anticuado modelo de la responsabilidad, sobre el cual nos permitimos remitir a nuestro artículo *Crisis y pervivencia de las exigencias humanizadoras del Derecho penal en la cuestión de los menores*, en la *Revista Gaceta Jurídica*, de Santiago de Chile, N° 239, mayo de 2000, pp. 10-20.

<sup>43</sup> “Soll er strafen oder schonen/Muss er Menschen menschlich sehn” (Goethe, en el poema *Der Gott und die Bajadere*, citado aquí según la antología *Vollständige Sammlung klassischer und volkstümlicher deutscher Legenden aus dem 18. und 19. Jahrhundert*, editado por Anton Dietrich y con una Introducción de Ludwig Tieck, Wagner’schen Buchhandlung, Dresden, t. II, 1827, p. 25).

<sup>44</sup> Y no una, sino dos veces, primero en la tesis de licenciatura en Derecho (1770) y, tiempo después, en un dictamen suscrito en 1773 como consejero áulico en Weimar, recomendando la aplicación del artículo 131 de la Constitución Criminal Carolina a una mujer, Johanna Catharina Höhn (que no hay que confundir con Susanna Margaretha Brandt, ya ejecutada en el ínterin, quien daría nombre y figura trágica al personaje Gretchen, del *Fausto*), acusada de infanticidio. Véase, últimamente, Jürgen SEUL, *Johann Wolfgang von Goethe. Wie viel Wirklichkeit steckt in Goethes ‘Faust’?*, en su libro *Wo sind die Buddenbrooks? Un andere juristische Anekdoten aus der Weltliteratur*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2011, pp. (14-22) 15, 16, 19 y 20.

de un *focus imaginarius*. El movimiento llamado neopunitivismo parece triunfar casi por doquier. Con cada brutal zancada, una bota liberticida va socavando uno a uno los principios del Derecho penal liberal y, simultáneamente, las bases del Estado de Derecho. Abruma la multiplicación sin necesidad ni medida de delitos tras los cuales se desvanecen componentes clásicos de la teoría de ley penal y la estructura de la infracción criminal (territorialidad, reciprocidad en los procesos de extradición, actividad, taxatividad, ofensividad, culpabilidad, racionalidad en los concursos de delitos y leyes, etc.), partenogénesis tras la que resopla la obstinación insensata de estigmatizar a los inculpados y segregar o eliminar socialmente a los condenados<sup>45</sup>. Es digno de nota que la Iglesia Católica, cuya doctrina en las cuestiones penales no se ha caracterizado precisamente por la benignidad, considerase del caso criticar con severidad, en un interesantísimo discurso del Papa Francisco, el delirio del denominado populismo penal, la pérdida de valor del principio de necesidad de la pena, la nueva vida de la pena de muerte y el reflote de la tortura, entre otros gestos involutivos de la reforma penal del momento, que amilana y horroriza los ánimos<sup>46</sup>.

El camino de la fraternidad, pues, se pone cuesta arriba nada menos que en instante en que está preparada para levantarse y emprenderlo. Así y todo, por incierto que sea su porvenir y, al revés, por probable que es el retorno del Derecho penal de la baja Edad Media, abocetemos la proyección del artículo primero de la Declaración de 1848 en el desapacible circuito de delitos y penas.

---

<sup>45</sup> Nuestra relativización del papel que jugó la fraternidad en la reforma penal del setecientos no significa en absoluto que desconozcamos la importancia que ésta tuvo en el sentido de racionalizar el Derecho penal. Parte de su progresivo y acelerado deterioro en el último tiempo se debe al distanciamiento respecto de los principios jurídicos, del afán racionalizador del Iluminismo, cuya vigencia no se puede reducir al simplismo del chantaje descrito por FOUCAULT en *Sobre la Ilustración*, Estudio preliminar de Javier de la Higuera, con traducción de Javier de la Higuera, Eduardo Bello y Antonio Campillo, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 2011, cfr. p. 87.

<sup>46</sup> Discurso del Santo Padre Francisco a una delegación de la Asociación Internacional de Derecho penal (2014), publicado en la *Revista de Ciencias Penales*, del Instituto de Ciencias Penales, Santiago de Chile, Sexta Época, volumen XLII, N° 1, 2005, pp. 419-426, con una Nota intitulada *Populismo penal y pena de muerte: entre Tomás Moro y el Papa Francisco*, del civilista CORRAL TALCIANI, Hernán, en pp. 417-419. Existe un documento anterior del Papa Francisco sobre la cuestión penal, en que la cabeza del Vaticano, por primera vez en la historia, repudia la retribución y se pronuncia por la reparación como sentido de la pena. Cfr. *Lettera di Papa Francesco ai partecipanti al XIX Congresso internazionale dell'Associazione Internazionale di Diritto penale e al III Congresso dell'Associazione Latinoamericana di Diritto penale e Criminologia*, con Nota *Un'asimmetria necessaria tra il delitto e la pena*, de Luciano Eusebi, en la *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, Nuova serie, anno LVII, fasc. 2, aprile giugno-2014, pp. 1019-1029.

El eje de la fraternidad continúa girando en torno de “la *humanitas* o la dignidad del ser humano, la centralidad de éste como persona, el respeto a su esencia”<sup>47</sup>. Velar penalmente por la humanidad significa el reconocimiento constante de la autonomía de los sujetos de la relación jurídico-penal, esto es, los órganos del Estado o la comunidad de Estados a quienes compete aplicar el *ius puniendi* y el sujeto pasivo de éste, el reo. Implica también respetar como personas, y no manipular como cosas con que satisfacer deseos individuales o aspiraciones colectivas, a quienes son convocados por la ley o los legitimados activa y pasivamente en el proceso a colaborar en aquella relación como víctimas, testigos y peritos. Va de suyo que el mayor cuidado debe ser puesto en la salvaguarda de la humanidad del individuo que ocupa la posición más desventajosa en la tragedia que se desarrollará en la sala de justicia, el reo. Por lo mismo, ceñida nada más que al problema de la pena, la humanidad postula que ésta quede diseñada en la ley, la imponga el juez y sea aplicada por los órganos de la ejecución de un modo compatible con su dignidad, respetando en él la calidad de ser sensible y dotado de razón, apto para los valores, expuesto al dolor y al que no es lícito hacer sufrir tanto como sus perseguidores estarían dispuestos a padecer<sup>48</sup>, sino que sólo debe ser llamado a responder racionalmente por hechos perjudiciales para los demás. En este sentido, la humanidad habla negativamente, declarando ilegítimas todas las penas que persigan fines de intimidación, corrección o estabilización; la pena de muerte y las corporales en general; las penas perpetuas, sin importar el bien jurídico que arrebaten al condenado; las penas infamantes y todo medio de degradación de la persona humana, sea durante el procedimiento declarativo, sea en el proceso de ejecución, y, en fin, las penas y los procesos de duración extrema.

A su turno, la fraternidad se impulsa allende estas exigencias, perfecciona y concreta los postulados de la humanidad, la dinamiza, desarrolla y supera con la apreciación de las circunstancias reales del semejante y las condiciones efectivas del sistema penal. En esto, semeja el tránsito que va desde la dicotomía Derecho penal liberal y autoritario, a la antítesis Derecho penal humano e inhumano que preconiza últimamente Zaffaroni<sup>49</sup>. Elevándose por encima de la humanidad, la

---

<sup>47</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Humanitas en el Derecho penal*, en *Cahiers de Defense Sociale*, 2011-2012, pp. (7-24) 7.

<sup>48</sup> Mientras la regla de oro prohíbe hacer a otro lo que uno mismo no desearía sufrir, la de hierro reza “tienes derecho a exigir a los demás lo que estés dispuesto a exigirte a ti mismo”, por tanto, disciplinarlos, atormentarlos, exponer su vida, incluso matarlos. Es la norma que emana del liderazgo, la del caudillo y sus sacrificios, comenta Bernhard Schlink en su novela *El regreso*; la que lleva a tratar al prójimo con inclemencia, la regla parda del fascismo.

<sup>49</sup> La nueva antítesis “importaría pasar de lo relativamente estático a lo eminentemente dinámico, de la realidad a su superación, de lo deducido de modelos ideales a lo inducido de

fraternidad puede hablar positivamente, formulando como sus requerimientos más caros al menos los siguientes: a) que se imprima a las penas el único sentido auténticamente racional y armónico con la índole pensante de los seres humanos, que no es otro sino reparar el daño causado por el delito o las consecuencias nocivas directamente ligadas a él, sea mediante una recomposición directa, sea subsanándolo mediante una prestación substitutiva o acciones simbólicas<sup>50</sup>; b) prescindir de las penas y medidas cautelares de encierro, salvo las que quepa cumplir parcial y por breve tiempo en el propio domicilio del afectado; c) poner término a los registros de inculpadados y condenados, que son fuente inagotable de estigmatización social, arbitrariedad policial y prejuicios judiciales; d) conciliar la exigencia política de la publicidad de los juicios penales con la reserva requerida por el honor de las personas sentenciadas; e) mantener al condenado dentro de su medio social, limitándolo en derechos determinados, mas no en sus derechos políticos activos, y nunca privándolo totalmente de cualesquiera prerrogativas, civiles o políticas, y f) considerarlo como un miembro más de la comunidad, tan diferente de nosotros como cada cual lo es en su imperdible individualidad, y tan semejante a todos los que formamos la gran comunidad humana, la liga fraterna que recibe el nombre de humanidad<sup>51</sup>.

---

la racionalización de experiencias criminales, de lo opinable a lo impuesto por la Constitución, de la pretensión perfeccionista a la realización de lo más humano (o de lo menos inhumano) posible, y de una dinámica ideológica y casi siempre idealista a una confrontación de fuerzas necesariamente realista”. ¿Derecho penal humano o inhumano?, en la *Revista de Derecho penal y Criminología*, de Buenos Aires, cit., año IV, N° 8 (Edición de Aniversario), septiembre de 2014, p. (3-15) 15.

<sup>50</sup> Acerca de lo cual nos extendemos en nuestro libro *Elementi di Filosofia giuridico-penale*, cit., pp. 184-201, especialmente 197-201.

<sup>51</sup> Por cierto, el principio de fraternidad ejerce también influencia en las teorías de la ley penal y del delito, por ejemplo, la reciprocidad en los procesos de extradición, los concursos aparentes de leyes penales, la fuente de la posición de garante de los delitos omisivos, los límites de las causas de justificación (especialmente la legítima defensa), el principio de no exigibilidad de otra conducta, el régimen de punición de los concursos de delitos, etc. La doctrina actual estrecha el campo a las omisiones y el estado de necesidad justificante, para los que se invoca, no la fraternidad, sino la solidaridad como excepción al principio de autonomía. Véase, en castellano, SEELMANN, ¿Existen deberes de solidaridad en el Derecho penal?, en su libro *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, Edición a cargo de Juan Pablo Montiel y Prólogo de Jesús-María Silva Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 73-83, y WILENMANN, El fundamento del estado de necesidad justificante en el Derecho penal chileno, en la *Revista de Derecho*, de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, vol. XXVII, N° 1, julio de 2014, pp. 213-244. En alemán, VON HIRSCH, NEUMANN y SEELMANN (editores), *Solidarität und Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Nomos, Baden-Baden, 2013.

## V. COLOFÓN

Estas páginas fueron escritas con el propósito de sugerir una inteligencia comprensiva del problema jurídico de la fraternidad, no tanto teniendo en vista las conclusiones particulares que se puede y debe extraer de ella para el reducto de delitos y penas. De hecho, las que acabamos de enumerar carecen de pretensión exhaustiva. Tampoco podrían poseerla. Si no equivocamos nuestro enfoque del concepto, la fraternidad está inevitablemente subyugada a condicionamientos empírico-culturales, a las demandas de cada momento histórico, a los flujos y reflujos provocados por las pulsiones contrapuestas que anidan en el alma humana y que, en su comercio recíproco, unas veces amistoso y otras veces hostil, cristalizan en la existencia social de los hombres. Nuestro elenco no se substraе a tal dependencia, y puede que suscite sonrisas misericordiosas si alguien llegase a leerlo dentro de cien años, al pensar que los hombres del umbral siglo XXI debíamos lidiar todavía con un aparato monstruoso, que acaso el futuro coloque en una de las galerías del museo de las aberraciones de la humanidad.

Lo importante es que la fraternidad representa un desafío para la Filosofía del Derecho, una advertencia para la ciencia penal de signo normativista y un aliciente contra el desaliento que deja en el espíritu la política criminal hodierna.

Precisamente cuando arrecian las tendencias desquiciadoras del caudal heredado de los hombres del setecientos, los mismos que alumbraron Códigos cautelosos y de vocación humanitaria mientras en las grandes ciudades se extendía la criminalidad de subsistencia e imperaban el agiotaje, el acaparamiento y otras maniobras criminales de los barones de industria, es urgente descubrir el cinismo de la justicia actuarial y plantarle cara en uno de sus más apetecidos trofeos, la descomposición moral del Derecho punitivo. La fraternidad es el mejor estímulo para no dejarse vencer por la desesperanza y extraviarnos en la bestialidad de las prácticas penales de la posmodernidad.

También los amantes del normativismo en la Dogmática penalista pueden hacer tesoro de este concepto. La fraternidad anuda elementos cardinales de las doctrinas de delito y pena a algunos componentes ante-normativos que nos recuerdan que el Derecho está hecho para el hombre, no al revés; que la argamasa que une los materiales que conforman la naturaleza humana es artificialmente desleída cuando se la unce a las logomaquias del moderno conceptualismo, dado lo cual la Dogmática así creada podrá tener sentido para quienes la cultivan, pero no para los desgraciados que tendrán que padecerla.

En fin, la fraternidad plantea un reto a la Filosofía del Derecho. No parece honesto ni sano persistir en defenestrarla del edificio de los conceptos y principios jurídicos so pretexto de que nunca salió de los claustros monásticos o del perímetro de los sentimientos morales. Ni siquiera es necesario incomodar al neoconstitucionalismo o al constructivismo ético para reivindicar la pertenencia

también jurídica de la fraternidad, que resplandece erguida por sí misma en la primera de las disposiciones en que se reconocen las Constituciones de todos los Estados de las Naciones Unidas. La tarea de la Filosofía del Derecho consiste en ayudar a que la fraternidad se exprese según su específica virtualidad jurídica, permitir que hable positivamente, sea en el conjunto de la enciclopedia jurídica, sea en el desapacible sector de delitos y penas.

#### BIBLIOGRAFÍA

- AMADOU, Robert, Liberté, Egalité, Fraternité. La devise républicaine et la Franc-maçonnerie, en *Renaissance traditionnelle 17-18*, tomo V, (1974).
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, Istituzioni di Diritto romano, (Napoli, 1999).
- BAGGIO, Antonio Maria, Introduzione: La riscoperta della fraternità nell'epoca del Terzo '89, en BAGGIO, Antonio Maria (editor), *Il principio dimenticato. La fraternità nella riflessione politologica contemporanea*, (Roma, 2007).
- BAGGIO, Antonio María, L'idea di "fraternità" tra due Rivoluzioni: Parigi 1789-Haiti 1791. Piste di ricerca per una comprensione della fraternità come categoria politica, en BAGGIO, Antonio Maria (editor), *Il principio dimenticato. La fraternità nella riflessione politologica contemporanea*, (Roma, 2007).
- BOBBIO, Norberto, Eguaglianza e libertà, (Torino, 1995).
- BORGETTO Michel, La notion de fraternité en Droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité. (Paris, 1993).
- CICERÓN, Los oficios, (Madrid, 2003).
- CORRAL TALCIANI, Hernán, Populismo penal y pena de muerte: entre Tomás Moro y el Papa Francisco, (Santiago, 2014).
- CUELLO CALÓN, Eugenio, Criminalidad infantil y juvenil, (Barcelona, 1934).
- DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, División y fuentes del Derecho positivo, (Valparaíso, 1968).
- DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, La reforma penal de la Ilustración, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social 5*, (Valparaíso, 1988).
- DENIS, Henri, Storia del pensiero economico, (Milano, 1986).
- DUGUIT, León, Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón, (Valparaíso, 1987).
- FORNASARI, Gabrielle, Elementi di Filosofia giuridico-penale, (Napoli, 2015).
- FOUCAULT, Michel, Sobre la Ilustración, (Madrid, 2011).
- FREUD, Sigmund, Más allá del principio del placer, en FREUD, Sigmund, *Obras completas*, (Madrid, 1981).

- FURET, François y OZOUF, Mona, *Dizionario Critico della Rivoluzione Francese*, (Milano, 1988).
- GOETHE, Johann, *Soll er strafen oder schonen / Muss er Menschen menschlich sehn*, (Dresden, 1827).
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Del premio de la felonía en la Historia jurídica y el Derecho penal contemporáneo*, en la *Revista de Derecho penal y Criminología 1*, (Buenos Aires, 2011).
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Código penal francés de 1791*, en la *Revista de Derecho penal y Criminología 1*, (Madrid, 2009).
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Crisis y pervivencia de las exigencias humanizadoras del Derecho penal en la cuestión de los menores*, en la revista *Gaceta Jurídica 239*, (Santiago de Chile, 2000).
- GUZMÁN DALBORA, José, Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, (Montevideo-Buenos Aires, 2009).
- HOBBSAWM, Eric, *La era de la Revolución, 1789-1848*, (Buenos Aires, 1998).
- HOBBSAWM, Eric, *La era del capital, 1848-1875*, (Buenos Aires, 1998).
- JASPERS, Karl, *Psicopatología general*, (México, 1996).
- JORDAN, David P., *Robespierre. El primer revolucionario*, traducción de CANTO, Patricio, (Buenos Aires, 1986).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, (Buenos Aires, 1950).
- KANT, Immanuel, *Idea de una historia universal en sentido cosmopolita*, en KANT, Immanuel, *Filosofía de la historia*, (México, 1987).
- KANT, Immanuel, *Comienzo presunto de la historia humana*, (México, 1987).
- MARTINELLI, Alberto, *I principi della Rivoluzione francese e la società moderna*, en MARTINELLI, Alberto, SALVATI, Michele y VECA, Salvatore, *Tre saggi su libertà, eguaglianza, fraternità*, Il Saggiatore, (Milano, 1989).
- MAYER, Max Ernest, *Filosofía del Derecho*, (Barcelona, 1937).
- MASSA PINTO, Ilenia, *Costituzione e fraternità. Una teoría della fraternità conflittuale: come se fossimo fratelli*, (Napoli, 2011).
- PADOVANI, Tullio, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, (Milano, 1981).
- PIZZOLATO, Filippo, *Appunti sul principio di fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, en *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, (Milano, 2001).
- RAWLS, Jhon, *Teoría de la justicia*, (México, 2012).
- REALE, Giovanni y ANTISERI, Dario, *Il pensiero occidentale dalle origini ad oggi*, (Brescia, 199).

- ROBESPIERRE, Maximilien, Discurso sobre la trascendencia y la personalidad de las penas, (Valparaíso, 2009).
- ROMERO, Francisco, Teoría del hombre, (Buenos Aires, 1952).
- SCHELER, Max, Esencia y formas de la simpatía, (Salamanca, 2005).
- SEELMANN, Kurt, Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal, (Madrid, 2013).
- SEUL, Jürgen, Johann Wolfgang von Goethe. Wie viel Wirklichkeit steckt in Goethes “Faust”?, en su libro *Wo sind die Buddenbrooks? Un andere juristische Anekdoten aus der Weltliteratur*, (Colonia, 2011)
- SIMMEL, Georg, Sociología. Estudios sobre las formas de socialización, (Buenos Aires, 1939).
- SOBOUL, Albert, La Rivoluzione francese, (Roma, 1974).
- STEIN, Edith, La struttura della persona umana, (Roma, 2000).
- TERESTCHENKO, Michel, O bom uso da tortura. Ou como as democracias justificam o injustificável, (São Paulo, 2011).
- VON HIRSCH, Andreas, NEUMANN, Ulfrid y SEELMANN, Kurt (editores), *Solidarität und Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, (Baden-Baden, 2013).
- WILENMANN, Javier, El fundamento del estado de necesidad justificante en el Derecho penal chileno, en la *Revista de Derecho 1 (UACH)*, vol. XXVII, (Valdivia, 2014).
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ¿Derecho penal humano o inhumano?, en la *Revista de Derecho penal y Criminología 8*, (Buenos Aires, 2014).
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Humanitas en el Derecho penal, en *Cahiers de Defense Sociale*, (Italia, 2011-2012).