

Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del Estado

Por EDUARDO NOVOA MONREAL

Caracas

Desde hace siglos el espíritu humano se viene preguntando si el Estado posee un legítimo derecho de castigar a quienes han infringido importantes normas de convivencia social. Esta pregunta incluye la de determinar el fundamento y los fines de las penas que el poder público impone a los delincuentes.

A distintas etapas históricas han sucedido respuestas que denotaron una particular concepción filosófica de la organización social. Es así como se ha pasado desde un antiguo enfoque de la pena como castigo expiatorio, impuesto por la autoridad que representa a Dios en la tierra, a explicaciones metafísicas que señalaron la necesidad absoluta de la pena, como única manera de restablecer el orden jurídico quebrantado por el delito. Y se terminó en la negación rotunda de un Derecho penal basado en principios absolutos y en la afirmación de que él se justifica tan sólo por la utilidad que las penas o medidas especiales aplicables a los delincuentes puedan traer a la vida social.

Simplificando mucho, hoy es posible oponer las teorías absolutas de la pena, que explican el fundamento de ésta en razones abstractas de negación-de-la-negación del Derecho, a las teorías relativas, que se limitan a buscar en ella fines utilitarios de enmienda o resocialización del delincuente y que la repudian si ellos no se dan en la práctica. Entre ambas se colocan numerosos tratadistas, abundantes entre los de formación jurídica y escasos entre los de formación experimental, que tratan de conciliar los dos extremos por la vía sincrética de sumar fines absolutos y relativos. Para este grupo la pena sería por su naturaleza «retributiva», pero su aplicación permitiría, además, la obtención de resultados de reforma en la persona de delincuente.

Dentro de toda esta discusión puede observarse que, en el fondo, el problema puede ser reducido a la alternativa siguiente: ¿es la pena un castigo o un tratamiento? En el primer caso, la pena tiene un alcance absoluto y recae sobre el delincuente en

razón de que delinquirió (*punitur quia peccatum*); en el segundo, la pena se explica como una medida destinada a evitar nuevos delitos (*punitur ne peccetur*).

Es este tema, tan recorrido pero al mismo tiempo tan arduo, el que se ha llamado muy acertadamente el Alfa y el Omega de todo Derecho penal (1).

Las explicaciones que siguen tienen como propósito sugerir dudas, desde un punto de vista preponderantemente jurídico, acerca de la concepción absoluta de la pena y mostrar cómo ésta, en cuanto envuelve un mal que se aplica al delincuente (mal constituido por la privación o suspensión de algunos derechos humanos fundamentales), difícilmente puede justificarse por el sólo hecho de que ese delincuente haya dañado primeramente a la sociedad.

La denominación de «derecho de castigar» (*ius puniendi*) es ciertamente equívoca, pues en su sentido estricto cubriría únicamente a ciertas antiguas teorías expiatorias. Sin embargo, ella asume también un significado más amplio, que sobrepasa ampliamente a la idea de una mera purificación por el dolor, pues queda referida a toda imposición de un mal al delincuente como reacción social necesaria por haber transgredido el ordenamiento establecido.

Es explicable que observaciones tan resumidas e incompletas como las que aquí podré hacer no cubran debidamente la riqueza del debate sobre la materia. Con todo, pienso que en el momento actual del debate jurídico-criminológico es útil proponer estas reflexiones, porque la cuestión va a continuar presente por mucho tiempo más en las discusiones de las ciencias sociales.

Es difícil traer algo de novedad a un campo en el que todo pareciera haberse dicho ya por voces más autorizadas. Posiblemente el sistema de proponer las objeciones sea lo único en que se exprese algo personal.

Voy a enunciar varias proposiciones que, a mi juicio, contradicen un pretendido derecho de castigar.

1. EL DERECHO DE CASTIGAR NO SE AVIENE CON UN DERECHO DE PURA ORDENACION FORMAL; LUEGO, SU SUSTENTACION DEBE SER BUSCADA Y ENCONTRADA FUERA DEL DERECHO.

Una primera aproximación al problema pasa, en consecuencia, por la respuesta a la pregunta de qué es y para qué sirve el Derecho (2).

(1) Ver ANTONIO BERISTAIN, *Fines de la pena*, en «Rev. General de Legislación y Jurisprudencia», Madrid, nov. de 1961, p 3.

(2) Por mera comodidad escribimos con mayúscula «Derecho» cuando usamos el término con el significado de sistema normativo, reservando la escritura «derecho» para cuando designamos un derecho subjetivo.

Hablo aquí del Derecho en general, como ordenamiento imperativo que establece las instituciones necesarias para el funcionamiento orgánico de la vida social, que rige la conducta y determina las relaciones externas de los hombres que viven en sociedad y que señala las exigencias recíprocas que pueden formularse entre sí los individuos y el cuerpo social. No hablo, específicamente, del Derecho penal en este momento. Pero si el derecho de castigar es ajeno al Derecho en general, con mayor razón lo será de una de sus especies: el Derecho penal.

Ya en Santo Tomás de Aquino, pese a tratarse de un filósofo que postuló la existencia de un Derecho natural, parecieran encontrarse huellas de que el Derecho positivo, a diferencia de la moral, no está al servicio de valores absolutos, sino contingentes. Así podría deducirse de su definición de ley: «ordenación racional para el bien común, dada y promulgada por quien cuida de la comunidad», pues nada hay más relativo que el bien común de una sociedad determinada. Algo semejante se divisa en sus palabras acerca de que basta con que la ley humana prohíba aquellas cosas que destruyen la convivencia de los hombres y que ella no preceptúa sobre todos los actos de todas las virtudes, sino solamente sobre aquellos que están dirigidos al bien común (3).

La filosofía tradicional del Derecho presentó a éste como una normativa destinada a modelar a la sociedad sobre la base de ciertos principios y fines que le eran inmanentes. El Derecho tendría por objetivo introducir en la vida social la justicia, la seguridad o el bien común (4). Correspondería al Derecho, por ende, decidir sobre qué bases y cómo había de cumplirse un ordenamiento social. Esto significaba que el Derecho contenía principios absolutos que debían ser alcanzados e impuestos por medio de sus normas.

Esta doctrina se derrumbó con la teoría pura del Derecho formulada por H. Kelsen. Para este insigne jurista, el Derecho debe ser separado de los elementos que le son extraños, en especial, de la política; con tal fin toma como objeto de la ciencia jurídica al Derecho positivo tal cual es, con sus deficiencias y errores. Este Derecho positivo es autónomo de la moral y a él no le corresponde dar soluciones «justas» a los conflictos, pues la justicia es una idea moral que está más allá de toda experiencia y su contenido varía al infinito. El Derecho funciona como una técnica social destinada a inducir a los hombres a conducirse de determinada manera y como técnica puede ser empleado para cualquier fin social. Se opone Kelsen a todo intento dualista que intente colocar por encima del Derecho positivo otro criterio destinado a resolver el problema de la justicia de las normas.

(3) Ver: *Suma Teológica* de Santo Tomás de Aquino, Ediciones B.A.C., Madrid, 1956, I-II, q.21, a, 3; I-II, q.96, a, 3, y II-II, q.77, a, 1.

(4) Ver: *Los fines del Derecho* (compilado por Daniel Kuri), México, Manuales Universitarios UNAM, 1967.

También se proponen como fines: la paz, la solidaridad y otros.

Empujando más a fondo la elaboración de Kelsen, es posible llegar a concebir al Derecho como un puro instrumento de ordenación destinado a imponer un sistema de organización social elaborado por criterios externos a él.

Por consiguiente, el Derecho no es sino el instrumento de una determinada concepción política. Su papel no va más allá de aportar la solución técnica apropiada para obtener la mayor eficacia práctica de las normas requeridas para imponerla, con el mínimo de esfuerzo de los mecanismos sociales disponibles.

Toca al Derecho formular el conjunto completo, armonioso y eficiente de normas necesario para imponer una determinada concepción política de organización social. Esta concepción, desarrollada de acuerdo a ideas políticas, económicas y sociales aceptadas por quienes ejercen el gobierno efectivo de la sociedad, será comunicada a los juristas para que ellos se encarguen de la elaboración concreta del Derecho positivo correspondiente.

De lo anterior se desprende que los principios verdaderamente jurídicos son apenas formales, pues el contenido que llena a la legislación proviene de la voluntad de quienes disponen del poder y refleja el modo como éstos entienden las conveniencias políticas, económicas y sociales de una sociedad determinada.

El Derecho puede ser tenido, entonces, como un régimen de ordenación de la vida social conforme a un plan previo. La sociedad civil necesita de un orden dado, que determine la condición de cada uno de sus miembros, regule las relaciones entre ellos e imponga un sistema de organización al conjunto: todo esto lo cumple el Derecho, pero no conforme a lineamientos propios, sino como servidor de ideas de organización que le son dadas desde fuera, por quienes tienen el poder social. Tienen razón, pues, los que describen al Derecho en términos cibernéticos, como un modelo de vida social ajustado a un programa. Pero el programa le es impuesto; su tarea consiste en determinar cómo aplicarlo mejor y con más eficacia práctica.

De lo expresado resulta que en el Derecho (y sólo el Derecho positivo puede ser tenido como tal) no existen principios ni valores propios y que todos los que en él aparecen vienen de fuera y corresponden a las ideologías que han logrado imponerse de hecho en la vida social.

Necesariamente ha de fluir de todo esto que un pretendido «derecho de castigar», que permite introducir toda una rama jurídica destinada a sancionar severamente a las conductas injustas que producen mayor perturbación social, no es un concepto nacido del Derecho sino algo que corresponde a ciertas ideologías políticas dominantes.

La idea de un Derecho meramente formal, sin contenido de fondo y puro conjunto de reglas de conducta, empieza a ganar campo dentro del ámbito jurídico. Pensadores poco sospechosos de querer revolucionar el mundo occidental y cristiano le prestan

adhesión. Podría mencionarse entre ellos a Jean Dabin, que enseñó en la vieja Universidad de Lovaina.

En conclusión, un Derecho sin contenidos absolutos y con carácter puramente instrumental, que es el único que me parece científicamente aceptable, no puede fundamentar un derecho de castigar que equivocadamente se presenta como atributo jurídico inherente al Estado o como una categoría jurídica destinada a restablecer el Derecho vulnerado por el delito. Esto conduce a examinar otras fundamentaciones, sean ellas pre o metajurídicas, que para él puedan invocarse.

2. UN DERECHO DE CASTIGAR SOLO TIENE SENTIDO SI SE LE APOYA EN UN PRETENDIDO DERECHO NATURAL.

La idea de derecho de castigar supone la de alguna autoridad —normalmente el Estado— que estaría investida de la atribución de imponer penas a fin de sancionar algunos graves quebrantamientos del orden jurídico.

Sostienen, algunos, que esta atribución provendría de la naturaleza misma de la sociedad humana y del hombre que la constituye y, como tal, correspondería a la voluntad de Dios, creador del hombre y del mundo. Se trataría de una atribución que corresponde a la autoridad por sí misma, por el hecho de existir como tal y como una exigencia ineludible para el cumplimiento de sus fines. Dentro de este pensamiento se rechaza que sea la ley humana la que confiera tal atribución, pues ella sería inherente a toda autoridad y ser reconocida en todo tiempo y lugar en el que llegue a constituirse una sociedad humana, aun cuando falte una ley positiva expresa que la reconozca.

Se encuentra un apoyo a este derecho supra-legal de castigar, reclamado por la naturaleza misma del hombre y de las sociedades que forma, en la Epístola de San Pablo a los Romanos, capítulo XIII, versículos 1-7, donde se dice, entre otras cosas: «no hay autoridad que no venga de Dios y las que existen han sido establecidas por Dios»... «el que se rebela contra la autoridad, se pone en contra del orden establecido por Dios»... «Dios tiene las autoridades a su servicio para juzgar y castigar al que se porta mal»... «el que se porta bien no teme a las autoridades»... «es necesario obedecer: no por miedo, sino en conciencia».

La idea de un Derecho natural, que había declinado mucho en las primeras décadas de este siglo, tuvo un reflorecimiento en ciertos círculos jurídicos después de la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia del rechazo a facultades omnímodas del Estado en el campo legislativo que pudieran permitir un totalitarismo (5). Pero ella está siendo abandonada por gran parte de los sostenedores que le quedaban, especialmente en el ámbito católico.

(5) Es el caso de Gustavo Radbruch, quien rechazó primeramente la existencia de un Derecho Natural, pero que ante los desbordes totalitarios de fines de la década de los 30 reconsideró su posición.

El Pontificado Romano, que antes hacía frecuentes apelaciones a ella, apenas la sigue mencionando, y en el más grande documento religioso-social de los últimos tiempos, la Constitución sobre la Iglesia en el mundo actual (*Gaudium et Spes*), aprobada en el Concilio Vaticano II, ya no se le nombra directamente; apenas se encuentran algunas incidentales referencias que podría pensarse que hacen su recuerdo.

Ha contribuido a este decaimiento de la idea de un Derecho natural el reconocimiento universal de los derechos fundamentales del hombre, derivado de la aprobación de la Carta de Naciones Unidas (1945) y de su sanción por todos los Estados del mundo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). En efecto, tal reconocimiento permite colocar valla teórica adecuada a los excesos legislativos de cualquier gobierno de pretensión totalitaria, sin que sea necesario acudir a un Derecho natural que, en último término, siempre significa la invasión del campo jurídico por exigencias que reconocen su lugar apropiado dentro de la moral. Esos derechos fundamentales del hombre constituyen valores ético-culturales admitidos formalmente en nuestra época por la generalidad de los países del mundo; su eficacia y su valor provienen de allí.

Ahora bien, fundar algo tan trascendente socialmente, como lo sería un hipotético derecho de castigar, en un pensamiento iusnaturalista en franca retirada, accesible solamente a grupos muy reducidos del mundo occidental, dice bastante sobre la debilidad de los argumentos que se usan para justificarlo.

3. LA IDEA DE UN «DERECHO DE CASTIGAR» ES AJENA A LA NOCIÓN SECULARIZADA DEL ESTADO MODERNO.

Que el problema se vincula también al concepto de organización política que se tenga para una sociedad dada, es algo que fluye de lo antes expresado.

De lo que llevo expuesto se desprende que un derecho de castigar encuentra acogida únicamente en Estados organizados conforme a ideas filosófico-políticas ya superadas. Así había ocurrido en el Estado feudal, basado en la noción de cristiandad y de una ley divina que obliga a los hombres también en lo relativo a las formas concretas de organización de la vida social; también había ocurrido en las monarquías de origen divino, en las que el monarca absoluto representaba a Dios y se constituía en el soberano, pues allí el delito expresaba una rebeldía contra el soberano, a la que debía seguir la pena, como una expiación destinada a purificar por medio del dolor infligido a los cuerpos (sin perjuicio de que —según lo anotan otros— se orientara asimismo la ejecución de las penas a una explotación pre-capitalista de la mano de obra) (6).

(6) Ver: JUAN BUSTOS y HERNÁN HORMAZÁBAL, en *Pena y Estado*, «Revista de Sociología», núm. 13, 1980.

El Estado burgués, fruto del Iluminismo, si bien laiciza las estructuras sociales y empieza a poner en entredicho la idea de pena expiatoria, termina, tras muchas búsquedas, en soluciones teóricas que reflotan la añeja idea del «derecho de castigar». Porque paralela a la concepción de la pena como medio práctico para evitar los delitos, principalmente por medio del mecanismo de la prevención especial, después, que allí se desarrolla elabora también la teoría de la pena como retribución jurídica, con la cual se asigna a la sanción penal un sentido también absoluto. La pena deja de ser expiación del pecado, pues la moral aparece ya nítidamente diferenciada del Derecho, pero por influencia de la filosofía kantiana se tiende a ver en aquélla una necesidad jurídica, reparadora del hecho delictuoso y derivada de la directa vinculación entre los conceptos de infracción y merecimiento de pena.

Es importante dejar constancia que hasta hoy la mayor parte de los ius-penalistas tiende a aceptar la teoría de la retribución, concibiendo a la pena como necesario contrapeso de la acción antijurídica; ella sería la afirmación de la juridicidad destinada a restablecer la violación de la norma jurídica. Esta pena retributiva, originada en un pensamiento metafísico, importa, por su misma naturaleza, un propósito de justicia absoluta que opera mediante la inflicción de un mal al delincuente.

En el Estado burgués las nociones de libertad individual y de autonomía de la voluntad del hombre, al enlazarse con la ley como expresión de la voluntad general, dotada del consiguiente señorío social, favorecen los nexos entre responsabilidad jurídica y responsabilidad moral a las que más adelante nos referiremos. Pero también facilita la aparición de la tesis sobre la pena como coacción psicológica, que va a permitir explicar el fin de prevención general del delito.

Es cierto que el alto desarrollo de las ciencias y de la tecnología ha llevado, dentro del mundo capitalista avanzado, a nuevos derroteros en la materia, especialmente en los países del sistema anglo-sajón, menos preocupados de las teorías puramente racionales y abstractas. Ellos se manifiestan, principalmente, en soluciones pragmáticas que procuran la eliminación (o, para ser más prudentes, la reducción) social de los delitos.

La criminología actual ha recogido estas ideas, las cuales se han dirigido a la aplicación de «tratamientos» a los delincuentes con el fin de lograr su «resocialización», conceptos ambos enteramente antagónicos a un castigo y a un derecho de castigar. Pero estas tendencias, que han alcanzado enorme desarrollo en los últimos sesenta años, empiezan a ser sometidas en tiempos recientes a las duras críticas de una criminología radical, la cual brota de ambientes más en contacto con las crudas realidades sociales que se ocultan tras la prosperidad de las capas superiores de los países desarrollados.

Coincido con dichas críticas y por ello pienso que lo primero es revisar cómo y por qué se aplican sanciones penales en el mundo actual, para luego poner de manifiesto que la legislación que se ocupa de la prevención y represión de los llamados «delitos», cumple una función encubridora de la grave desorganización social existente, protectora de los intereses particulares de los grupos dominantes y preservadora de un régimen social inicuo. Bajo estas premisas, resulta obvio que debo oponerme a un «derecho de castigar» asignado al propio Estado que promueve tanto desorden y cuyas injusticias suscitan buena parte de los hechos clasificados como delictuosos por su legislación.

Pero tampoco en un nuevo régimen político más sano sería deseable ese derecho de castigar. Porque en una vida social basada en la dignidad, en la igualdad y en el pleno desarrollo de todos los hombres, promovida y lograda en un ambiente de solidaridad entre ellos y de participación de todos en las actividades sociales, no puede admitirse que algunos individuos se coloquen por encima de los demás, los enjuicien y dicten condenas en su contra. Basta con que se adopten medidas prácticas destinadas a obtener de todos el acatamiento de las normas de bien colectivo y con que, en los pocos casos en los que se produzcan violaciones de ellas gravemente perturbadoras, la sociedad reaccione ante su autor con espíritu de comprensión, generosidad y hermandad, en forma de reconducirle a una inserción social conscientemente aceptada. Y en los casos extremos, en que tales reacciones no tengan resultado, el cuerpo social podría acudir a otra clase de medidas que impidan de hecho que el díscolo perturbe a los demás, buscando siempre el menor detrimento de los derechos de éste.

4. LA IDEA DE «DERECHO DE CASTIGAR» CORRESPONDE A UN DERECHO PENAL CONCEBIDO ETICAMENTE O, CUANDO MENOS, CON FUERTES APROXIMACIONES A LA ETICA; ELLA NO ES COMPATIBLE CON EL DERECHO PENAL CIENTIFICO.

Un castigo o, para hilar más delgado, una pena retributiva, sólo pueden ser impuestos previa la comprobación de una responsabilidad moral del sujeto imputado. Así fluye del fundamento mismo del concepto absoluto de pena. Pues bien, esto trae un nuevo obstáculo a la aceptación de un pretendido derecho de castigar, porque el Derecho penal debe ser diferenciado de la moral.

Desde hace siglos el pensamiento humano se esfuerza por separar y delimitar dos disciplinas: moral y Derecho. En testimonio de ello pueden recordarse los nombres de Pufendorf, Thomasius, Kant y Fichte (7).

(7) Ver mis estudios: *¿Qué queda del Derecho Natural?*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1967, cap. XVIII, y *El Derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo XXI Editores, México D. F., 5.ª edición, 1981, pp. 72-77.

Esta empresa presenta particulares dificultades de origen histórico y epistemológico en relación con el Derecho penal. Afirmaciones como la de Jellinek, acerca de que el Derecho es el mínimo ético y la de Manzini sobre que el Derecho penal se presenta frente a los otros ordenamientos como el mínimo de cantidad ética indispensable para mantener las condiciones necesarias para una determinada organización social, amenazan perturbar y de hecho perturban el criterio de muchos penalistas.

El gran desarrollo operado en torno de las ideas de pecado, juicio y castigo durante la Edad Media, recogido dentro del Derecho Canónico bajo la forma de responsabilidad moral, y también el renacer del Derecho Romano, hicieron llegar a los juristas y, en especial, a los iuspenalistas, una noción ética de responsabilidad. No se percataron éstos que esta clase de responsabilidad no es apropiada para resolver los problemas de convivencia y de organización social que competen al Derecho. Pues ya Santo Tomás de Aquino había expresado que aquilatar la responsabilidad moral de un individuo sobrepasa la apreciación de la justicia humana y solamente corresponde a Dios; el juez humano solamente puede apreciarla de una manera imprecisa y falible (8).

El gran clásico Carrara presupone aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre y sobre esta base edifica la ciencia criminal, «que mal se construiría sin aquella».

Traspasar al Derecho penal la noción de responsabilidad moral significó un grueso error, pues en ésta se juega una decisión de absoluto moral, enteramente inconciliable con la relatividad del Derecho positivo. Ni la ley positiva ni la justicia humana están en aptitud de valorar un acto humano en su pleno sentido ético y, mucho menos, de fijar una proporción entre su inmoralidad y el castigo que merece. La misión de ambas no consiste en lograr un sistema de justicia absoluta en la que se impongan penas exactamente ajustadas al mal abstracto que causa en plano moral un cierto acto cometido con intención torcida. El fundamento del juicio penal no puede ser juzgar el problema metafísico del bien y del mal y encontrar la medida cabal de la sanción que corresponda al hombre que actuó, sino adoptar medidas apropiadas para que se mantenga un orden de convivencia que permita el mejor desarrollo humano en lo individual y en lo social. En tanto se persiga a través del Derecho penal el dictado de una justicia absoluta del género enunciado, se estará extralimitando su ámbito e invadiendo el campo de la moral.

F. Suárez pensó que las normas jurídicas estaban destinadas a hacer bueno al hombre; con ello puso una de las bases que han llevado a la etización del Derecho. En verdad, el Derecho cumple

(8) De manera más profana, Anatole France decía: «Los jueces no sondan las entrañas ni leen los corazones y así su más justa justicia es ruda y superficial» (*Opiniones de Jerónimo Coignard*).

apenas una tarea ordenadora práctica, dirigida ante todo a permitir una convivencia tranquila y pacífica de los miembros de la sociedad (aparte de ello, da forma también a un esquema de organización que le llega del dictado ideológico, según antes explicamos). Para ello le basta atenerse a la conducta externa del hombre, cualquiera que sea la disposición anímica de éste, y evitar que dentro de la vida social acaezcan hechos perturbadores. En cuanto haya acatamiento exterior de las normas, el fin de Derecho queda cumplido.

La identificación y aun la excesiva aproximación entre moral y Derecho tiene peligrosos riesgos para el respeto de los derechos del hombre, en particular para su libertad de conciencia, como ya lo ha demostrado la historia, puesto que facilita que la autoridad social trate de indagar dentro de la intimidad psíquica del imputado. En cambio, su separación correcta conduce a una concepción secularizada y científica de la responsabilidad penal.

Dentro del campo de la dogmática penal moderna, la corriente finalista, iniciada por H. Welzel, concede un predominio tan interpenetrante a los aspectos psíquicos, dentro de la teoría del delito, en desmedro de los resultados externos, principal foco de atención de un verdadero Derecho, que se desliza notoriamente a una «etización» del Derecho penal.

En efecto, el finalismo, aparte de exhibir ya en sus fundamentos filosóficos una fuerte tendencia a asimilar la responsabilidad penal con una responsabilidad moral, facilita ampliamente las vías para que la confusión llegue a arraigarse y consolidarse, pues dentro de su concepción no existe momento alguno del análisis del delito que no quede impregnado y, generalmente, dominado, por la actitud psíquica del sujeto.

No sostenemos que la postura dogmática adversa, erróneamente denominada causalismo, cuyo máximo exponente fue E. Mezger, sea completamente refractaria a una desviación como esa; pero, al menos, la acentuación que hace de la importancia de la acción como fenómeno objetivo, su presentación del tipo como una descripción legal de sucesos del mundo exterior (cuando se trata de un tipo normal) y de la antijuridicidad como la contradicción objetiva de la acción material con las normas previstas en el ordenamiento jurídico, permiten contrarrestarla.

5. LAS NUEVAS TENDENCIAS DOGMATICAS SOBRE CULPABILIDAD SON CADA VEZ MAS INCONCILIABLES CON UN SUPUESTO DERECHO DE CASTIGAR.

El desarrollo del Derecho penal moderno ha tenido como efecto que dentro de la teoría del delito se subrayen fuertemente los componentes psíquicos de éste. Las nociones de dolo, culpa y reprochabilidad subjetiva, instaladas desde antiguo dentro del ramo, y, por ello, aparentemente indiscutidas, no sólo han pasado a pri-

mer plano (en la corriente finalista), sino que han permitido la acuñación de postulados nuevos en un Derecho penal que se siente en la cresta de la ola del avance científico. Así es como ha aparecido el enunciado de *nullum crimen sine culpa*, hartamente engañoso según habrá de verse.

La notable acentuación de los aspectos psíquicos que hace el finalismo, corrobora con la especial delectación con que sus seguidores se sumergen en las más sutiles discusiones acerca de tales materias, no puede ser justificada como expresión de una labor puramente dogmática, mucho menos dentro de países que tienen legislaciones anteriores a la propagación de la doctrina finalista que subrayan convenientemente los aspectos objetivos del delito, con muy buen resultado para el debido resguardo de los derechos del hombre.

No olvidemos que Welzel formula también tesis filosófico-penales fundamentales, que manifiestamente sobrepasan una mera reconstrucción del sistema legal positivo, y en ellas se encuentran abundantes referencias a sus inclinaciones etizantes (9).

Conforme a la dogmática más difundida la culpabilidad es un presupuesto indispensable de la pena y consiste en el reproche que se hace al autor porque «se ha decidido por el mal, a pesar de que disponía personalmente de la capacidad de elegir el camino del Derecho», según las palabras de Maurach.

En un principio, el concepto de culpabilidad guardaba fuertes resabios de exigencias morales, pero con el desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad empezaron a adquirir relieve sus características más genuinamente jurídicas, hasta llegar a considerársela como un reproche personal formulado al agente de una acción antijurídica por haberla realizado pese a haber podido actuar de manera diferente. Pero aun así surgen fuertes objeciones para ella, no siendo la menor que, en el estado actual de los conocimientos humanos, las ciencias del comportamiento no permiten responder a la pregunta de si a un determinado sujeto, en circunstancias dadas, le habría sido posible obrar de manera diferente de como lo hizo; ellas no están capacitadas para resolver sobre las alternativas que se presentaban a ese sujeto ni sobre su libertad para obrar de manera diversa.

Recientemente J. Baumann se ocupa de separar nítidamente los conceptos de culpabilidad moral y religiosa y de culpabilidad jurídico-social. Este autor, firme creyente (10), manifiesta su convicción acerca de la existencia de una culpabilidad moral y religiosa que permite una valoración del comportamiento social; pero hace constar que éste es un convencimiento personal, que no le impide reconocer que en el campo penal debe admitirse un concepto jurídico-social que la capte como una culpabilidad social y

(9) Ver mi *Causalismo y Finalismo en Derecho Penal*, Juricentro, San José, 1980, §§ 16 y 18.

(10) JÜRGEN BAUMAN, *Culpabilidad y expiación ¿son el mayor problema del Derecho Penal actual?*, «Nuevo Pensamiento Penal», año I, 1972, pp. 23 ss.

que consistirá en el juicio de reproche que se formula a los ciudadanos que no han cumplido con las exigencias generales. Ese concepto jurídico-social puede construirse con los requisitos de la vida social en común y ser llenado con contenidos variables. Por consiguiente, él va a depender de la respectiva situación económica, de los fundamentos socio-económicos y de las mismas exigencias sociales de cada época, todos elementos mudables y sin pretensión ed absoluto. Pues «al Derecho no le interesa por sobre todo el bien y el mal, sino la utilidad y la dañosidad social». Recuerda la fundamentación de pena que se contenía en el Proyecto Alternativo de Código penal alemán, en la que se explicaba que «infligir una pena no es un acontecimiento metafísico, sino una amarga necesidad en una comunidad esencialmente imperfecta como la humana».

Podemos agregar que para la tarea que toca cumplir al Derecho dentro de la vida social, no es primordial un conocimiento refinado del contenido psíquico del infractor. Cuando se trata de alcanzar resultados prácticos, la disposición anímica del infractor no interesa como ingrediente esencial de la infracción ni como fundamento directo de la reacción social que deba adoptarse a su respecto. Esto no significa, de modo alguno, que esa disposición interna no merezca ninguna atención. Ella podría tener valor para determinar si son necesarias o no ciertas reacciones ante el delito, pues cuando el hecho antijurídico fue cometido accidentalmente, esto es, sin intención y obrando con el debido cuidado, es bien probable que deba concluirse que es innecesario adoptar alguna medida para evitar su repetición.

Luego, la culpabilidad no debiera ser tomada como una característica esencial del hecho que produce grave perturbación social o como elemento fundante de la reacción social para evitar que se repita, sino que podría pasar a constituirse en un mero antecedente a partir del cual cabe decidir si es conveniente ocuparse de él. El elemento diferencial estaría, entonces, en que la culpabilidad abandona su posición de parte, componente o nota esencial de lo que hoy denominamos «delito», para transformarse apenas en un dato suficiente para determinar si es necesaria o conveniente una cierta clase de medidas destinadas a contrarrestarlo.

Se ajusta correctamente a este pensamiento crítico la posición de la escuela de la Defensa Social, en cuanto postula que la reacción penal está encaminada no a fines de justicia sino de protección (social y del delincuente). Lo importante es que no se cometan aquellos hechos que hoy denominamos delitos y no el cumplir con una ilusoria justicia condenando o castigando a quienes incurrieron en ellos (11).

(11) Ver MARC ANCEL, en *Le point de vue de la doctrine de la Défense Sociale*, «Revue Inst. de Sociologie», Université Libre de Bruxelles, 1963, núm. 1, p. 34.

Afortunadamente, en el Derecho penal de los últimos años comienza a divisarse una saludable evolución en la teoría del delito y en la apreciación de la culpabilidad, evolución que alcanza, felizmente, a una revisión del concepto mismo de Derecho penal y de las exigencias de la política criminal.

Es así como, sin modificar el contenido básico de la culpabilidad, conforme al cual el juicio de reproche se formula a un sujeto por haber realizado una conducta antijurídica pese a haber podido actuar de manera diferente, se niega ahora que sea elemento de la culpabilidad el que el sujeto tenga un sentimiento o vivencia íntima de su propia culpabilidad. Bastaría, por consiguiente, que el tribunal formulara juicio de reproche al imputado, aun cuando éste no tuviera conciencia de que su obrar es reprochable (12).

Una conclusión de esta clase tiene repercusión directa en la cuestión relativa al derecho de castigar, pues cae con ella el fundamento mismo que autorizaría el castigo, que no es otro que la conciencia que tiene el infractor de haber contravenido el ordenamiento legal.

Pero, hay penalistas modernos que van todavía más allá, llegando hasta a la negación de la culpabilidad como presupuesto del delito y de la pena, entre otras razones, por estimarla una exigencia de imposible constatación. Inútil es explicar que una solución de esta clase quita todo sustento a la idea de un derecho de castigar.

E. Gimbernat es quien, en nuestra lengua, ha sostenido esta posición. El ha manifestado que la culpabilidad, cuya supresión propone, «da del delincuente la visión de que es una persona éticamente mala, que podía hacer el bien y, sin embargo, hace el mal». Esto permite a la sociedad ganarse una buena conciencia y sentirse superior frente al delincuente, con lo que olvida el problematismo de a pena estatal. El penalista hispano marca la obligación que existe de tratar humanamente, sin ahorrar ningún medio, a quien viola la ley penal: «un infeliz marginado del que la sociedad debe ocuparse como lo haría con los subnormales o los inválidos» (13).

(12) Ver: JUAN CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 25-28.

Interesa advertir que, hace algunos años, Francisco Muñoz Conde sostuvo la tesis de que cuando falta todo sentimiento de culpabilidad en el sujeto activo no se da la razón para formularle un reproche y no debe aplicársele pena.

(13) ENRIQUE GIMBERNAT O., en *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, en Libro de homenaje a Luis Jiménez de Asúa, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, pp. 495 ss.

Es preciso hacer notar que la última observación de Gimbernat que se reproduce, alude claramente a la injusta situación existente en el mundo penal de hoy; ella no tiene sentido en una justicia que intentara mayor igualdad de trato para todos los grupos sociales y que subordinará también a los poderosos a un orden jurídico.

Basta dar a conocer estas ideas, para que afluyan en tropel a la mente de quienes no participan de ellas toda clase de argumentos destinados a rebatirlas, todos ellos fundados en un compromiso con anticuados conceptos de imputabilidad, culpa moral y, hasta, de indignidad del hombre (argumento este último que recluyen en lo más profundo de sus vericuetos anímicos cuando se trata, por ejemplo, de conocer la vida real que hacen los penados en los actuales establecimientos carcelarios). En el fondo, todos estos argumentos reconocen raíces comunes; se asientan en un libre albedrío teórico que, pese a distingos más formales que reales, supone que el sujeto tuvo una efectiva posibilidad de obrar de acuerdo con las normas que transgredió, y en un concepto ético de culpa y de responsabilidad penal que propongo superar. De esta manera la discusión reúne todos los requisitos para convertirse en un verdadero diálogo de sordos.

Gimbernat, sin embargo, no economiza razones para apoyar su tesis ni rehuye las críticas abundantes que se le dirigen desde varios ángulos. Considera todas las alternativas posibles y proporciona todas las respuestas que para ellas caben, comenzando por hacerse cargo de aquellas objeciones que creen que un Derecho sin culpabilidad sería algo cruel y arbitrario, que no respetaría la dignidad de la persona humana y podría convertirse en siniestro instrumento de ideologías totalitarias.

A estas alturas, no obstante, queda claro que las denominaciones de «Derecho penal», «pena», «culpabilidad» y otras categorías, hasta ahora infaltables en el arsenal penalístico, pasan a desvanecerse o, cuando menos, pierden su sentido acostumbrado.

Me doy cuenta de que mis palabras conducen, más allá de mis deseos, a conclusiones más asertóricas que las que me propuse plantear. Al comenzar estas reflexiones apenas pretendía otra cosa que presentar inquietudes y dudas. Mi objetivo era desplegar ante nuestra vista grandes interrogantes que surgen de un hipotético derecho de castigar.

Al revisar lo expuesto capto que el discurso me ha llevado a lo que podría tenerse como una tesis absolutamente contraria al reconocimiento al Estado de un derecho de imponer penas a quienes quebrantan las normas más esenciales necesarias para una convivencia humana pacífica y ordenada.

Esto parece dimanar del razonamiento deductivo que he empleado. Los puntos de partida me parece firmes y los argumentos, correctos.

No obstante, hay dos puntos que ponen obstáculo a una respuesta definitiva: por una parte, el hecho de que hasta ahora ningún Estado haya renunciado jamás a tal derecho ni haya probabilidades reales de que alguno vaya a hacerlo en el futuro, y, por la otra, nuestra reacción subjetiva ante muy graves crímenes.

¿No merece ser considerado también todo eso?

Soslayar estos obstáculos y omitir otro análisis, esta vez de índole muy diferente del puramente deductivo que he hecho ante-

riormente, sería poco serio. Entretanto, no pueden establecerse, ciertamente, conclusiones definitivas.

Por esto, lo más a que puedo aspirar es a que mis reflexiones sean consideradas en ese examen, absolutamente necesario, de las objeciones que surgen en contra del derecho de castigar desde los puntos de vista que he desenvuelto. Lo cual no me impide reconocer que nos encontramos delante de un problema extremadamente difícil.

Para sintetizar lo expresado en las páginas precedentes, creo posible afirmar:

1) El derecho de castigar no tiene sustento en el Derecho, sino que constituye un postulado ideológico correspondiente a ideas que tuvieron aceptación en otras épocas, expresivas de un pensamiento metafísico, basadas en principios absolutos y a priori, elaboradas sobre la base de razonamientos deductivos y no verificables científicamente.

2) Conforme a los principios que se atribuyen tradicionalmente al Derecho natural, el derecho de castigar podría ser fundamentado conforme a éste.

3) Según los principios del Estado secularizado que hoy se admite, no podría caber en éste la idea de un derecho de castigar.

4) El derecho de castigar no puede encontrar acogida en un Derecho penal científicamente estructurado y cabalmente diferenciado de la moral.

5) Los avances dogmáticos en materia de culpabilidad van reduciendo gradualmente el espacio posible para la subsistencia de un derecho de castigar.

El derecho natural hoy: ética y economía

Por VLADIMIRO LAMSDORFF-GALAGANE BROWN

Barcelona

Hablar de «derecho natural hoy», a primera vista, puede parecer una paradoja. En efecto, muchas personas asocian el derecho natural con algo caduco, pasado de moda, cuando no retrógrado y oscurantista.

Hubo una época, sin embargo, en que el derecho natural desempeñó un importante papel social. Pues bien, la tesis aquí sustentada es que la necesidad social que dio lugar a su desarrollo se sigue dando hoy, y existe una actividad intelectual que trata de satisfacerla con la misma metodología, sólo que bajo distinto nombre: el de economía.

1. EL APOGEO DEL DERECHO NATURAL

Se suele asociar el derecho natural con los siglos XVII y XVIII, época de su máximo florecimiento. Fue entonces cuando sobre una lejana e imprecisa base estoica, aprovechada por la escolástica (y muy especialmente, por la «segunda escolástica» española) se popularizó toda una metodología, incluso diría toda una manera de enfocar los problemas jurídicos. Se cultivó con gran intensidad: se escribieron tratados, a veces en muchos volúmenes, que constituían auténticos «códigos» de derecho natural. Se ocuparon de estos temas no sólo juristas o filósofos, sino predicadores, polemistas, periodistas, humoristas, incluso novelistas y poetas. Sobre todo en la segunda mitad del XVIII, se puede hablar de un «boom», de una «epidemia» de derecho natural, que invadió no ya los tribunales o los consejos reales, sino hasta los salones, clubs y reuniones de la buena sociedad.

Este tipo de cosas no ocurren «porque sí». El derecho «natural», evidentemente, se desarrolló por oposición al derecho positivo, al derecho vigente en la época. Esta oposición, en bastantes países, se había hecho necesaria: el derecho de entonces era frecuentemente más un freno que una ayuda para una sociedad moderna. Además la Naturaleza o la Razón, eran la única instancia a la que se podía apelar para la crítica. En efecto, los argumentos teológicos o escriturísticos, prevalecientes hasta entonces, se habían vuelto altamente inseguros desde la escisión religiosa, al no haber ya una fuente única de Revelación aceptada por todas las partes en