

# Libertad y responsabilidad penal (\*)

LIBORIO L. HIERRO

Universidad Autónoma de Madrid

1. La afirmación o negación del libre albedrío como fundamento de la responsabilidad penal es al mismo tiempo una cuestión clásica y una cuestión marginal para la Ciencia del Derecho penal. Parece que todos los penalistas se vieran forzados a tomar posición respecto a esta cuestión para, a continuación, reconocer que su solución respecto a una parte les excede y por otra les resulta indiferente (1).

Lo que aquí trataré de argumentar es que la cuestión es resoluble desde el punto de vista de la filosofía moral y de la filosofía jurídica, pero sobre todo que la cuestión es *relevante*, no sólo para filósofos, sino para el común de los ciudadanos. Tan relevante que tomar una u otra posición podría conducir a resultados sociales (no sólo teóricos ni principalmente teóricos) tan distintos que posiblemente harían recapacitar a los propios penalistas.

2. La convicción generalizada hasta el siglo XIX consistía en que el libre albedrío era el fundamento de la imputabilidad y, por tanto, del juicio de culpabilidad que servía de *justificación* a la imposición de la pena (entendida ésta como un tipo específico de sanción consistente en inflingir un sufrimiento). Las primeras fisuras para este modo de pensar aparecen a fines del siglo XVIII en el marco del utilita-

---

(\*) Este trabajo fue el texto de mi intervención en las XI Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, celebradas en la Universidad de Alcalá de Henares en diciembre de 1988. Una de las sesiones estuvo dedicada al tema «Libertad y Responsabilidad Penal» y en ella intervino también el Profesor Enrique Gimbernat. Mi propósito principal se centró por ello en discutir las tesis (bien conocidas en España) del Profesor Gimbernat.

(1) Ver, por ejemplo, EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, T. 1, Bosch, Barcelona, 1980, p. 430: «Pero este problema del libre arbitrio y del determinismo está fuera del campo del Derecho penal»; JOSÉ M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, Dykinson, Madrid, 1986, p. 434: «El Derecho penal está ajeno a la polémica filosófica, que en realidad no le compete»; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 30: «El asunto apenas si ocupa la atención de los tratadistas modernos.»

rismo desarrollado en la Teoría del Derecho de Bentham, pero provenían del propio padre del Derecho penal moderno, Beccaria, quien bajo la influencia de Montesquieu había ofrecido ya una definición plenamente utilitarista del fin de la pena: «El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo» (2).

Sin embargo, la influencia del utilitarismo no fue muy importante en el continente europeo durante el siglo pasado y el primer tercio de éste. Por el contrario, la versión clásica del libre albedrío fue renovada y reafirmada en la filosofía kantiana. Kant sostenía que la pena debía ser impuesta al culpable por la sola razón de que ha delinquido y fue el primero en argumentar, en contra de las tesis utilitaristas, que cualquier otra justificación de la pena implicaba tratar al condenado como «instrumento» (3). Este punto de vista predominó sobre el pensamiento jurídico penal europeo hasta que se produjo la segunda fisura, esta vez con más repercusión. Se trata de la aparición de la Escuela Positiva constituida por Lombroso, Garofalo y Ferri, cuya influencia fue enorme en las últimas décadas del siglo pasado y las primeras de éste.

Para la Escuela Positiva, constituyó prácticamente un dogma cientista la negación de la libertad de la voluntad, y la afirmación del determinismo (somático en Lombroso y social en Ferri). La función de la pena es exclusivamente servir de instrumento de defensa social contra el peligro que ciertos individuos suponen. Al fin y al cabo, «conforme a los principios genuinos del positivismo, la discriminación entre el loco y el criminal apenas sí tiene razón de ser, como osadamente reconoció el propio Ferri en el Congreso de Antropología Criminal de Ginebra de 1896» (4).

3. Si hacemos una esquemática comparación entre estas tres posiciones, concluiremos que para las tesis retribucionistas (típicamente Kant) la justificación de la pena exige la responsabilidad del condenado por el mal que la pena retribuye y una cierta proporcionalidad entre la pena y, por una parte, el mal retribuido por ella, y, por otra, el grado de responsabilidad del agente. Para las tesis utilitaris-

---

(2) CESARE DE BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (1764), Alianza Editorial, Madrid, 1968, pp. 45-46. Sobre la importante influencia de Beccaria en Bentham puede verse H. L. A. HART, *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 40 y ss.

(3) Que un ser racional nunca puede ser tratado como medio es notoriamente el punto de apoyo de la metafísica de las costumbres como construcción racional de la moralidad. Vid. E. KANT, *Cimentación para la metafísica de las costumbres* (1785), Aguilar, Buenos Aires, 1961, pp. 117 y ss.

(4) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, cit., p. 29.

tas, la justificación de la pena exige que sea eficaz para prevenir general y especialmente el delito (es decir, el mal) y que cause al destinatario un mal menor que el que se causaría a la sociedad no imponiendo la pena y que no exista otro medio menos perjudicial para conseguir el mismo fin. Finalmente, para las tesis de la Escuela Positiva, la justificación moral de la pena sería un problema metafísico imposible de aceptar por la ciencia jurídica; la pena, por tanto, no se justifica, sino que se explica como una necesidad social, cuya finalidad es disminuir el peligro que para la sociedad suponen los delitos, y cuya aplicación debe hacerse precisamente en proporción a la peligrosidad del agente (5).

La comparación puede ser más clara si establecemos un cuadro que refleje las respectivas tesis sobre la justificación originaria de la pena (es decir, el fundamento del «ius puniendi»), su finalidad y sus condiciones:

	<i>Retribucionismo</i>	<i>Utilitarismo</i>	<i>Escuela Positiva</i>
Justificación	Realizar la justicia. (Según Kant, «la ley penal es un imperativo categórico».)	Utilidad social.	No es posible.
Finalidad	Retribuir el mal causado causando un mal al culpable.	Prevenir especial y generalmente la comisión de delitos.	Defensa social.
Condiciones	a) <i>Proporcionalidad</i> entre la pena y el mal causado.  b) <i>Proporcionalidad</i> entre la pena y la responsabilidad del agente.	a) <i>Necesidad</i> de pena, es decir, que no exista otro medio menos perjudicial.  b) <i>Proporcionalidad</i> . Es decir, que el perjuicio causado por la pena sea menor del que se derivaría de no castigar.	a) <i>Proporcionalidad</i> con el peligro ante el que la pena reacciona.

4. La influencia de la Escuela Positiva fue amplia, pero no definitiva de una nueva doctrina *dominante* en Derecho penal. Probablemente influyó más en los márgenes del Derecho penal clásico, tales como el desarrollo de la Criminología (en coexistencia con la Dogma-

(5) Para la comparación entre utilitarismo y retribucionismo puede verse H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968, especialmente el Capítulo IX, y CARLOS SANTIAGO NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, pp. 427-432, cuyo resumen utilizó en parte en estas comparaciones. En particular, sobre el utilitarismo y la justificación de la pena, MARTÍN DIEGO FARRELL, *Utilitarismo, Ética y Política*, Abeledo, Buenos Aires, 1983, pp. 212 y ss.

tica Penal), el desarrollo de las medidas de seguridad, la configuración jurídica del tratamiento de los dementes, el Derecho penal de menores, etc. No obstante, la polémica ha vuelto una vez más a plantearse a mediados de este siglo con ocasión de los procesos de reforma de los códigos penales en gran parte de Europa.

El influyente trabajo del Profesor Enrique Gimbernat «¿Tiene un futuro la Dogmática Jurídicopenal?» data de 1970 (6) y tiene como referencias principales la «Fundamentación del Proyecto de Código Penal alemán de 1962» y el «Proyecto alternativo», elaborado por Baumann y otros, así como los trabajos aparecidos con este motivo en Alemania y en España. En Suecia, la polémica se suscitó también en torno al Código Penal de 1962, como queda de relieve en las obras de Alf Ross «The Campaign against Punishment» (7) y «Skyld, Ansvar og Straf» (8). En Inglaterra, por citar otro ejemplo significativo, el debate sobre la pena de muerte, junto a las propuestas de reforma elaboradas por la British Medical Association, son el marco de referencia de la obra de Bárbara Wootton (9) (con la que principalmente debatiría Alf Ross), mientras que el Informe de la Comisión Wolfenden de 1957 da lugar a la intervención de lord Patrick Devlin, «The Enforcement of Morals», y a los trabajos de H. L. A. Hart «Inmorality and Treason» y «Punishment and responsibility» (10).

La peculiaridad en este último período de la discusión reside en la interferencia activa de científicos ajenos al mundo jurídico, principalmente psiquiatras, psicólogos y sociólogos (11), y, junto a ello, en que las consecuencias finales de la crítica al principio de culpabilidad llegarían más lejos que en las discusiones anteriores: llegarían hasta proponer la desaparición de la pena y, por tanto, del Derecho penal llevando a sus últimas consecuencias los presupuestos que en su día formulara la Escuela Positiva. Como dice Gimbernat: «La crisis de la idea de la culpabilidad trae consigo la de la pena; y sin

---

(6) E. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la Dogmática Jurídicopenal?*, en «Estudios de Derecho penal», Civitas, Madrid, 1981, pp. 105-130.

(7) A. ROSS, *The Campaign against Punishment*, Scandinavian Studies in Law, vol. 14, 1970, pp. 109-148.

(8) A. ROSS, *Skyld, Ansvar og Straf* (Culpa, responsabilidad y pena), Berlingske Forlag, Copenhage, 1970.

(9) Las obras de Bárbara Wootton a las que se dedica el trabajo de Ross son *Social Science and Social Pathology*, de 1959, y *Crime and the Criminal Law*, de 1963.

(10) PATRICK DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1975. H. L. A. HART, *Inmorality and Treason*, en «The Philosophy of law», Oxford University Press, Oxford, 1977. *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968.

(11) E. GIMBERNAT, *¿Tiene...?*, *cit.*, p. 107: «De nuevo estamos asistiendo, por consiguiente, a la venerable polémica enriquecida ahora por los conocimientos de la nueva sociología y del psicoanálisis (cuyas tesis centrales encuentran una aceptación cada vez más amplia)...» A. ROSS, *The Campaign...*, *cit.*, p. 111: «In our days, the programme's adherents are to be found mainly among psychiatrists, psychologists, sociologists, and other experts with a "scientific" outlook...»

pena no puede haber Derecho penal, y sin éste tampoco una Ciencia del Derecho penal en sentido tradicional» (12). O, como dice Alf Ross: «El sistema tradicional, que basa la punibilidad en la retribución por la culpa, debería ser reemplazado, conforme a este punto de vista, por un sistema diseñado como un instrumento de higiene social preventiva» (13).

Para Gimbernat, el objetivo ha sido combatir este «efecto dominó», es decir, demostrar que la existencia del Derecho penal no depende del principio de culpabilidad. De acuerdo con su teoría, la caída del principio de culpabilidad no arrastra consigo la caída de la pena, ni del Derecho penal, ni, por ello, de la Dogmática Jurídico-penal. Para Ross, el objetivo era, en cierto sentido, el contrario: combatir los presupuestos pseudocientíficos que fundamentan la crítica del principio de culpabilidad, es decir, demostrar que ningún requerimiento científico exige excluir el principio de culpabilidad y que, por el contrario, es éste un principio básico para el Derecho penal (14).

La tesis de Gimbernat es plenamente convincente en su parte positiva, esto es, en la defensa de la posibilidad de fundamentar suficientemente la pena, el Derecho penal y la Ciencia del Derecho penal sin recurrir al principio de culpabilidad. Lo cual podemos suponer que dejará tranquilos a los juristas.

Pero se equivoca al asumir como una necesidad científica la negación de la culpabilidad, y se equivoca también al pensar que el único riesgo de esta negación reside en el «efecto dominó» que él rebate. La tesis de Ross es, por otra parte, concluyente al señalar cuál es el verdadero peligro de la negación del principio de culpabilidad, y al demostrar su innecesidad científica. Esto significa que ambas tesis podrían resultar compatibles al rebatir distintas consecuencias del determinismo.

5. Gimbernat rechaza con suficiente fundamento las imputaciones hechas por la doctrina clásica del libre albedrío contra la Escuela Positiva y las nuevas formas de determinismo. Efectivamente, de la negación del libre albedrío no se derivarían necesariamente la crueldad ni la arbitrariedad del Derecho penal (Gimbernat, pág. 111), y el Derecho penal puede encontrar otros apoyos valorativos; y no es nada despreciable el argumento de Gimbernat sobre la crueldad y arbitrariedad del Derecho penal en países dominados por el libre arbitrio, y la posición humanista de algunos cualificados negadores de

(12) E. GIMBERNAT, *¿Tiene...?, cit.*, p. 107.

(13) A. ROSS, *The Campaign...*, *cit.*, p. 117.

(14) A. ROSS, *The Campaign...*, *cit.*, p. 136: «The moral stigma of punishment must be assumed to be of particular importance for the ability of criminal legislation to influence current moral attitudes». La negación determinista de la culpabilidad parte, según Ross, «of the false assumption that it is impossible to formulate and apply a criterion of mental responsibility, an error stemming from exaggerated demands on the knowledge needed to make moral and legal judgements» (*ibidem*, p. 146).

él, como Bauer. En segundo lugar, es también concluyente el rechazo de Gimbernat a la presunción de que la negación de la culpabilidad traiga como consecuencia necesaria la invasión de la responsabilidad por el resultado (Gimbernat, pág. 122). Es en tercer lugar admisible que, sin apelar al principio de culpabilidad, pueda encontrarse un apoyo para defender la inimputabilidad de los enfermos mentales o los menores (Gimbernat, pág. 125), y es, por fin, admisible que el efecto inhibitor de la pena pueda hasta un cierto punto mantenerse sin apelar a la culpabilidad (Gimbernat, pág. 115). Aunque en esta última cuestión rozamos el filo de la navaja, es decir, cuál es el alcance del efecto inhibitor que pretendemos atribuir al Derecho penal.

Donde he de separarme abiertamente de las contestaciones de Gimbernat es en tres puntos: *primero*, en que sea una exigencia científica la negación de la culpabilidad en base a las aportaciones del psicoanálisis y demás «científicos empíricos» (Gimbernat, pág. 110), o, lo que es lo mismo, que esté fundada la afirmación de Schmid en el sentido de que «una criminalidad que tiene causas y una constatación de la culpabilidad son incompatibles» (citado por Gimbernat, pág. 106). *Segundo*, en que cuando afirmamos el principio de culpabilidad, exigimos que el juez tenga por demostrado en cada caso concreto que el agente ha actuado con absoluta libertad, lo que según Gimbernat es imposible ya que ni siquiera podría afirmarlo el psicoanalista tras años de tratamiento (Gimbernat, págs. 109 y 110). *Tercero*, y el más importante: en que el mayor efecto inhibitor en la conciencia de los ciudadanos se consiga prescindiendo del principio de culpabilidad, o, dicho en otras palabras, que la pena sin culpabilidad sea más razonable y menos irracional que la pena con culpabilidad (Gimbernat, pág. 115).

6. En relación con el primer aspecto, creo que el punto de partida de Gimbernat se basa en la recurrente confusión entre la ciencia del Derecho y su objeto: el Derecho como sistema normativo. Parece que la Ciencia del Derecho penal quiere, una vez más, descontaminarse de juicios de valor para autoafirmarse «científicamente» (15).

La cuestión estriba en que apelar a la culpabilidad o no hacerlo, suponer el libre albedrío como base de un reproche moral o suponer simplemente el peligro de la conducta como base de una medida inhibitoria, son opciones que se realizan a nivel del objeto, esto es, al nivel del sistema normativo penal como condiciones de justificación. Las condiciones de justificación del sistema normativo no son transferibles a las condiciones de verificación de la ciencia que estudia sistemáticamente la composición y funcionamiento de tal sistema normativo. Del mismo modo que un tratado antropológico no es menos científico porque sistematice y explique el sistema de relaciones huma-

---

(15) Sobre el carácter de la Ciencia del Derecho me he ocupado en *El realismo jurídico escandinavo*, F. Torres, Valencia, 1981, pp. 201 y ss.

nas en una sociedad primitiva, y más científico si —hipotéticamente— nos explicara la composición y funcionamiento de «Walden II» o del «Mundo Feliz», lo mismo ocurre en la Ciencia Jurídica (16). Mi convicción es que la Dogmática Jurídicopenal con las funciones que le atribuye Gimbernat (Gimbernat, págs. 127 a 129) (17) no sería más ni menos científica por interpretar un sistema normativo que apele a la culpabilidad que por interpretar un sistema normativo que sólo apele a la utilidad o a la defensa social (el mismo Gimbernat, pág. 129, afirma que lo mismo interpreta leyes progresivas que reaccionarias).

Pero además, la tesis es inconcluyente porque se niega a sí misma. Gimbernat rechaza como herejía metafísica la apelación al libre albedrío (pág. 108), pero admite que «se puede negar la posibilidad de demostrar la libertad de decisión en el caso concreto y, no obstante, afirmar la dignidad de la persona y la idea del Estado Liberal de Derecho» (pág. 111). Parece que al cerrar la puerta a una afirmación valorativa, se abren las ventanas a todas las demás. Porque el Profesor Gimbernat tendrá que admitir, y con él todos los deterministas, que no ha existido, existe ni existirá ciencia alguna que fundamente empíricamente la dignidad humana. Es más, si el psicoanálisis nos hace dudar del libre albedrío, la Antropología, la Historia y la Sociología deberían hacernos dudar con mayor fundamento de la libertad, de la igualdad o de la interdicción de crueldad entre los hombres, es decir, de la dignidad humana.

Estas consideraciones debieran ser suficientes para resituar el problema de la culpabilidad donde tiene realmente su sede: en la relación del Derecho penal con los valores.

Esto permite establecer una primera conclusión: tiene razón Gimbernat cuando afirma que la negación del principio de culpabilidad no arrastra consigo la negación de la pena, del Derecho penal y de la Dogmática Jurídicopenal. Pero hay que sostener, en contra de su tesis, que afirmar el principio de culpabilidad no es incompatible con la constatación de que la criminalidad tenga causas y que no constituye ninguna base irracional para el Derecho penal ni para la Ciencia del Derecho penal. Para el Derecho penal constituye una base valorativa, no necesariamente irracional. Para la Ciencia del Derecho penal es absolutamente indiferente.

7. El segundo aspecto se refiere a la imposibilidad «de demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido un determinado delito» (pág. 109), lo que constituye, según el punto de vista que critico, una batalla perdida y una provocación a los especialistas.

(16) Véase la conocida proyección caricaturesca de ALF ROSS, en *Tü Tü*, Abeledo, Buenos Aires, 1961.

(17) Véase también, y en el mismo sentido, N. LUHMANN, *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983 (ORIG. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1974).

Efectivamente, la demostración de la libertad de la voluntad como dato empírico sería imposible en abstracto y en concreto, pero no es eso lo que pretende la afirmación del principio de culpabilidad. Lo que, por el contrario, significa es que el juez, al condenar a un inculpado imponiéndole una pena prevista por la ley penal, *trata al imputado como si fuera un ser racional y libre*, como si tuviera una conciencia a la que dirigir un reproche moral contenido ya en la norma. El sistema penal así concebido, y el juez al aplicarlo, parten de la libertad de albedrío de todos los hombres normales, y sitúan como excepción la inimputabilidad de algunos (menores, dementes) o la inimputabilidad de cualquier persona en determinadas circunstancias que le eximen de culpabilidad (ciertas circunstancias eximentes). El libre albedrío actúa así no como un dato empírico que el juez debiera comprobar, sino como un presupuesto valorativo general del sistema que *convierte a la reacción penal en un reproche con contenido moral*.

Esta opción valorativa tiene límites que nadie parece discutir, como el caso de los dementes, pero tiene límites puramente convencionales, como demuestra paradigmáticamente la diferencia con que cada sistema penal resuelve la minoría de edad penal.

En conclusión, hay un error en la tesis de que libre albedrío es indemostrable en el caso concreto, porque el tratar a los hombres como seres libres es un presupuesto valorativo general que no exige demostración o prueba en el caso concreto, más bien exige demostración en el caso concreto la negación del libre albedrío (18).

También en este aspecto la tesis de Gimbernat es inconcluyente porque afirmar la dignidad de la persona o su igualdad ante la ley deberían exigir en el caso concreto —de acuerdo con idéntica tesis— que el juez comprobase empíricamente que el inculpado tiene dignidad, lo que evidentemente es imposible.

8. Finalmente, hay que abordar la última discrepancia que sostengo. Aclaradas las cuestiones anteriores, se presenta como una mera opción valorativa respecto a la función del Derecho penal el concebirle como sistema de medidas inhibitorias para la defensa social o concebirle como un sistema de sanciones que contienen reproche moral apelando a la culpabilidad.

Imaginemos que un padre con unas profundas convicciones laicas y científicas llegara a la conclusión de que es incapaz de decidir en términos absolutos cuándo sus hijos actúan culpablemente o no, ya

---

(18) «Todas y cada una de las condiciones que la ley requiere para poder estimar la exención de responsabilidad criminal, son condiciones de excepción que necesitan probarse bien por resultado de los hechos tales cuales se conceptúan justificados, bien por virtud de declaración expresa y especial del Tribunal "a quo"» (Tribunal Supremo, sentencia de 23 de febrero de 1891). «Las causas de exención de responsabilidad, como excepciones del principio de la intencionalidad del agente, que siempre se presume, han de constar probadas en toda su integridad...» (Tribunal Supremo, sentencia de 1 de febrero de 1894). En este sentido la Jurisprudencia ha sido constante.

que la conducta de éstos viene obviamente determinada por multitud de factores genéticos y sociales que escapan a su control y a su conocimiento. Decide entonces prescindir de todo sentimiento de culpabilidad y, con el único propósito de que la vida familiar funcione, establece una serie de medidas mecánicas para disuadir a sus hijos de ciertas conductas. Aunque esto sea irrelevante, pudiera incluso darse el caso de que nuestro buen padre fuera un ferviente admirador de Skinner y llegara también a la conclusión de que los mejores elementos disuasorios, y los más disuasores por otra parte, consisten en un sofisticado sistema de pequeñas descargas eléctricas ante los actos no admisibles en la convivencia familiar.

Sea que llegue a este extremo o no, la cierto es que, si el método empleado es eficaz, sus hijos podrían llegar a tener un comportamiento perfecto, pero me temo que sus hijos nunca llegarían a tener conciencia moral; es decir, nunca llegarán a comportarse como hombres libres porque no fueron educados como hombres libres.

Posiblemente así sea más fácil reinterpretar hoy la obsesión de Kant por aclarar que el juicio de culpabilidad es un juicio sintético, y que la ley penal es un imperativo categórico. Con palabras de Kant: «Así, pues, si se supone la libertad de la voluntad, la moralidad surge a continuación por el mero análisis del concepto» (19).

Si no se supone la libertad de la voluntad, la moralidad no surge. Por tanto, la cuestión no es una cuestión metafísica ni científica, es una elección que tenemos que hacer sobre la función social del Derecho penal. La opción no es entre prevención y retribución, porque, como dice Ross, la idea de culpa y de responsabilidad moral no es alternativa a la prevención, «porque la desaprobación (o el reproche cuando se expresa directamente al acusado) es en sí misma una forma de conducta reactiva con una función (preventiva) de influir en la conducta... El castigo, incluso una multa, no se experimenta sólo como el precio a pagar por cometer un delito en la forma en que uno paga la entrada del cine. Debe asumirse que el estigma moral del castigo tiene una importancia particular en la capacidad de la legislación penal para influir las actitudes morales generales... el aspecto moral del sistema penal, la desaprobación moral que caracteriza a la pena es, a través de su influencia en los sentimientos y actitudes morales, de una significación decisiva para la función preventiva del sistema» (20).

Si una infundada urgencia científico-positiva lleva a alguien a optar por la desmoralización del sistema penal, deberá asumir que ha prescindido de educar moralmente a los ciudadanos mediante el Dere-

---

(19) E. KANT, *Cimentación...*, *cit.*, p. 136, y concluye KANT, afirmando que «tenemos que atribuir a todo ser dotado de razón y de voluntad esta propiedad de determinarse a obrar bajo la idea de libertad» (pp. 138-139).

(20) A. ROSS, *The Campaign...*, *cit.*, pp. 136-137.

cho, porque sólo «la capacidad de actuar espontáneamente, y de elegir entre alternativas; de tomar y mantener decisiones, de revisar las decisiones y cambiar racionalmente de opción, de sentirse culpable y de sentir orgullo por los éxitos... es lo que hace posible la moralidad» (21).

Ross concluye su discusión con Bárbara Wootton diciendo que mientras no se inventen píldoras anticrimen los juristas «tendrán que insistir en que son las fuerzas morales las que aglutinan la sociedad, y, por ello, que son esas mismas fuerzas las que la legislación penal debe intentar movilizar en la lucha contra el crimen» (22).

O dicho con palabras de MacCormick: «Permitamos que el Derecho se funde en la mera coerción, y todos seremos los perdedores» (23).

---

(21) MARY WARNOCK, *Ethics since 1900*, Oxford University Press, Londres, 1960 (reimpresión 2.ª edición 1971), p. 146.

(22) A. ROSS, *The Campaign...*, *cit.*, p. 147.

(23) NEIL MACCORMICK, *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 246.