

SOBRE LA LEGITIMACION RACIONAL DE LA PENA¹

Juan O. Cofré

Resumen

El derecho penal (y la pena) es la más gravosa de las instituciones sociales a cargo del Estado. Es tal la gravedad de la intromisión estatal en la vida del delincuente, y la abrupta limitación de sus derechos fundamentales, que esta intervención, o castigo, debe ser rigurosamente justificada desde el punto de vista ético y racional, especialmente en un estado social o liberal y democrático de derecho. En este trabajo se reactualizan algunos puntos de la discusión tradicional y se los sitúa en la moderna perspectiva de la filosofía y de la teoría penal contemporánea. Finalmente, se sugieren algunas ideas que podrían contribuir a una integración y superación del viejo y tradicional difereando entre «retribucionistas» y «relativistas».

Desde el punto de vista moral, en sentido amplio, pareciera que el bien y el mal —como quiera que estos conceptos sean entendidos y asumidos— orientan y determinan las acciones y las intenciones de los hombres. Si los hombres se comportaran siempre y consistentemente según el bien, constituirían una comunidad santa. No obstante, aunque los hombres conocen racional o intuitivamente el bien, no siempre actúan conforme a él. «Veo el bien y lo apruebo —dice el Apóstol— y, sin embargo, hago el mal», tensión espiritual que retrata por entero la condición humana.

¹ Este trabajo es parte de los resultados generados por el proyecto financiado por el Fondo de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT, n.º 1990726, «La justificación moral del castigo».

Si *A*, miembro de una comunidad organizada, agente libre y racional, daña voluntariamente a *B*, entonces *A* hace un mal. El caso es llevado a *C* (juez o tribunal), quien considera que *A* ha infringido un mandato que, directa o indirectamente, le prohíbe dañar al prójimo. Entonces, como consecuencia de su acto, y sólo como consecuencia de él, *C* decide, conforme a un conjunto de creencias o normas, que *A debe* sufrir un daño equivalente a la cuantía de su ofensa. Los hombres siempre han considerado que la primera acción es inmoral y que, en cambio, la segunda, es moral. De ello pareciera dar prueba la propia experiencia, ya que el ofendido mira con la frente en alto a la sociedad de la que forma parte y de ella exige justicia. El infractor, por el contrario, como lo refleja la simbólica figura de Caín, después de su acto suele deambular ocultándose en las sombras e intentando, por lo general, esquivar el castigo.

La pregunta problemática es ésta: ¿qué hace inmoral la primera acción y moral la segunda, siendo que tanto en una como en la otra se inflige daño (dolor) a un ser humano? Esto, considerando que la actitud moral nunca puede transigir con el mal —y el castigo visto en su esencia es y no puede ser sino, mal—, ya que, al menos en la civilización cristiana occidental, debe vetarse absolutamente que el bien se pueda conseguir, aunque sea excepcionalmente, por intermedio del mal.

El castigo, me parece, cuando tiene su origen en la acción humana —ya que en ciertas creencias, sobre todo religiosas, se hace depender su origen de la Divinidad—, requiere de una justificación o fundamentación que lo legitime a los ojos de los hombres, especialmente de los implicados en un hecho delictuoso, y de la sociedad. Una acción es legítima, desde el punto de vista moral, cuando no altera la conciencia ni ejerce una opresión sobre ella. La legitimidad, moralmente hablando, equivale a una «conciencia tranquila». Ni siquiera el derecho penal puede escapar a la exigencia de la legitimación o justificación racional de la pena, aunque algunos estudiosos crean que en materia de derecho positivo sobran las disquisiciones de carácter especulativo y filosófico. Y precisamente porque el derecho penal es la instancia social única autorizada para determinar la calidad y la cantidad del castigo que los condenados han de sufrir, es absolutamente necesario detenerse en este problema y ofrecer a la sociedad una explicación racional —no autoritaria— del sentido y necesidad de la pena. Ciertamente que la ciencia penal es una ciencia práctica, no sólo porque ella sirve a la administración de la justicia, sino, principalmente, como señala Welzel²,

² Hans WELZEL: *Derecho penal alemán* (traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez). Editorial Jurídica de Chile, Santiago (1997), p. 1.

porque en un sentido más profundo es una teoría del actuar humano justo e injusto, de modo que sus últimas raíces tocan conceptos fundamentales de la filosofía práctica. De ahí que, para descubrir el verdadero origen metafísico del derecho a castigar, sea necesario transponer los umbrales de la teoría penal positiva e incursionar en la filosofía moral. No es éste un trabajo destinado a profundizar en este tema, pero sí es posible y conveniente indicar al menos las huellas y senderos por donde ha transitado la tradición jurídica y filosófica occidental que se ha ocupado de este auténtico problema.

Por lo tanto, como señala Romagnosi³, demostrar la existencia del derecho de castigar, señalar su fundamento, establecer su origen natural o metafísico, definir su naturaleza intrínseca, fijar sus justos límites y determinar sus proporciones exactas y verdaderas, será una de las especulaciones más útiles que se pueda concebir para una comunidad de hombres racionales que quiera vivir en una sociedad decente y civilizada.

Desde los tiempos de Hamurabi, los hombres han tenido y sostenido la necesidad del castigo, pero también la urgencia de responder a las objeciones más intensas que han surgido desde entonces en la mente de los hombres sabios y prudentes. Como se ha dicho, dos son las disciplinas desde las que históricamente han emergido, y no cesan de aparecer, las objeciones a la idea del castigo: la filosofía moral y la ciencia penal de fundamentos. De ahí, pues, que este trabajo se inspire tanto en una como en otra disciplina y se valga de los hallazgos y argumentos de ambas.

Empero, antes de entrar un poco más al fondo del problema, es conveniente establecer el marco conceptual en el cual ha de tener lugar el debate jurídico-filosófico en torno al sentido y justificación de la pena. Hay que considerar el problema de la relación entre el derecho y la moral, el tipo de comunidad política al que aspiramos como ciudadanos de una sociedad democrática y, las exigencias de máxima racionalidad que es menester aplicar al análisis de esta institución moral y jurídica, de acuerdo con los estándares de la cultura filosófica y jurídica actual.

³ Giandomenico ROMAGNOSI: *Génesis del derecho penal*. Edit. Temis, Bogotá (1956), p. 4.

Aunque tratadistas chilenos consideran que la Constitución chilena responde en términos generales a una concepción social al integrar la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales y al hacer de ellos el asiento esencial del estado de derecho. *Cfr.* Alejandro SILVA BASCUÑAN: *Tratado de Derecho Constitucional*, vol. IV, p. 17; José Luis CEA EGAÑA: «El sistema constitucional de Chile», *Síntesis Crítica*, cap. II, «Dignidad, derechos y garantías», pp. 83 y ss. Univ. Austral de Chile, Valdivia (1999).

Creo que la mayor parte de los filósofos del derecho son partidarios de separar y distinguir el orden jurídico del orden moral. Una normativa penal debe ser estrictamente jurídica y no mezclar en modo alguno criterios, figuras y principios jurídicos, con los de carácter moral. La moral y el derecho son órdenes normativos diferentes y toda confusión sólo contribuye a malograr los resultados que la naturaleza de cada uno de estos sistemas aspira a conseguir de parte de los hombres. Sin embargo, no se debe entender que el derecho nada tenga que ver con la moral. Ciertamente que el derecho debe posibilitar las relaciones jurídicas armoniosas de la comunidad haciendo posible, como sostiene Kant, que la libertad del arbitrio de cada uno coexista con la libertad de todos, según una ley universal, todo lo cual se resuelve en relaciones externas que no afectan propiamente a la moralidad. No obstante, de ello no se sigue que no se pueda enjuiciar el derecho y sus instituciones desde el punto de vista moral o, incluso, más radicalmente aún, hacer depender la fundamentación de la institución jurídica, tomada como un todo, de la ley moral que es, por lo demás, el punto de vista que asumen, casi unánimemente, los juristas y filósofos modernos en relación con el origen del derecho penal.

Tiene perfecto sentido sostener que tal pena establecida por el derecho para un supuesto injusto penal, o que una determinada sentencia judicial es moral, o inmoral, si con ello se quiere decir que son justas o injustas. Creo que todo el mundo podría estar de acuerdo en calificar como inmoral la descomposición a que llegó el derecho penal alemán en los tiempos del Tercer Reich. Es más, el derecho se debe a la sociedad de la cual es sólo su expresión más severa y por lo mismo debe responder a los ideales y creencias morales de ella. Como se ve, en este caso lo que se hace es tomar esa manifestación normativa llamada derecho y emitir sobre ella un juicio moral. Pero, otra cosa muy diferente es sostener que los preceptos morales —y aún más, los preceptos y principios de una moral determinada— deban integrar el derecho y determinar su ser y su modo de ser. Afortunadamente, desde Kant ha quedado muy claro para el mundo jurídico-filosófico que tal propósito carece de todo fundamento epistemológico y científico y que debe ser abandonado.

La pena es, precisamente, una de las instituciones jurídicas que más se presta para esta confusión y por eso conviene examinar sus distintas dimensiones con el mayor cuidado. Una observación general nos puede indicar el camino. No es cosa de mera teoría sin valor práctico alguno el modo particular como cada sociedad conceptualiza la pena judicial, ya que de la manera como lo haga dependerá en cierto modo el propósito final del derecho penal y su incorporación al querer de la sociedad,

representado por la norma constitucional. Compárese a este respecto, por ejemplo, el enfoque jurídico que el constituyente español hace de la pena frente a la concepción dominante en el constituyente chileno, y se verá que tan distintas concepciones antropológicas han de determinar necesariamente medidas punitivas muy diversas en uno y otro sistema penal.

El artículo 25.2 de la C.E. dispone que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados...». La idea es que el condenado es una persona que en modo alguno ha perdido absolutamente sus derechos fundamentales con la condena, sino que en realidad, mientras la sufre, éstos sólo se mantienen aminorados para resurgir en plenitud una vez recobrada la libertad. Aquí está en pleno dominio una teoría jurídico penal, la teoría de la prevención especial, y es ella la que ha ganado el favor del constituyente y ha determinado el sentido y la finalidad de la sanción penal. En este marco no tiene cabida la prisión perpetua y mucho menos la pena de muerte ya que el reo, esencialmente, debe vivir un proceso que lo reeduce y lo comprometa con la defensa y salvaguardia de los bienes y valores jurídicos que sustenta y defiende la sociedad española, junto a otras instituciones, con el derecho penal.

La idea que sustenta el constituyente chileno es en este punto, al parecer, distinta. Considera desde el punto de vista filosófico, y aun metafísico, que no hay ningún derecho fundamental tan firme que bajo determinadas situaciones no pueda ser conmovido. No hay derechos absolutos; todos son susceptibles de limitación, incluida la vida. Y si la culpabilidad tiene carácter constitutivo, no cabe la reconversión y reeducación del reo, sino simplemente la retribución: la pena es la respuesta institucionalizada a la culpabilidad. Quien ha delinquido debe pagar con sufrimiento (prisión) por lo que ha hecho y tal vez para que no lo vuelva a hacer si con ello ha dañado los valores y los bienes jurídicos. Por eso se justifica, entonces, no sólo el presidio perpetuo, sino incluso la pena de muerte.

La diferencia axiológica que apreciamos en este punto podría extenderse a otros estratos de la realidad práctica. La Constitución define al Estado español como «social y democrático de Derecho» y, consecuentemente con ello, establece un cierto orden jurídico. Un estado social no es lo mismo que un estado liberal, por más que tengan puntos de contacto. El adjetivo social remite a un cierto modo de concebir el puesto de la persona en el orden social y le asigna un rol determinado, compatible con el goce y disfrute de los bienes que de suyo trae consigo la democracia. El Estado debe estar al servicio de la persona y

debe ser, si es preciso, un elevado medio para la realización del individuo, pero no un fin en sí mismo. La pena judicial, en consecuencia, debe responder a estas finalidades y de ahí que en caso alguno le esté permitido al Estado sacrificar ni siquiera la vida del más perverso de los criminales o negarle por principio, mediante una condena de por vida, la posibilidad de reinserción social.

El estado liberal típico que descrece de la igualdad como condición basal de la vida comunitaria, proclama la libertad como el valor fundamental y, en algunas versiones, concibe la limitación abrupta a la libertad al modo kantiano, justificando la necesidad de la pena de muerte. En este contexto ideológico, las sanciones penales suelen tener un sentido y una orientación diferente a las que adquieren en un estado social y democrático de derecho. Además, si la sociedad ideológicamente dominante integra ciertos elementos valóricos de una tradición política y cultural conservadora (caso de Chile), las consecuencias tanto para la política criminal como para el derecho penal imperante en la sociedad pueden llegar a ser realmente muy distintas.

En todo caso, lo que salta en primer término a la vista y lo que con mayor fuerza emocional reclama la sociedad cuando se trata de aplicar el castigo que el derecho asigna por intermedio de sus instituciones judiciales al transgresor de la ley, es justicia. Sería muy interesante averiguar en qué consiste, desde el punto de vista fenomenológico, la demanda de justicia de la población ante los hechos delictuales. Pareciera ser que, en principio, no se trata de un concepto demasiado elaborado racional y académicamente; cuando la gente pide a los órganos competentes del Estado «justicia», no está pensando en la reinserción social del culpable y ni siquiera en la prevención general del delito, sino, más bien, en el castigo entendido simplemente como retribución taliónica. «Quien tal hizo, tal merece», pareciera decir el clamor popular. Y aunque efectivamente se trate de un concepto muy rudo de justicia, no cabe duda que éste encierra una demanda moral. «No es justo —pareciera ser la expresión del sentimiento— que el culpable quede sin castigo o que el dolor que conlleva la pena no sea al menos equivalente al sufrimiento que experimentó la víctima, los deudos de ésta y la sociedad que vivió en su seno la perpetración del delito».

Lo que estoy sugiriendo es que cualquier teoría de la pena que pretenda alcanzar la aprobación social no puede marginar o posponer el sentido de justicia que demanda la comunidad en beneficio de un concepto tan elaborado y abstracto que olvide este sentimiento inmediato y primordial. A la sociedad le repugna moralmente, no sólo que por errar o por lo que fuere el inocente sea castigado, sino también que el culpable quede total o parcialmente impune. Naturalmente que la reflexión

filosófica y jurídica debe reelaborar los sentimientos populares y despojarlos de sus elementos más rudos y brutales, pero ello no impide que en el fondo último de la cuestión, se mantenga incólume el sentido esencial de justicia que vive la comunidad y que un sistema normativo penal no puede ignorar.

Los juristas y filósofos penalistas han insistido, a lo largo de la historia de la cultura, precisamente en que en la esencia del derecho a castigar hay una serie de elementos muy difíciles de integrar desde el punto de vista racional. En efecto, hay en el derecho penal una serie probada de antinomias que no permiten compatibilizar los diversos principios que orientan distintas concepciones penales —prevención/culpabilidad; prevención general/culpabilidad; prevención general/prevención especial; fines/causas de la pena; etc.—, y que obligan a los estudiosos a renovados esfuerzos de racionalización de la teoría penal y, por ende, del derecho penal. Y si bien es cierto que desde el punto de vista práctico y real el derecho continúa operando, ello no exime, a los especialistas en este fenómeno, de la búsqueda de criterios de racionalidad para mejorar el mundo jurídico penal.

Por cierto, esto significa que en un mundo que impone cada vez más altos niveles de racionalidad y de eticidad a las decisiones especialmente públicas, las respuestas tradicionales emanadas del legalismo, del autoritarismo, del retribucionismo y del utilitarismo, no son suficientes; ellas deben ser revisadas y, si es preciso, abandonadas si no logran satisfacer las exigencias de la racionalidad que impone la sociedad contemporánea.

A partir de estos presupuestos comienza a tener sentido para nosotros el análisis de la institución del castigo, especialmente como figura penal.

Como es bien sabido, desde la filosofía griega se produce una divergencia entre los pensadores en lo relativo a la dimensión ontológica y teleológica de la pena. En ésta, como en otras materias, se puede decir que la diferencia que marcaron las dos primeras teorías griegas se ha mantenido hasta el día de hoy. Ninguna filosofía ni teoría jurídica ha logrado salvar la decisiva discrepancia entre las teorías absolutas y las relativas de la pena. Las teorías absolutas, que asumen una filosofía idealista, han agotado todo lo esencial respecto del sentido de la pena, pero no han logrado resolver el aspecto relativo a su dimensión social y psicológica; por el contrario, el relativismo penal, si bien ha podido ofrecer garantías sólidas en este último aspecto, es bien poco lo que ha podido avanzar en la indagación de la esencia de este fenómeno profundamente humano. En todo caso, pareciera ser que la primera noción que surge espontáneamente en una sociedad menos evolucionada filo-

sófica y jurídicamente, es la comprensión de la pena como una suerte de venganza o represalia que los particulares ofendidos encargan a la sociedad por intermedio de las instituciones represivas del Estado. En su sentido más original, y brutal, la pena es concebida por las primeras sociedades como *ius talionis*. Platón, en cambio, ya se opuso con el más sólido argumento, que la tradición filosófica y jurídica repetirá hasta nuestros días, a este planteamiento retributivista.

«Porque nadie castiga a los malhechores —sostiene en el *Protágoras*— prestando atención a que hayan delinquido, a no ser que se venga irracionalmente como un animal. El que intenta castigar, con razón, no se venga a causa del crimen cometido —ya que no se puede lograr que lo hecho sea deshecho—, sino con vistas al futuro, para que no se obre mal nuevamente, ni éste mismo ni otro al ver que éste sufre su castigo.

Y el que tiene ese pensamiento piensa que la virtud es enseñable, pues castiga a efectos de disuasión, de modo que tienen semejante opinión cuantos castigan en público o en privado».

Si Platón piensa que lo justo consiste en no mirar hacia atrás sino, más bien, adelante a la hora de infligir un castigo judicial, y que lo contrario es mantenerse atado a la venganza antiética e irracional, Aristóteles, sobre la base de un concepto de justicia más elaborado, sostiene que el fundamento de la pena debe estar necesariamente en lo que él denomina *justicia correctiva*, concepto que tiene su fundamento ontológico en la igualdad matemática. Según Aristóteles, la vida social exenta de conflictos supone un perfecto estado de equilibrio. En ausencia de ofensa no hay ni puede haber castigo: éste es el orden natural. Pero cuando un agente moral incurre en un ilícito penal, desestabiliza el equilibrio natural y este desequilibrio dañino para la vida social se mantiene incólume mientras no intervenga una fuerza externa que vuelva a llevar el estado de cosas a su justo natural. En la justicia penal

«la ley atiende únicamente a la diferencia del daño y trata como iguales a las partes, viendo sólo si uno cometió injusticia y el otro la recibió, si uno causó un daño y el otro lo resintió.

En consecuencia, el juez procura igualar esta desigualdad de que resulta la injusticia. Cuando uno es herido y el otro hiere, o cuando uno mata y el otro muere, la pasión y la acción están divididas en partes desiguales, y el juez trata entonces de igualarlas con el castigo, retirando lo que corresponde del provecho del agresor. De estos términos nos servimos de una manera general en semejantes casos... Así, siendo lo igual un medio entre lo más y lo menos, el provecho y la pérdida son respectivamente más y menos de manera contraria: más de lo bueno y menos

de lo malo son provecho, y lo contrario pérdida. Y como entre ambas cosas el medio es lo igual, y es lo que llamamos justo, síguese que lo justo correctivo será, por tanto, el medio entre la pérdida y el provecho. Por esta razón, todas las veces que los hombres disputan entre sí recurren al juez. Ir al juez es ir a la justicia, pues el juez ideal es, por así decirlo, la justicia animada.»⁴

Con la consagración de la filosofía, la teoría política y la ciencia penal moderna, renace en Europa un amplio debate acerca de la naturaleza y fines del estado liberal, del rol esencial que deben desempeñar en la arquitectura político-jurídica de una sociedad los derechos humanos y, desde luego, el derecho penal. La sociedad ilustrada sometió a severas normas de control racional el estudio del delito, de la pena y del proceso penal y, como consecuencia de ello, hizo renacer la polémica entre estas dos grandes escuelas, por llamarlas de alguna manera, la retribucionista y la relativista. Sería un error creer que todos los hombres ilustrados piensan al unísono en materia de filosofía penal. Incluso dentro de una misma tradición filosófica se reabre el cisma y lo propio ocurre en el pensamiento político y jurídico. Sin embargo, la preclara conciencia de la necesidad de poner término al sistema penal y a la horrible y bárbara administración de justicia que se había enseñoreado en los regímenes autoritarios y absolutistas —y que tanto impresionó la sensibilidad jurídica y moral de hombres como Montesquieu y Beccaria⁵— llevó al mundo intelectual europeo a exigir y a proponer los mejores criterios y argumentos racionales que era posible construir, para rechazar unánimemente la injusticia y proponer a la sociedad política y culta, sea sobre la base del retribucionismo o del relativismo, una política criminal sobre nuevos fundamentos racionales humanitarios y críticos.

Tan sólo una mirada a la historia moderna del derecho penal alemán —quizá el más influyente de Europa y del mundo occidental— pone en seguida a la vista la renovación de la ciencia penal europea. Según un conocido penalista alemán en el Código Penal prusiano de 1851

⁴ ARISTÓTELES: *Ética nicomaquea y política* (versión de Antonio Gómez Robledo). Editorial Porrúa, S.A. México D.F. (1992). *Étic. Nic.* Libro V, cap. IV.

⁵ Cesare BECCARIA: *De los delitos y de las penas* (versión de Juan Antonio de las Casas). Alianza Editorial, Madrid (1968). Impresiona, sin duda alguna, el relato de Beccaria —y de Montesquieu— acerca de las crueles y bárbaras prácticas penales de la sociedad europea del siglo XVII. Eso fue precisamente lo que llevó a los hombres ilustrados, desde un *ethos* racionalista y humanitario, a revisar profundamente los fundamentos del derecho penal, procesal y penitenciario. En sus enseñanzas encuentra el fundamento la moderna ciencia penal europea y contemporánea.

y el Código Penal imperial de 1871, surgido sobre las bases de aquél, se configura la ciencia penal alemana que toma, como era inevitable, dos direcciones distintas. «Los “clásicos”, con Binding a la cabeza, mantuvieron la posición conservadora autoritaria, dentro del marco del estado de derecho y la idea retributiva. Ambas, como herencia del idealismo de Kant y Hegel, habían determinado el ambiente espiritual del Código Penal... En antagonismo, en cierto modo radical, se colocó la llamada “Escuela Moderna” fundada por Franz von Liszt. Ella veía en el Derecho penal un medio final racional para la lucha contra el delito.»⁶

Al menos para la historia de la filosofía penal, y en el horizonte de los intereses de este trabajo, es pertinente reactualizar el debate en torno al sentido y fin de la pena que se da en el seno del idealismo alemán entre Kant y Schopenhauer. La disputa es bien representativa del mundo filosófico y jurídico moderno —y no tan conocida como se pudiera suponer— y, desde luego, no parece que hasta el día de hoy la ciencia y la filosofía penal se hayan decantado por una de ellas con olvido de la otra; por el contrario, ambas doctrinas siguen vigentes y una y otra dominan en tal o cual escuela jurídica e influyen en la determinación de la política criminal de las sociedades contemporáneas. El examen de este diferendo puede tener la virtud de permitirnos ver con claridad cuáles son los puntos más agudos del conflicto y ponderar las virtudes y los defectos de cada doctrina y, a la vez, permitirnos, sobre esas bases, exponer nuestros propios, aunque modestos, sin duda, argumentos en favor de una teoría integradora, como en su momento se verá.

Según Kant, la pena judicial (*poena forensis*), como él la llama, conforme a su doctrina moral, no puede nunca servir como medio para fomentar otro bien ni aunque este supuesto bien vaya en beneficio del propio delincuente o de la sociedad civil. La pena, en tanto castigo, ha de imponerse al reo única y exclusivamente *porque* ha delinquido. Este «porque» es antecedente de la consecuencia que es la pena. Kant ha sostenido, como se sabe, que el hombre no puede ser manejado como medio para cumplir propósitos de otro, ni ser confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*). El hombre, incluido el reo, por el mero hecho de ser persona moral es inmune a la pérdida de su dignidad, aunque ciertamente con la pena pueda perder la personalidad civil. Nadie debe pensar en sacar algún provecho de ninguna especie del castigo. Sería tan inmoral pretender sacar un provecho del castigo como escapar a él. Eso es precisamente lo que ocurre en el juicio público que

⁶ Hans WELZEL: *op. cit.*, p. 13.

Caifás dirige sobre la supuesta ofensa religiosa que Jesús ha causado a la comunidad judía. No hay motivo ni prueba que justifique la pena. «Aún cuando se disolviera la sociedad civil —sostiene Kant en un conocido pasaje de la *Metafísica de las costumbres*—⁷ con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, si decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentra en prisión, para que cada cual reciba lo que merece según sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo.»

¿Cuál es el fundamento moral que se encuentra en el fondo de este planteamiento kantiano? Aparentemente Kant, al invocar el *ius talionis*, estaría nada menos que reviviendo un concepto de justicia vengativa que, al parecer, a esas alturas de la historia la humanidad ya ha superado. Sin embargo, una lectura más atenta y filosófica demuestra que en el planteamiento kantiano hay un fundamento totalmente compatible con su rigurosa concepción moral de la creatura humana. Lo primero que Kant reclama desde un punto de vista moral, que es lo que obliga al derecho, es que haya justicia. La justicia no puede ni debe ignorar o debilitar el hecho delictuoso. Ese es el dato fundamental. Y si el delito ha sido cometido a plena conciencia por un hombre que tiene total dominio sobre su voluntad y su entendimiento y ha hecho uso pleno de su libre arbitrio, la sociedad tiene que comenzar por devolver mal por mal para que el delincuente encuentre en la pena o castigo la necesaria acción igualadora que emana de las exigencias del cuerpo social. Por eso sostiene, reviviendo a Aristóteles, que en la base del castigo debe estar el principio de igualdad, en la posición del fiel de la balanza de la justicia que no se inclina más hacia un lado que hacia el otro.

Una breve excursión hacia el fondo de su pensamiento moral podrá poner más en claro la decisión jurídica kantiana, que en un principio puede parecer contraria a las corrientes humanitaristas que ya circulan en esos tiempos. Kant distingue dos tipos de leyes: las leyes de la naturaleza y las leyes morales. Las leyes de la naturaleza se imponen inexorablemente a todos los entes naturales y biológicos que se encuentran en el mundo de la naturaleza. Pero si son leyes de la libertad, entonces pertenecen al reino de la moralidad. Y si afectan tan sólo a las acciones externas y a su conformidad con la ley, se llaman leyes jurídicas. Pero si exigen también que ellas mismas deban ser los fundamentos de determinación de las acciones, entonces son éticas. Cuando el hombre

⁷ Kant explica su teoría del derecho en *La metafísica de las costumbres* (versión de Adela Cortina y Jesús Conill Sancho). Tecnos, Madrid (1994). Cfr. pp. 168-169.

cumple con las primeras se habla de legalidad; cuando cumple con las segundas, se habla de moralidad. La libertad a la que se refieren las primeras leyes sólo puede ser la libertad en el ejercicio externo del arbitrio; pero aquella libertad a la que se refieren las últimas leyes, puede serlo tanto en el ejercicio externo como en el interno del arbitrio, en tanto que queda determinada por las exigencias formales de la razón. La voluntad es, en este cuadro, el fundamento de determinación del arbitrio a la acción. «En la medida que la razón puede determinar la facultad de desear en general, el *arbitrio* —pero también el simple deseo— puede estar contenido bajo la voluntad. El arbitrio que puede ser determinado por la razón pura se llama libre arbitrio. El que sólo es determinable por la inclinación (impulso sensible, *stimulus*) sería arbitrio animal (*arbitrium brutum*). El arbitrio humano, por el contrario, es de tal modo que es afectado ciertamente por los impulsos, pero no determinado; y, por tanto, no es puro por sí, pero puede ser determinado a las acciones por una voluntad pura.»⁸ De todo lo cual se sigue, para Kant, que la libertad del arbitrio queda a salvo de su determinación por los impulsos sensibles. Esto, en el sentido negativo de libertad; en el sentido positivo, la facultad de la razón pura puede por sí misma hacerse práctica.

De suerte tal que la causalidad natural, que se manifiesta mediante las inclinaciones, puede ser, y debe ser, neutralizada por la causalidad moral que no queda determinada en modo alguno por las leyes de la naturaleza, sino que encuentra en la propia razón el principio y fundamento de la acción. El hombre, por tanto, como creatura racional dotada de voluntad y capaz de actuar con entera libertad, precisamente por ser libre y racional, puede con plena conciencia elegir entre cumplir con la ley externa o transgredirla. Pero, al transgredirla, no puede en modo alguno eludir su responsabilidad y lo que eventualmente pueda derivarse de ella, la culpabilidad que acompaña a la acción contraria a la ley.

Kant, como hombre moderno e ilustrado que cree en la autodeterminación de la persona como ser moral y político, consecuentemente concibe al Estado y la relación entre el Estado y el individuo como un vínculo que debe mantener por sobre todo siempre y en toda circunstancia a salvo la libertad de los individuos. El Estado debe respetar al individuo y esto significa concretamente, desde el punto de vista político, que todo hombre tiene derecho a buscar la felicidad y a concebirla a su manera, sin interferencia externa alguna que pueda poner en peli-

⁸ *Ibid.*, p. 17, *op. cit.*

gro su autonomía moral. El Estado no puede obligar a nadie a ser feliz, sino que su deber consiste en garantizar las condiciones para que la libertad de cada cual permita al individuo su propia realización. Los sistemas religiosos y morales pueden tener sus ideas de la virtud y construir sus cánones de comportamiento moral e, incluso, pueden, y quizás deben, influir en la conducta de los miembros que asumen sus creencias para que se comporten interna y externamente de acuerdo a un ideal de virtud. Pero ése es un problema moral y no le incumbe al Estado en modo alguno la moralidad de sus ciudadanos sino única y exclusivamente la juridicidad de sus acciones. La moral es cuestión de las personas y cada uno resolverá acudiendo a su condición de ente libre y racional; pero la juridicidad es cuestión del Estado, no para preservar moralidad alguna, sino para permitir el marco externo adecuado para que los individuos busquen de un modo compatible con la ley la felicidad y la realización personal.⁹

En consecuencia, tampoco la sociedad por intermedio del Estado tiene derecho alguno a intervenir sobre el futuro del reo y no es nadie para indicarle cómo debe conducir su vida, qué valores debe preferir y qué camino debe seguir para reintegrarse a la sociedad como un hombre nuevo que ha sido reconducido de una determinada manera y bajo una concepción de lo que es el bien y de lo que es el mal a la vida ciudadana. Kant ve una forma intolerable de tiranía en las doctrinas que minimizan la culpabilidad y ponen toda su atención en la reinserción social o, en términos generales, conciben el derecho penal como un instrumento que debe constreñir a los hombres a ser «buenos» al modo como entiende la bondad el cuerpo social, la autoridad o el Estado. Lo que el Estado debe proteger es la juridicidad y nada más. La moralidad es cosa de los individuos y pertenece al sagrado recinto de la conciencia de cada cual. Incluso si el hombre se rebela contra el Estado, contra la sociedad y todas sus instituciones y declara que no quiere reconvertirse ni asumir los valores jurídicos y morales que comparte su sociedad, está en su perfecto derecho. Pero la ley debe intervenir cuando el

⁹ La escuela italiana, al decir de Carrara, comparte esencialmente este planteamiento moral y sus consecuencias jurídicas. «No se puede, pues —dice Carrara—, aceptar como principio absoluto el derecho a la represión, la fórmula *derecho a la corrección*, porque si la consideramos respecto a la corrección *interna* no da una razón absoluta de sí misma, y si la miramos por el lado de la corrección *externa*, se confunde y unifica con la tutela jurídica. Si declaramos a un perverso el derecho de corregirlo, empleando la expresión *quiero que seas bueno*, él negará obediencia a ese deseo, respondiendo que quiere ser perverso a su antojo y desear el mal como le dé la gana, sin que otro pueda —a no ser que incida en tiranía— entrometerse en ello mientras no se haya visto ofendido en el goce de sus libertades.» *Programa de derecho criminal*, vol. I. Editorial Torres, S.A. Bogotá (1988), p. 15.

perverso intenta pasar, o decididamente pasa, de las intenciones a la acción. Como miembro del cuerpo social no le está permitido en modo alguno dañarlo y si el daño material se produce, debe atenerse a las consecuencias sensibles que implica la respuesta jurídica de la sociedad. Así entiende Kant el rol que le corresponde desempeñar al ciudadano y al derecho en la comunidad.

Esta doctrina jurídico-moral ha sido, en cambio, enérgicamente rechazada por muchos y muy notables pensadores modernos y contemporáneos. Schopenhauer, en Alemania —desde la filosofía idealista—, y Bentham¹⁰, en Inglaterra —desde el pragmatismo filosófico inglés—, mantienen puntos de vista totalmente incompatibles con Kant. «... la teoría de Kant —sostiene Schopenhauer— según la cual la pena se establece únicamente para castigar, es contraria a la razón y carece de sólido fundamento. Lo cual no impide que la reproduzcan en sus obras grandes juristas, envuelta en grandes perífrasis que no son sino palabrería».¹¹

El punto de partida de Schopenhauer está, naturalmente, en su teoría filosófica explicada en *El mundo como voluntad y representación*. Desde esa filosofía, el que comete delito despoja a la voluntad objetivada en un individuo de sus fuerzas para aumentar en la misma medida las suyas propias; por consiguiente, al exteriorizar su voluntad traspasa los límites de su cuerpo y niega la voluntad del otro. Esta invasión de los límites de la voluntad ajena ha sido conocida en todos los tiempos y su concepto se designa con el nombre de «injusticia». De suerte, pues, que el concepto de derecho, como negación de la injusticia, encuentra su principal aplicación en los casos en que por intermedio de la fuerza se impide la comisión de un acto injusto. Como esta coacción ya no es injusta por estar institucionalizada y representar la defensa de los valores sociales, es, sin duda, justa, aunque la coacción misma, si se la considerara aisladamente, no lo sería; pero, en el derecho penal se justifica en razón del motivo de defensa y de negación de la voluntad invasora que sin derecho invade los límites de la libertad ajena con peligro para la integridad y la propiedad del individuo. En este sentido, sólo dentro de la sociedad jurídicamente organizada, es decir, el Estado, puede darse propiamente el derecho penal. Todo derecho a castigar está fundado en la ley positiva ya que antes de cometerse el ilícito ha de estar señalada una pena cuya amenaza sirva de contramotivo y esté encami-

¹⁰ Jeremías BENTHAM: *Tratados de legislación civil y penal* (versión de Ramón Salas). Librería de Lecointe y Lasserre, Madrid (1938).

¹¹ Arturo SCHOPENHAUER: *El mundo como voluntad y representación* (versión de Eduardo Ovejero y Maury). Editorial Porrúa, México D.F. (1992).

nada a contrarrestar todos los motivos que pueden conducir a la delincuencia. No cabe aquí desconocerla ni le es dado al delincuente, hacerlo, ya que el pacto social la ha reconocido y la ha sancionado, eventualmente, para todos. Pacto que obliga a todos parejamente, sin excepción. Y por eso, precisamente, el Estado, garante del pacto, tiene pleno derecho a exigir su cumplimiento. De aquí deduce Schopenhauer dos consecuencias inmediatas de la ley penal: primero, desencadena o puede desencadenar la ejecución de la ley, ya que ello no significa sino poner en marcha el pacto con las consecuencias que desde luego conlleva y, segundo, y quizá lo más importante, el único fin de la ley es impedir, por la intimidación, el menoscabo de los derechos ajenos, para lo cual se han reunido todos bajo un Estado, renunciando precisamente con ello a cometer injusticias y comprometiéndose a reprimirlas de acuerdo con la ley cuando éstas ocurran.¹²

Schopenhauer está consciente que él no está inventando ninguna teoría penal y que, por el contrario, lo que está haciendo es simplemente difundir y reeditar la vieja doctrina platónica —que Séneca repite en estos términos: «Nemo prudens punit, quia peccatum est; sed ne peccetur»— que en los tiempos modernos ha vuelto a ser propugnada por pensadores como Hobbes, Puffendorf, Beccaria, Carrara, Feuerbach y muchos otros juristas y filósofos.

Desde el punto de vista de la historia del derecho una y otra doctrina ha tenido en los tiempos modernos y contemporáneos su momento de alza y de baja. Ni qué decir que la Restauración y todos los movimientos autoritarios y dictatoriales que han tenido lugar en Europa y en América en los últimos siglos, se han inclinado abiertamente por una concepción de la pena considerada casi y exclusivamente como castigo, lo que poco tiene en cuenta la posibilidad de la reinserción social o de la recuperación moral y política del reo para la sociedad. En otras ocasiones un exceso de humanitarismo, quizá mal entendido (como es precisamente el reproche que Kant hace a Beccaria), ha conducido al punto de vista opuesto: difuminar el delito y, en cambio, poner prácticamente toda la atención en la reeducación del reo o en el aleccionamiento mediante la intimidación surgida de la amenaza de la ley y del ejemplo de la condena de los delincuentes olvidando que, desde el punto de vista estrictamente moral y asumiendo las exigencias de la justicia tal como la siente en su fuero interno y la comprende en sus primeras nociones la víctima y el cuerpo social a la cual ésta pertenece,

¹² Cfr. el Libro IV, «El mundo como voluntad», de la obra ya citada, en donde Schopenhauer desarrolla básicamente su teoría jurídica de la pena.

la ofensa antijurídica es, y no puede dejar de ser, desde el punto de vista ontológico, el momento esencial en la constitución no sólo del delito sino de todas sus consecuencias jurídicas.

De aquí surgen las antinomias que invaden teoría penal y han hecho teóricamente difícil la conciliación de estas dos tendencias e integrar en una sola teoría los principios fundamentales emanados de una y otra doctrina. En efecto, ¿cómo conciliar la pena en tanto castigo con la prevención o, como lo expresan Platón y Séneca, el pasado con el futuro?

Un sistema penal, una vez que ha asumido una doctrina, no tiene en términos generales ningún motivo para generar dentro de su estructura incoherencias o debilidades de carácter sistemático. Un sistema retribucionista, en tanto sistema penal, puede ser completamente consecuente con sus principios y axiomas de partida. Lo mismo puede ocurrir con una concepción relativista al modo como la propugnan Bentham o von Liszt. Las incoherencias surgen cuando un sistema hace suyos ciertos principios y conceptos y, al mismo tiempo, al querer incorporar elementos de la teoría adversa, renuncia o debilita los propios. Con todo, especialmente en el siglo XX, ha surgido la convicción jurídica y sociológica que el problema de la pena, y del rol del derecho penal en un estado de derecho contemporáneo, al menos desde el punto de vista empírico, debe tratar de integrar los principales elementos y principios de estas clásicas teorías. Seguramente un estudio empírico revelaría que en realidad ninguna sociedad aprueba el castigo jurídico única y exclusivamente para que el criminal pague lo que hizo, al clásico modo kantiano («que cada uno sufra lo que sus hechos valen») ni mucho menos olvidaría el crimen y sólo pensaría en la reconversión del reo y su recuperación para la vida política y social.

Lo singular está, desde el punto de vista empírico, en lo siguiente. Desde esa perspectiva y tal cual se vive la realidad, el sistema judicial a través de sus instituciones, aplica las penas, desde luego, para castigar la ofensa cometida contra los valores y bienes jurídicos pero, al mismo tiempo, espera que la condena produzca ciertos efectos expiatorios y rehabilitadores en el reo que le permitan, en definitiva, volver a integrarse al cuerpo social. Otra cosa es lo que ocurre en la realidad en los recintos carcelarios, que suelen ser verdaderas escuelas del delito y del crimen, y precisamente por ello, hacen desde el punto de vista práctico inviable que esta última pretensión de la justicia pueda tener alguna posibilidad de éxito.

La cuestión más delicada está en el plano estrictamente teórico. Es ahí donde las antinomias aparecen con más fuerza y hacen prácticamente imposible compatibilizar el núcleo esencial de ambas teorías, lo que, por lo demás, como ya se ha explicado, no deja de tener conse-

cuencias sumamente reales a la hora de elaborar una política y un derecho criminal.

Aparentemente dos jueces que formen parte del mismo tribunal podrían estar de acuerdo en aplicar una determinada pena ante un hecho delictuoso y, sin embargo, bien pudiera ocurrir que la razón de ser del castigo en sus fueros internos respondiera a motivaciones intelectuales totalmente distintas y aún incompatibles. Supongamos que un individuo con notoriedad pública comete un delito; es sorprendido, llevado a los tribunales, sometido a juicio y sentenciado con una condena de prisión. La prensa, como corresponde a una sociedad democrática, podría pedir a cada uno de los magistrados una explicación del fundamento de su decisión judicial para que de este modo la sociedad se informe del funcionamiento de la justicia. Interrogado el juez *A* por las razones que tuvo para fallar por la condena, podría perfectamente explicar su decisión declarando que «se aplicó la pena ya conocida porque, a mi juicio, el señor *X* fue encontrado culpable de un hecho criminal». Preguntado el juez *B* podría, en cambio, responder que consintió en la condena del señor *X* «para que ni el señor *X* ni nadie en este país vuelva a cometer una infracción tan grave que ponga en peligro los valores sustentados por la sociedad». Muchos juristas y filósofos están contestes en que entre estas teorías no hay punto intermedio ni posibilidad de conciliación. O es lo uno, o es lo otro. Ahora bien, si una sociedad asume en sus instrumentos jurídicos una de estas teorías, entonces las consecuencias reales que se han de seguir a la hora de la individualización judicial de la pena tienen que ser, naturalmente, compatibles con dicha elección (tal como lo explicamos a propósito de la concepción ontológica de la pena que subyace, respectivamente, en las Constituciones española y chilena) aunque en los hechos fenoménicos pudiera ocurrir, como efectivamente ocurre, una confusión tanto en el nivel de la ley penal como en el de la práctica judicial y carcelaria. Por cierto, la confusión hay que erradicarla y procurar la unidad, coherencia y consistencia de todo el sistema, si con ello queremos responder a las exigencias de máxima racionalidad y de eticidad que debiera imperar en el seno de una sociedad inserta en un Estado democrático y de derecho.

En último extremo, en este hipotético caso se pueden ver de manera esquemática los elementos esenciales que constituyen la estructura del viejo debate entre el retribucionismo y el relativismo penal, a pesar de que, más bien, desde el punto de vista positivo, muchos penalistas lo consideran intrascendente. Para el utilitarismo, lo importante no es la ofensa porque ya está cometida y, en términos absolutos, no se puede reparar. De lo que se trata es de que el delincuente no reintente transgredir otra vez la ley, ni que otras personas con inclinación al delito vean en su

ejemplo un estímulo para hacer lo mismo. El castigo que se inflige a una persona, pues, no puede justificarse moralmente basándose en el concepto «culpa-ofensa». Todo castigo, *per se*, es dañino y malo. Mal podría o mal se podría intentar alcanzar el bien por intermedio de un mal. Un castigo sólo puede justificarse moralmente cuando se toman en cuenta las consecuencias valiosas que su aplicación puede llegar a producir. El campeón de esta doctrina ha sido Bentham, quien escribió: «La finalidad del derecho es aumentar la felicidad. El objeto general que todas las leyes tienen, o deben tener, es incrementar la felicidad general de la sociedad y, por lo tanto, deben excluir, tan completamente como sea posible, cualquier cosa que tienda a deteriorar esa felicidad. En otras palabras, debe excluir lo que es pernicioso. Y la pena es un mal y es pernicioso. Sobre la base del principio de utilidad, si ella ha de ser admitida, sólo debe serlo en la medida en que promete evitar un mal mayor.»¹³

Para el retribucionismo cuando el individuo infringe la ley, comete una ofensa contra el cuerpo social que es indebida; como consecuencia de ello, se ha hecho culpable y un agente moral portador de una culpa debe pagar por ella para lo cual la autoridad tiene que administrar el castigo. A la ofensa, la sociedad retribuye con castigo a objeto de emparejar, si se puede decir así, los efectos morales de las acciones en juego; las del ofensor, por una parte, y, las del castigador, por otra. Kant y Hegel, en el pensamiento alemán, representan paradigmática y genuinamente esta doctrina, pero con una diferencia. Según Kant, un imperativo moral absoluto obliga a castigar al culpable por el mero hecho de haber cometido el delito y aunque tuviéramos la más absoluta certeza que no volverá a delinquir. Supóngase que el reo es un hombre anciano y afectado de un mal irreversible y fatal. Si la ejecución de la pena —supongamos capital— queda fijada por las autoridades judiciales o penitenciarias para el 20 de diciembre y los informes médicos aseguran que el condenado no llegará a vivir hasta el 25 del mismo mes, Kant diría que la sentencia debe ejecutarse, aún bajo tales extremas condiciones, *por more* a la justicia, por muy cruel que parezca.

Hegel razonó de manera semejante y también en este último caso estaría dispuesto a aprobar la ejecución del condenado, pero no por amor a la ética, sino al derecho. «En esta discusión —sostuvo—, lo único que importa es que el delito debe ser eliminado, no como el surgimiento de un mal, sino como lesión al derecho en tanto derecho.»¹⁴

¹³ Cfr., *op. cit.*, p. 109.

¹⁴ G.W. FRIEDRICH HEGEL: *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural o ciencia política* (versión de Juan Luis Vermal). Editorial Edhasa, Barcelona (1988), pp. 160-161.

Empero, ambas teorías importan consecuencias que desde el punto de vista de una teoría racional de la ética —que es lo que aquí vale— son inaceptables. Como bien vio Séneca, las justificaciones del retribucionismo son *quia peccatum*, es decir, miran hacia el pasado (se castiga al sujeto por lo que hizo), mientras que las utilitaristas son *ne peccetur*, es decir, miran hacia el futuro (se castiga para que el delito no se vuelva a repetir).

El retribucionismo reprocha al utilitarismo, desde el punto de vista moral, varios aspectos:

- 1) Permite el castigo de inocentes. Claro, porque si de lo que se trata es de conseguir efectos útiles, entonces no hace falta establecer una estricta proporción entre la ofensa y el castigo. Eso dependerá del momento histórico y del grado de criminalidad que exista en el cuerpo social. Si lo que interesa es que en la sociedad no se cometan delitos o faltas que atenten contra los bienes jurídicos o fines valiosos, entonces podría estar permitido castigar sin tener en consideración la proporción entre la ofensa y el castigo. En realidad, a mayor castigo, desde este punto de vista, probablemente mejor advertencia para los posibles infractores y para el propio culpable y, entonces, de ahí a castigar a un inocente hay un paso. Así pensó Caifás cuando en el sanedrín argumentó en favor de que era mejor condenar a un inocente que permitir que todo un pueblo perezca. Si es justo castigar un delito con una pena de un año y un día de presidio, pero ello es insuficiente para conseguir los fines que se propone la teoría de la retribución, sea general o específica, entonces bien pudiera tentarse el legislador o el juez y proponer una pena aún mayor de privación de libertad. Pero si lo justo es, como dice Hegel, castigar con un año y un día, pasa a ser injusto castigar con un año y dos días; es aquí donde ya se viola el principio de inocencia porque del año y un día hacia adelante el sujeto ya ha pagado, por decirlo así, su deuda social y ya es inocente como cualquier otro ciudadano. Y nada puede causar más repugnancia moral que el castigo de un inocente.
- 2) Tampoco sería el castigo en sí mismo lo que previene, reforma o desalienta, ya que estos fines pueden alcanzarse por otros medios tales como la educación, los consejos, el tratamiento psiquiátrico, etc., medios externos al castigo en sí. De modo que castigar cuando existen medios alternativos tanto o más eficaces que el castigo, no puede resultar sino inmoral.

- 3) Usar al hombre como medio atropellando su dignidad. Según la teoría kantiana, ampliamente aceptada y fundamento del estado democrático y liberal, el hombre, por el hecho de ser un ente moral —es decir, un agente dotado de entendimiento y voluntad—, es esencialmente libre; el ejercicio libre de su arbitrio es el rasgo ontológicamente relevante de la condición humana. Desde este punto de vista se debe preservar la dignidad de la humanidad en cada hombre, y cada hombre tiene el deber de preservarla en sí mismo y en los demás. Esto implica que el hombre es siempre fin en sí mismo y nunca medio, porque si fuera, aunque sea muy excepcionalmente, medio para alcanzar otro fin, entonces devendría instrumento y con ello cosificaría la condición humana. Eso es, precisamente, lo que hace el señor con el esclavo, el tirano con el súbdito, el dictador con el ciudadano, etc. El hombre puede perder su personalidad civil con la pena, pero en caso alguno su dignidad. Esta se mantiene, si se quiere, subsumida bajo la imposición de la pena, pero jamás decae porque si eso llegara a ocurrir, entonces la vida del hombre no tendría ningún valor moral y con ello ningún valor humano.
- 4) Por último, todo proceso criminal pierde absolutamente sentido si el inculpado resulta inocente; desde ese momento en adelante el castigo se disuelve como la sal en el agua y con ello cualquier medida finalista resulta absurda, lo cual vendría a demostrar, desde el punto de vista retribucionista, que, en efecto, la culpa es el motivo y la pena es la respuesta y que en ello radica precisamente la esencia del derecho penal.¹⁵

Los utilitaristas, a su vez, consideran que los retribucionistas son los que verdaderamente incurren en renunciados morales:

- 1) Al considerar la pena como una respuesta proporcional a la ofensa siempre y bajo todas las condiciones sin tener en consideración la circunstancia ni el tiempo, no están sino sublimando la venganza que manda devolver mal por mal, lo cual es irracional e injusto. ¿Cómo se puede pretender que de la suma de dos males (la ofensa más el castigo) resulte un bien?

¹⁵ Eduardo Demetrio CRESPO: *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad, Salamanca (2000), hace una excelente defensa y estudio de la prevención general en relación con otras teorías actualmente vigentes en Europa y especialmente en Alemania y España.

- 2) Si el hombre es un fin en sí mismo¹⁶ entonces es un deber de cada uno de los hombres y de la sociedad en su conjunto, buscar la perfección humana. Todo hombre que ha errado debe tener derecho a rehabilitarse y a propender a la felicidad que es el fin último social e individualmente considerado. Las teorías preventivistas, máximamente perfeccionadas a partir de la mitad del siglo XX, tienen en cuenta precisamente este hecho y no conciben castigar por castigar sin ofrecer a cambio al menos la posibilidad de la enmienda y la reinserción. Otra cosa es que el reo elija libremente no perfeccionarse y permanecer en su perversidad. De acuerdo a los dictados del estado liberal, que sacraliza la libertad y la inmuniza de todo peligro político y moral, es una decisión personal que cabe respetar, ya que, como se ha dicho, al Estado no le compete la moralidad de sus ciudadanos, sino sólo la juridicidad de sus acciones.

La demanda por la justificación racional de la pena en realidad lo que hace es preguntar por su causa en el sentido aristotélico, ya que, conociendo la relación objetiva entre la causa y su efecto, podemos saber por qué la cosa es como es o no es como se creía que podría haber sido. Por eso, cuando se pregunta qué justifica o legitima racionalmente el castigo, el concepto de causa hay que entenderlo en el cuádruple sentido aristotélico. Al escindir las diversas dimensiones de la causa —como si no tuvieran nada que ver unas con otras, e incluso fueran incompatibles—, se produce un aparente problema lógico (una aporía) que, en el campo de la teoría penal, separa irreconciliablemente las respuestas de una y otra teoría.

En la realidad, sin embargo, es decir en la consideración de los hechos, valoración de los antecedentes y adjudicación de la pena por parte del juez o del tribunal, fenomenológicamente ambas direcciones se encuentran dialécticamente integradas y superadas; o sea, desaparece la contradicción como mera abstracción en favor de la realidad. Si esto es así, entonces tiene sentido una teoría mixta o integradora que no es pura y simplemente la yuxtaposición forzada de elementos incompatibles, sino una real superación de los contrarios, si se quiere en el sen-

¹⁶ SCHOPENHAUER: *op. cit.*, se opone a la idea kantiana según la cual el hombre es siempre fin y nunca medio. Según él, el criminal, por la comisión de su acto indigno de un ser social y civilizado, pierde su dignidad y se transforma precisamente en un medio, un medio que el Estado no debe vacilar en utilizar para conseguir a través de él fines superiores, como lo es la paz social y la defensa del derecho.

tido hegeliano, en beneficio de una síntesis superadora e integradora y expresión de una nueva realidad.

La actual teoría penal pareciera avanzar hacia esta síntesis a juzgar por las nuevas formas de conceptualización y de integración de principios y conceptos jurídico-penales, hasta ahora considerados, al parecer, incompatibles. Hoy día se reconoce que en la fijación de la pena deben intervenir, al menos, dos principios esenciales debidamente conjugados y complementados: el principio de la «prohibición del exceso», que es una manifestación más específica del principio de proporcionalidad y, el «principio de culpabilidad». El primero establece una relación de medio a fin y, el segundo representa una relación de medio a motivo. De esta suerte el principio de culpabilidad limita todas las intervenciones estatales de carácter penal a una medida que sea considerada como una compensación aceptable por la conciencia jurídica y adecuada al hecho culpable.

«La persecución aislada de los fines —sostienen a este respecto Maurach y Zipf, tanto de la prevención individual como de la prevención general— traería consigo el peligro de abandonar al afectado a estos objetivos estatales y, en especial, a la falta de garantía de una relación adecuada y justa ante el motivo de la pena y las consecuencias jurídicas del hecho».¹⁷ Lo cual pone a la vista, en la teoría penal hoy día más aceptada, que no es posible perseguir fines preventivos en forma ilimitada si se quiere respetar la vigencia del sistema de hechos punibles y del principio de culpabilidad. En efecto, el llamado principio de «la prohibición del exceso» es un axioma básico que debe regular la intervención del Estado en la carga punitiva pero, al mismo tiempo, debe ser equilibrado e integrado con el principio de culpabilidad que representa una relación de medio a motivo, motivo que, en definitiva, legitima la persecución penal.

La pena, pues, tiene que justificarse pero, al mismo tiempo, tiene que ser justa porque precisamente en la medida en que lo sea se podrá también justificar a sí misma. Si la pena es excesiva o si no considera suficientemente la culpabilidad, no hay manera de que pueda ser justa ni mucho menos que como institución se pueda justificar desde un punto de vista racional y ético.

En el fondo, el principio de la prohibición del exceso es una contribución de las teorías relativistas o prevencionistas, así como el princi-

¹⁷ Reinhart MAURACH y Heinz ZIPF: *Derecho penal* (versión de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson), vol. I, parte general. Editorial Astrea; Buenos Aires (1994), p. 109.

pio de culpabilidad es la lógica consecuencia de las doctrinas retribucionistas. Ahora bien, dependerá de cada Estado el inclinarse más por uno u otro de estos principios, pero es cuestión de propensión y no de desequilibrio, lo cual quiere decir que ambos principios, y en definitiva ambas posturas filosófico-jurídicas, tienen en la realidad constitucional y penal de un Estado un rol esencial que desempeñar.

Precisamente la conjugación de estos dos principios permite defender de manera más sólida la dignidad de la persona humana, con todo lo que implican sus derechos fundamentales, al ponerle barreras al Estado a la hora de perseguir e imponer las penas a los individuos que han infringido el orden jurídico penal, como lo han entendido las nuevas teorías garantistas y minimalistas, que fundan sus doctrinas en la teoría de los derechos humanos, la dignidad de la persona y el estado social democrático y de derecho.¹⁸

¹⁸ Luigi FERRAJOLI: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, S.A., Madrid (1995); desarrolla y explica de una manera magistral las actuales teorías minimalistas y garantistas imperantes en la filosofía y la teoría penal europea. El libro ofrece una panorámica excelente del estado de la cuestión integrando un riguroso y preciso examen de la problemática desde las perspectivas jurídica y filosófica.