

# *FILOSOFÍA DE LA PENA: ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL*

---

*Nuria Belloso Martín*

*"Dar a cada uno lo suyo es una necesidad social y, en la medida en que se cumple, es un hecho social. Este hecho social es deseable y bueno, por lo cual la constante voluntad de realizarlo es una disposición o hábito bueno, que es lo que llamamos una virtud. Hay, pues, una virtud llamada justicia que consiste en la disposición de la voluntad de dar a cada cual lo que es suyo".*

J. HERVADA (*Introducción crítica al Derecho Natural*. Pamplona, Euns, 1982, p. 21)

*"La conciencia moral, el superyo, la ética social se forman desde la niñez en referencia primariamente a situaciones y comportamientos de otras personas, y sólo secundariamente y a partir de un determinado grado de desarrollo intelectual en referencia a las normas penales"*

F. MUÑOZ CONDE (*Derecho Penal y control social*. Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 38)

## 1. DERECHO Y MORAL

El Derecho Penal constituye una de las disciplinas en la que la dialéctica Derecho-moral alcanza un grado de complejidad significativo. La teoría de la pena (partiendo de la premisa de la pena como elemento jurídico) acaba desembocando en el interrogante de cuál será la influencia que recibe de la moral (entendiendo la pena como respuesta de la moral a una mala acción y la necesidad de su expiación). La relación entre la Filosofía del Derecho y el Derecho Penal ha sido especialmente intensa en algunos períodos

históricos y, precisamente en temas tales como el de la relación Derecho-moral, donde adquiere una gran relevancia.

En la conciencia jurídica, moral y religiosa de la humanidad existe, a modo de sustrato, un principio de justicia que reclama la necesidad de una correspondencia entre virtud moral y felicidad; este mismo concepto, expresado en versión negativa, reclama la correspondencia entre culpa e infelicidad<sup>1</sup>. La posición de algunos sofistas, inmortalizada por Platón en el primer libro de la *República*, resulta emblemática en lo que se refiere a su exposición acerca de la temática de la felicidad vista en relación con la práctica de la justicia. Adimanto y Glaucone negaban que el ejercicio de la justicia implicara efectos gratificantes: "La sabiduría y la justicia son ciertamente cosa bella, pero exigen cansancio y compromiso mientras que, en cambio, la intemperancia y la injusticia son agradables a la vista de todos; sólo la ley y la opinión común les hacen parecer como algo malo. Como todos saben, la acción deshonesta produce más que la honesta y los malvados, ya que son ricos y están dotados de recursos, suelen ser considerados felices y se les respeta tanto en la esfera pública como en la privada. En cambio, aquellos que en alguna medida son débiles o pobres, se les reconoce como mejores que los otros, pero en realidad son despreciados o se les mira con precaución"<sup>2</sup>.

En el mismo sentido, Trasímaco señalaba que, "justo y justicia sí que son realmente un bien, pero para los otros, en cuanto proporciona ventajas a quien es más fuerte y tiene el poder, mientras que, para quien está obligado a obedecer, constituyen en sentido propio un daño personal. Por el contrario, la injusticia actúa como dominante sobre aquellos verdaderos ingenuos que son los justos, dado que los sometidos actúan en interés de quien es más fuerte, y en este servir son instrumentos de la felicidad de ellos y no de

1. Vid. a este respecto la obra de M. CASCAVILLA, *Colpa e infelicità. Giustizia e pena in Rosmini*. Torino, G. Giappichelli Editore, 1995.

2. PLATÓN, *Reppublica*, II, 364 a y b. Trad. de R. Radice. En: "PLATONE. Tutti gli scritti". A cura di G. Reale. Milano, Rusconi, 1991, pp. 1113-1114.

la suya propia (...) A ello se añade que esto acaba por destruir las relaciones con conocidos y parientes, por el hecho de que no quieren hacerles ningún favor ilícito (...) "<sup>3</sup>. Este discurso de alabanza acaba culminando en la afirmación de que, "la injusticia, cuando sea en sí perfecta, es más libre, más fuerte que la justicia" <sup>4</sup>.

Distinta ha sido la opinión del pensamiento griego clásico, especialmente en el caso de Aristóteles, quien afirmaba que, "las acciones según virtud deben ser agradables por sí mismas" <sup>5</sup>, lo que equivale a afirmar que el actuar moral encuentra en sí mismo la recompensa eudemonológica; o también la consideración de que la felicidad no depende de los caprichos de la suerte que impera a través de los méritos o deméritos que el hombre adquiere con sus acciones, sino que es fruto de una actividad, propiamente de aquella "actividad" del alma según virtud.

En la actualidad, la relación entre culpa e infelicidad y virtud moral y felicidad toma nuevos bríos en la compleja relación entre Derecho y moral <sup>6</sup>. Estos son dos criterios de regulación del obrar humano que se diferencian entre sí, principalmente, por su finalidad última. La moral ordena el comportamiento del hombre, tanto individual como social, buscando la perfección individual

3. *Reppublica*, I, 343 c-e, pp. 1096-1097.

4. *Op.cit.*, I, 344 c.

5. *Ética Nicomachea*, II, 2, 1103 b. Trad. de A. Plebe. En: "ARISTOTELE. Opere." vol.VII. Bari, Laterza, 1973, p. 31.

6. Entendemos que hay un tercer orden normativo, los usos sociales, de los que sin embargo no vamos a ocuparnos aquí.

No podemos dejar de apuntar que algunos autores no aceptan la existencia de un tercer orden normativo, como es el caso de G. DEL VECCHIO: "*Las acciones humanas no pueden ser consideradas bajo más que estos dos aspectos: o a parte subjecti (con lo cual nos hallamos en el campo de la Moral), o a parte objecti (con lo que tenemos el campo del Derecho). No se da un medio entre estos dos términos; tertium non datur. Las tentativas de clasificación bipartita en tripartita son falaces*" (DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*. Barcelona, Bosch, 9ª ed., corregida y aumentada. Revisada por L. Legaz y Lacambra, 1980, p. 322).

del sujeto. El Derecho tiene como principal finalidad no la búsqueda de la perfección individual de las personas sino el orden y la paz social.

Dejando a un lado el contenido que puedan tener las reglas morales y jurídicas, cabe apreciar cuatro diferencias esenciales dignas de destacar: 1º) Se considera que todos tienen conocimiento de las normas jurídicas; su observancia se impone a todos los que se encuentran en el territorio del Estado. En cambio, las reglas morales no están codificadas. Ciertamente hay una tradición común pero nuestra sociedad integra miembros muy diversos. En definitiva, al orden jurídico, obligatorio en un determinado Estado, no se puede contraponer un único orden moral, un fondo común de moralidad; 2º) Mientras que en la moral todos pueden formarse una opinión y emitir un juicio, aprobar o desaprobar una determinada conducta, en el Derecho únicamente el juez competente es quien está cualificado para aplicar la ley y pronunciar la sentencia; 3º) Mientras que en la moral es suficiente una sospecha para quebrar la reputación de una persona, en el Derecho la duda juega a favor del imputado, existe el principio de presunción de inocencia; 4º) La racionalidad de nuestros juicios, tanto en el Derecho como en la moral, se manifiesta a través de la regla de justicia, la cual exige que se traten de modo semejante situaciones esencialmente similares. Pero mientras en la moral la regla de justicia sólo afecta al comportamiento individual de un agente y a sus decisiones personales, en el Derecho hay que tener presente otros elementos ajenos al individuo de que se trate: el precedente, la interpretación de la ley, etc.<sup>7</sup>.

Las indicaciones que podemos encontrar en el Antiguo Testamento van en esta misma línea. Del Pentateuco a los escritos históricos, de los libros de la sabiduría a los libros proféticos, se destaca, a través de las diversas formulaciones, que la verdad es

7. Cfr. PERELMANN, CH., *Morale, diritto e filosofia*. Napoli, Guida Editori, 1973, pp. 295-298.



que la buena suerte y el éxito es prerrogativa exclusiva del justo, es decir, de aquel que observa la ley puesta por Dios. Igualmente, en el Nuevo Testamento se encuentra la proposición del esquema del nexo existente entre culpa y destino infeliz, ya presente en el contexto griego y hebraico<sup>8</sup>.

No cabe duda que esta relación entre culpa/felicidad guarda una estrecha conexión con la relación entre derecho/moral y que, en definitiva, estos dos binomios se encuentran influidos por el principio de justicia. Y, en lo que se refiere a la justicia, cabe también diferenciar la justicia natural de la justicia divina y de la justicia humana. La actuación de Dios (premio o castigo) dirigida a sancionar la conducta humana de modo que al final el justo resulte feliz y el malvado infeliz en la otra vida, puede que no satisfaga la urgente necesidad, plasmada especialmente en el plano de la vida social, de encontrar un remedio de forma cierta e inmediata al delito que prospera y a la honestidad que languidece. Y, ciertamente, el instrumento privilegiado de que dispone la autoridad pública, o a quien según el Derecho le corresponda restaurar el equilibrio roto por el delito, es la pena, entendida como un *quantum* de sufrimiento infligido al culpable para equilibrar la inmerecida e ilegítima ventaja eudemonológica que se ha conseguido a través del delito<sup>9</sup>.

Esto ha provocado que numerosos autores defiendan la raíz moral del Derecho y, muy especialmente, cuando se trata del Derecho Penal. Se considera que el Derecho, por algunos de sus requisitos esenciales, por su constitución y su perfeccionamiento, solo puede sustanciarse a través de una estrecha conexión con el

8. Cfr. CASCAYILLA, M., *op.cit.*, pp. 10-24.

Este mismo principio encuentra numerosas resonancias literarias como en *Antígona*, la tragedia de Sófocles, en *Macbeth* de Shakespeare, en *Crimen y castigo* de Dostoyevski, etc. En el campo propiamente filosófico cabe destacar *La Ciudad de Dios* de San Agustín y la *Crítica de la razón práctica* de Kant.

9. Cfr. CASCAYILLA, M., *op.cit.*, pp. 50-51.

mundo moral. El Derecho recaba, directamente de la moral, la prerrogativa del deber, la forma de obligatoriedad<sup>10</sup>.

Tradicionalmente, los estudios referidos a las relaciones entre Derecho y moral insisten más, con espíritu kantiano, en los aspectos que los separan que en las semejanzas que los unen: el Derecho gobierna el comportamiento exterior, la moral pone el acento sobre la intención, el Derecho establece una correlación entre derechos y deberes, la moral prescribe deberes que no dan lugar a derechos subjetivos, el Derecho establece obligaciones sancionadas por el poder, la moral permanece ajena a las sanciones organizadas, etc.

En el tema de la relación entre Derecho y moral —*"el Cabo de Hornos de la filosofía del Derecho"*, como señalaba R. von Jhering—, conviene tener presente la valiosa aportación que al respecto realiza H. Henkel. A su juicio, el motivo más frecuente por el que la controversia sobre este tema no ha llegado a una solución estriba en que la moral se contrapone, como un sector unitario, sin estructurar e indiferenciado del ser de los hombres, al Derecho. No se destaca que existen distintas esferas de la moral, las cuales, por consiguiente, figuran en una relación muy diversa con el Derecho. Esta "generalización" equivocada da lugar, por ejemplo, a que la "interioridad" de la moral se oponga a la "exterioridad" del Derecho, que la autonomía de aquélla se oponga a la heteronomía de éste; que, por una parte se afirme la separación de

10. Por ejemplo, según Rosmini, no existe un deber jurídico esencialmente distinto del deber moral; el deber jurídico es el mismo deber moral considerado en una particular modalidad de su ejecución. La idea de hacer depender el aspecto coercitivo del derecho de su anclaje en la ley moral sitúa a Rosmini en sintonía con las concepciones clásicas del derecho moral, según las cuales no tiene condiciones de verdadera ley y, por consiguiente, no es vinculante la prescripción que no se encuentra revestida de valor moral; situándola en fuerte contraposición a aquellas perspectivas de fundamentación de la obligación jurídica que se basan, en última instancia, en el factor de la fuerza o del poder, como sucede en la tradición del positivismo (Cfr. CASCAYILLA, M., *op.cit.*, pp. 66-67).

Derecho y moral y que, por otra, se afirme su unidad, calificando al Derecho de parte integrante del orden moral<sup>11</sup>.

Así pues, Henkel, en la estructuración del sector de la moral, diferencia tres esferas: la moral autónoma, la ética superior de los sistemas religiosos y de *Weltauschauung* y la moral simple de la moral social. La primera, la moral autónoma, significa un puro deber-ser, un ser ideal, que no puede ofrecer realidad alguna en un orden vigente de comportamiento. La expresión que recoge su sentido sería: "actúa conforme a tu conciencia"; en segundo lugar, los sistemas de la ética superior religiosa y profana se diferencian de la moral autónoma en que quieren ser vinculantes no sólo personalmente para el comportamiento moral del creador de sus normas sino para todos los hombres. Como tampoco se someten a límites ni a condiciones de espacio ni de tiempo, se revisten de una pretensión absoluta de validez. Las actitudes fundamentales que se exigen de ellos, como el amor al prójimo, la moralidad, el dominio de sí mismo, la renuncia al mundo, etc. indican la variedad de sus postulados morales; en tercer lugar, la moral social puede ser entendida como el conjunto de las exigencias morales de comportamiento que la sociedad formula a sus miembros. Este concepto presupone la idea de que dentro del grupo humano existe un "acervo fundamental de concepciones comunes respecto del comportamiento moralmente bueno". Representa una forma social de la moral. Como tal, contiene únicamente los valores morales elementales de la vida social, el orden social del comportamiento que la sociedad exige y valora como moralmente bueno (las virtudes de la buena fe en el tráfico, de diligencia y escrupulosidad en el cumplimiento de las obligaciones frente a otros y frente a la comunidad, etc.)<sup>12</sup>.

11. Cfr. *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964. Trad. al castellano de E. Gimbernat Ordeig. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid, Taurus, 1968, pp. 216-218.

12. Cfr. HENKEL, H., *op.cit.*, pp. 218-225.

Una contemplación realmente "comparadora" entre moral y Derecho, a juicio de Henkel, sólo puede realizarse diferenciando los tres sectores mencionados de la moral. En lo que se refiere a la relación de la moral autónoma con el Derecho, tradicionalmente se caracteriza por la separación y el antagonismo y se destacan las siguientes contraposiciones para definir la moral por una parte y el Derecho por otra: interno-externo; voluntad y motivo-comportamiento; moralidad-legalidad; autonomía-heteronomía; autovinculación-sujeción; libertad-coerción; conciencia-precepto; personalidad-sociedad. Según Henkel, existen tantos canales de unión entre moral autónoma y Derecho como antinomias e incluso situaciones de conflicto. Lo mismo ocurre con la relación del Derecho con los sistemas de la ética superior religiosa y profana, donde puede existir tanto una diferencia y contraposición de ambos como una vinculación y un apoyo recíproco; igual sucede en la relación del Derecho con la moral social, en la que pueden encontrarse importantes coincidencias estructurales así como también diferencias. Conviene pues, tener presente cada caso concreto de relación/oposición Derecho/moral que se presente<sup>13</sup>.

Los juristas, muchas veces insatisfechos con una concepción puramente positivista, finalista y estatalista del Derecho, insisten en la importancia del elemento moral en el funcionamiento del Derecho, destacan el papel que puede desempeñar la ética, la buena fe, las buenas costumbres y otras muchas nociones en las que no se puede olvidar el aspecto ético. Es así que para construir el Derecho, se recomienda "echar una ojeada a la moral". Cabe preguntarse por qué no se realiza la actuación contraria, es decir, porqué no se recomienda el estudio del Derecho como objeto de meditación e inspiración para el moralista. ¿Es que el Derecho, en última instancia, resulta inmoral?<sup>14</sup>.

13. Cfr. HENKEL, H., *op.cit.*, pp. 229-247.

14. Así por ejemplo, puede hacerse referencia al uso inmoral del lenguaje, que para algunos se limita a la violación de la obligación de decir la verdad. El

Es conocido que la relación entre los dos sistemas normativos del Derecho y la moral puede resumirse en tres grandes modelos: 1º) primado de la moral sobre el Derecho; 2º) irrelevancia del Derecho para la moral y de la moral para el Derecho; 3º) primado del Derecho sobre la moral. Asimismo, en la historia de la cultura occidental pueden distinguirse tres grandes fases: la edad antigua y medieval, la edad moderna y la edad contemporánea, caracterizadas respectivamente por la prevalencia de cada uno de los tres modelos a los que acabamos de hacer referencia<sup>15</sup>.

testigo que miente es castigado porque está obligado a decir la verdad, pero existe la cláusula de que cuando se trate de parientes en línea directa o afines a una de las partes, no se les puede obligar a declarar bajo juramento. El legislador admite que se trata de violentar los sentimientos de afecto que existen entre parientes próximos. Pero hay otras prescripciones legales que no solo no obligan a decir la verdad, y no castigar la mentira, sino que incluso castigan a aquellos que hayan dicho la verdad en circunstancias en las que existe obligación de mantener el secreto profesional (Cfr. PERELMANN, CH., *op.cit.*, pp. 303-305).

El testimonio bajo juramento implica la obligación de decir la verdad; en cambio, en ciertos casos hay obligación de callar, como en el secreto profesional. Estos ejemplos ponen de relevancia que las prescripciones jurídicas, mostrando el pluralismo de las normas y de los valores, según las circunstancias concretas, obligan al moralista a reconocer la insuficiencia de un riguroso formalismo ético. No basta con enunciar un principio general, sino que es necesario que el moralista se preocupe de los problemas surgidos de la aplicación de estos principios en los diversos casos. Para ello, debería descartarse la posibilidad de que el moralista se inspirara en el modelo jurídico. Al igual que hay principios generales del Derecho podrían enunciarse principios fundamentales de la moral (ya fueren deontológicos o teleológicos, formalistas o utilitaristas) (Cfr. *Ibidem*).

15. Cfr. D'AGOSTINO, F., *Filosofia del Diritto*. 2ª ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 1996, p. 26.

En la Edad Antigua y Media el Derecho es considerado en función de la moral. Se llega a dar una identidad entre Derecho y moral. Los preceptos éticos adquieren relevancia jurídica. Y cada mandato político llega a adquirir obligatoriedad moral. Baste recordar la tragedia *Antígona*, de Sófocles.

La distinción entre Derecho y moral se relaciona con la crisis del sentimiento moral que fue producido a su vez por la crisis de la conciencia europea de la Reforma. El Derecho Internacional de la edad moderna pretende sustituir

El Derecho parece estar unido, no sólo a la teoría moral más heterónoma de los deberes, sino a una mitología de culpabilidad general. La muerte es el precio del pecado, y en el mito del pecado original ello tiene lugar literalmente como ejecución. Adán y sus descendientes están condenados a muerte. Es una sentencia dictada por Dios mismo y que Dios ha transmitido a la autoridad para una ejecución. De ahí que todas las penas dictadas por la autoridad cristiana no sean más que determinaciones en concreto de la ley penal primaria surgida de la ira del Señor. *Et poenae et remedia peccati*, según Santo Tomás y Lutero<sup>16</sup>. Incluso F.J. Stahl, siguiendo a Lutero, advertía: "*El Derecho es la moral que, bajo los efectos de la caída original, se convierte en un poder coactivo externo*". Y es que el *ius talionis* del orden superior se extiende desde el Código de Hammurabí, con su aniquilación del delito por su repetición negativa en la pena, hasta la definición de la pena en Hegel como "*negación de la negación y, por tanto, como restablecimiento del Derecho*".

Las normas constituyen técnicas de motivación social, es decir, instrumentos que inducen a los hombres a comportarse de

el sentimiento prevalente en el medievo de la pertenencia a la universalidad de la *communitas christiana*. La moralidad del Derecho, en esta época, es una moralidad pública (la "razón de Estado"). Primero en Thomasius y después en Kant, la separación entre Derecho y moral se sitúa en sistemas articulados y complejos. Desde entonces, distinciones como la de "legislación externa", acompañada de sanción (la típica del Derecho) y "legislación interna", carente de sanción (la típica de la moral) o entre "imperativo categórico", dictado por la conciencia (la ley en sentido ético) o "imperativo hipotético", dictado por el legislador (la ley en sentido jurídico) son concepciones comunes entre los juristas.

En la época contemporánea advertimos una prevalencia del Derecho sobre la moral. Parece que se ha alcanzado un *minimum etico*, vinculado precisamente al Derecho y gracias al cual se puede garantizar la coexistencia humana "civil". Las diversas proclamaciones constitucionales y meta-constitucionales de los derechos humanos han puesto de manifiesto este perfil. Es el signo del triunfo de lo que podría llamarse la "moralidad" del Derecho, como moralidad meta-ética y meta-cultural, como moralidad "pública".

16. Cfr. BLOCH, E., *op.cit.*, p. 253.

determinada manera. Así por ejemplo, Kelsen distinguía dos técnicas diferentes de motivación; la primera es la técnica de motivación directa, que se caracteriza porque las normas indican directamente la conducta deseable y se pretende motivar a la gente solamente por la autoridad o racionalidad de la propia norma. Las normas morales son la muestra más fehaciente, como por ejemplo, "no se debe matar". El incumplimiento de estas normas morales puede acarrear una sanción (remordimiento, escrúpulos, rechazo social) o su cumplimiento un premio, pero tales sanciones o premios no están sistemáticamente previstas en las normas. La segunda, la técnica de motivación indirecta, se caracteriza porque pretende motivar a la gente, no indicándole directamente la conducta deseable, sino estableciendo una sanción para la conducta indeseable o un premio para la deseable. Las normas religiosas constituyen un buen ejemplo pues inducen al cumplimiento de ciertas conductas, determinando para las conductas expresadas sanciones o premios que se aplicarán, sea en la tierra o en el otro mundo. También las normas jurídicas constituyen casos de técnicas de motivación indirecta, aunque prevén sanciones aplicables y apenas premios<sup>17</sup>.

Sin embargo, es común aceptar que desde hace unos años hemos entrado en la edad postmoderna, por lo que se hace necesario buscar un nuevo modo de entender y vivir la dialéctica Derecho-moral. El problema radica en cómo configurar ese modelo actual, postmoderno, de la relación entre Derecho y moral. Hacer referencia a una "ética mínima" no es suficiente porque por el propio contenido de la ética queda claro que el hombre debe pedir siempre el máximo y no conformarse con un mínimo ético que sea suficiente para actuar moralmente<sup>18</sup>. Entendemos, con A.

17. Cfr. NINO, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*. 4ª ed., Barcelona, Ariel, S.A., 1991, p. 81.

18. Consideramos que la moral interviene en el Derecho, actuando como coadyuvante de la eficacia del Derecho, dado que el ordenamiento jurídico se asienta, en última instancia, sobre los valores morales del sistema. Como seña-

Montoro Ballesteros, que la tarea de determinar y concretar los contenidos morales que debe asumir el Derecho es una cuestión compleja en la que debe intervenir la sociedad (en primer lugar) y el Estado (en un segundo momento)<sup>19</sup>.

La justicia ha sido considerada siempre como una parte de la moral y, por consiguiente, como una actividad o virtud moral. Si se afirma que la justicia viene creada por la ley del Estado se desgaja a la justicia de la moral, de modo que la justicia no vendría determinada por la moral sino por la ley<sup>20</sup>. Algunos autores han llegado incluso a advertir que en las Constituciones modernas occidentales, con la introducción del capítulo sobre Derechos fundamentales, se ha producido una "moralización" tan grande del Derecho positivo que la moral ha perdido mucho de su tradicional carácter trascendente. Sin embargo, ello no significaría que la moral tenga que perder su razón de ser ya que las normas jurídicas no son las únicas que rigen el comportamiento humano y además la moral seguiría jugando un papel crítico por lo que

laba HART: "*un sistema jurídico tiene que apoyarse en un sentido de obligación moral o en la convicción del valor moral del sistema, dado que no se asienta, ni puede hacerlo, en el mero poder del hombre sobre el hombre*" (*The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press, 1961. Trad. al castellano de G. Carrió. *El concepto del Derecho*. México, Editora Nacional, 1980, p. 250).

También subraya HART que, "*hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable*", y todas reglas de conducta constituyen, lo que él denomina, el contenido mínimo del Derecho Natural, es decir, "*principios de conducta universalmente reconocidos, que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural y a sus propósitos (...y sin los cuales), las normas jurídicas y la Moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo que los hombres tienen al asociarse entre sí*" (*op.cit.*, pp. 238-239).

19. Cfr. MONTORO BALLESTEROS, A., *Derecho y Moral*. Universidad de Murcia, 1993, p. 31.

20. Cfr. CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Una introducción a la ciencia jurídica*. Madrid, Civitas, S.A., 1988, p. 120.



respecta a la interpretación y aplicación de las normas morales positivizadas<sup>21</sup>.

## 2. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHO PENAL

Desde la época del Idealismo y de la Ilustración han existido estrechas relaciones entre la Filosofía y el Derecho Penal. En nuestro siglo estas relaciones se han debilitado mucho. Para Kant y Hegel la Filosofía del Derecho formaba todavía parte de un sistema filosófico general o global, integrando tanto la Dogmática como la Teoría del Derecho<sup>22</sup>. Estas dos últimas disciplinas carecían de autonomía propia y se incluían en el estudio de la Filosofía del Derecho.

Esta integración de la Filosofía y del Derecho ha beneficiado a ambas partes, pues ha permitido que los problemas jurídicos estén vinculados a un contexto de análisis mucho más amplio y fundamentativo. También ha posibilitado que la Filosofía llegue a un punto de conexión con la praxis. Esta interrelación entre Filosofía y Derecho, que se conoce como Filosofía del Derecho, ha sido muy beneficiosa para los pensadores del Iluminismo tales como Kant y Hegel, que se interesaron por estos temas. La integración que iniciaron estos autores se fue perdiendo a lo largo del siglo XIX. Los seguidores de Kant y Hegel, es decir, los neo-kantianos y los neohegelianos, han sido también grandes filósofos del Derecho pero con una diferencia. Entre ellos encontramos filósofos o juristas, a diferencia de Kant y Hegel que desarro-

21. Cfr. GARZÓN VALDÉS, E., *Derecho y moral*. En: "El derecho y la justicia". (Edic. a cargo de E. Garzón Valdés y F.J. Laporta). Madrid, Trotta, CSIC, BOE, 1996, p. 404.

22. No vamos a detenernos en el análisis del origen y génesis de los respectivos conceptos de Teoría del Derecho, Teoría General del Derecho y Filosofía del Derecho, ni tampoco en establecer sus diferencias (*Vid.* ROBLES MORCHÓN, G., *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid, Debate, 1988, espec. pp. 13-24).

llaron un trabajo integral, un estudio en conjunto de lo que era la Filosofía matizándola con la Teoría del Derecho o con otros puntos conexos de la Teoría General del Derecho. Los seguidores se remiten a problemas concretos bien sean de la filosofía pura o de cuestiones propiamente jurídicas.

A principios del siglo XX la Filosofía del Derecho experimentó aún una mayor reducción de su objeto de investigación. Ello obedeció a ciertos factores. Tanto el Derecho Constitucional como el Derecho Penal o la Sociología del Derecho le restaron algunos campos de investigación. La legitimación del Estado y de la pena, que incidentalmente eran tratados como temas propios de la Filosofía del Derecho, actualmente son abordados por el Derecho Constitucional y por el Derecho Penal respectivamente. La tradición filosófico-jurídica se mantiene con mayor éxito entre la Filosofía del Derecho y el Derecho Penal que entre la Filosofía del Derecho y otras ramas del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, las teorías de la pena basadas en Kant y Hegel son seguidas por muchos autores penalistas, como antes hicieron Kant y Hegel, basándose en concepciones de teorías absolutas de la pena<sup>23</sup>.

Otro de los puntos que muestran la conexión entre la Filosofía y el Derecho Penal ha sido, desde una vertiente política, la teoría del contrato social. A partir de esta teoría el rol del legislador cambió desde una perspectiva de interpretación a un rol de

23. Como ya conocemos, la teoría crítica del conocimiento del Idealismo alemán significó la superación del Derecho clásico. El Derecho Natural cosmológico de influencia teológica preconizado por Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, hacía una deducción del deber a través del ser. Según este monismo metódico, el orden del deber humano derivaba así de un orden de la naturaleza (el Derecho Natural debía derivar de una concepción de Dios preconcebida). Sin embargo, a partir de Kant y sus seguidores no fue posible sostener esta concepción. Los neokantianos separaron con claridad el ser del deber ser, marcaron una concepción metódica dualista. Esta concepción racionalista planteaba la ordenación de los deberes como producto de la razón humana. Con ello se caracterizaba al hombre como un ser responsable, autónomo, y se le situaba en el centro de una investigación antropológico-jurídica.

creación de la ley. Antes de la instauración del Estado o cuando existía un Estado incipiente, el creador de la ley y de la normativa jurídica no era el Estado sino los juristas, tal y como sucedió en Alemania a través de las Pandectas. La teoría del contrato social da respuesta tanto al problema de la legitimación del Estado como al problema de la legitimación del Derecho. En el fondo, la legitimidad de las prescripciones jurídicas deriva de los mismos que están sometidos a ellas. El estado natural se transforma en Estado jurídico renunciando el ciudadano a una parte de su libertad para así poder convivir en libertad con los otros ciudadanos que igualmente renuncian a una parte de su libertad.

Con el contrato social hipotéticamente cada ciudadano cede una parte de su libertad para que el Estado pueda otorgar una seguridad jurídica. Frente a esa ilimitada libertad anterior hay que poner una serie de limitaciones: un poder punitivo del Estado. Y es este tema el que va a constituir objeto de atención en las páginas que siguen ya que ese poder punitivo va a manifestarse a través de una pena. Pero ¿es moral imponer una pena? ¿es inhumano castigar al culpable? ¿quién puede castigar? ¿cómo se debe castigar? ¿qué límites debe tener el castigo? ¿cuáles son los fines de la pena? ¿está legitimada la pena? Estos interrogantes y otras cuestiones permitirán elaborar un *iter* acerca de una filosofía de la pena<sup>24</sup>.

### 3. PENA Y SANCIÓN

La función motivadora de la norma penal sólo puede com

24. Estas reflexiones acerca de la pena se harán, no desde una perspectiva penalista, sino desde una perspectiva filosófica, conectándola con el ideal de justicia, para poder analizar si cumple el papel que se le ha encomendado: contribuir a hacer más justo el Derecho.

Vid. ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*. Trad. al castellano de M. Luzón Peña. Madrid, Reus, S.A., 1976.

prenderse situando el sistema jurídico-penal en un contexto más amplio de control social, es decir, de disciplinamiento del comportamiento humano en sociedad. Dentro del control social la norma penal, el sistema jurídico-penal, ocupa un lugar secundario y meramente confirmador de otras instancias más eficaces. La norma penal no crea nuevos valores, ni constituye un sistema autónomo de motivación sino que sólo tiene sentido si se le considera como la continuación de un conjunto de instituciones, públicas y privadas (familia, escuela, trabajo, etc.) cuya tarea consiste en socializar y educar para la convivencia a los individuos. De ahí que el Derecho Penal *"no sea más que la parte visible, la más tétrica y terrible quizás, del iceberg que representan los diversos mecanismos de control del individuo en la sociedad. Pero no el único ni el más importante"*. Las normas penales por sí solas serían insuficientes y excesivamente débiles para mantener el sistema de valores sobre el que descansa una sociedad. Todo el mundo sabe que robar o matar está prohibido, pero este conocimiento se adquiere antes por la norma social y sólo posteriormente como norma jurídico-penal<sup>25</sup>.

En nuestros días hablar de sanción y de pena<sup>26</sup> parece reconducir a pasadas épocas en las que predominaba el Derecho represivo. Se considera que los delitos deben afrontarse con otros medios sociales que no consistan en la mera sanción y todo ello en aras de conseguir una adecuada reinserción del que ha delinquido. Parece que si se impone una pena, una vez "pasada" ésta, el delincuente volverá a reincidir. La pena moderna parece poner de manifiesto la nulidad moral de la misma y reclama su susti-

25. Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *op.cit.*, pp. 37-38.

26. Conviene establecer claramente la conceptualización de estos términos. Se define la *sanción* como "la pena que la ley establece para el que la infringe"; también, como "el mal dimanado de una culpa y que es como su castigo". Por su parte, la *pena* es definida como "el castigo impuesto por superior legítimo al que ha cometido un delito o falta"; también, "cuidado, aflicción o sentimiento interior grande"; también, "dolor, tortura o sentimiento corporal". De ahí resulta la íntima conexión entre sanción y pena.

tución con sistemas de recuperación socio-terapéuticos de las conductas desviadas. Es como si se objetivara la responsabilidad subjetiva, como si se culpabilizara a la sociedad de la conducta del delincuente (Vg. porque no le ha proporcionado los elementos básicos necesarios para su existencia —culturales, económicos—) y por ello se ha visto obligado a delinquir<sup>27</sup>.

El propio Kelsen, en sus últimos años, en su *Allgemeine Theorie der Normen*, ha dedicado pocas líneas a la sanción. Ello puede obedecer a un fenómeno cada vez más difundido: el de las despenalización, deslegalización o desjuridificación, fenómeno que no responde tanto a un aligeramiento de la "presión sancionadora" de la sociedad sobre los individuos sino a diversas y novedosas estructuras de reglamentación de los conflictos. En este sentido, L.A. Warat presenta la *mediación*: es una forma ecológica de resolución de conflictos sociales y que sustituye la aplicación coercitiva y terciada de una sanción legal; no existe aquí la preocupación legal de ajustar el acuerdo a disposiciones de Derecho Positivo. Así como el juez o árbitro ocupa un lugar de poder, el mediador, por el contrario, ocupa un lugar de amor. En los litigios, los jueces deciden atendiendo a las formas de enunciado dadas por las partes (lo establecido en la demanda o en la contestación) y sin considerar las intenciones (deseos, quereres) de los enunciantes. En la mediación se intenta ayudar a las partes a descubrir sus intenciones (o las intenciones de la otra parte) más allá de las formas del enunciado (pretensiones) en el conflicto<sup>28</sup>.

La sanción implica tener presente la libertad y con ella la responsabilidad. Donde no haya libertad, donde sólo exista nece-

27. Vid. PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva de la pena*. Universidad Autónoma de Madrid 1990; también, GRACIA MARTÍN, (Coordinador), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*.

28. Cfr. WARAT, L.A., *En nome do acordo. A mediação no Direito*. Buenos Aires, Asociación Latinoamericana de Mediación, Metodología y Enseñanza del Derecho, 1998, pp. 5-59.

sidad natural no podrá pensarse en la sanción<sup>29</sup>. Tampoco puede olvidarse la relación entre sanción y culpa. Sancionar no es tanto castigar una culpa como reconocer la culpa. El castigo es posterior y debe ir precedido necesariamente de este acto de reconocimiento. Como indica d'Agostino, sancionar es un acto existencial fundamental en el cual se mezcla el reconocimiento de la coexistencialidad humana, la capacidad de juicio y la consciencia de la diferencia entre causalidad natural e imputabilidad de las acciones<sup>30</sup>.

La validez, una de las categorías centrales de la ciencia jurídica, guarda estrecha conexión con la categoría jurídica de la sanción ya que sancionar una acción significa reconocerla como válida en el plano del Derecho. Otro elemento en relación con la sanción es la venganza. Se ha considerado que la raíz de esta última se encontraba en un instinto de reacción pasional, de autodefensa... Sin embargo, puede entenderse que la venganza viene a reflejar la dimensión privada del fenómeno público que solemos denominar como sanción. Y esta venganza es privada no tanto porque sea subjetiva o arbitraria sino porque le falta un órgano institucional al que se le solicita el arreglo de la controversia. Ciertamente que la venganza cumple el mero instinto subjetivo de auto-defensa pero es más que eso, ya que no podría entonces el ofendido delegar en otro. Pero en realidad, el vengador no tiene por qué coincidir necesariamente con la víctima. Con todo, la venganza parece más propia de un estado primitivo, prejurídico, dominado por la violencia y no de un estado civil, reglado, ordenado y que sabe condenar la violencia. El primado que la sanción viene a adquirir sobre la venganza no deriva tanto de un genérico proceso de institucionalización del Derecho como de un extenderse cada vez más el grado de impersonalidad a la hora de

29. Vid. Franz von Liszt y la concepción político criminal del Proyecto Alternativo. En: "Problemas básicos del Derecho Penal", cit., (Roxin), p. 50 ss.

30. Cfr. D'AGOSTINO, F., *Sanzione e pena nell'esperienza giuridica*. Torino, G. Giappichelli, 1989, p. 23.

aplicar el castigo, tal y como el que una estructura judicial, indirecta y formal puede ofrecer. La institucionalización de la sanción acaba desembocando en el monopolio de la sanción (de la "violencia legítima") por parte del Estado<sup>31</sup>.

31. Para Hart las sanciones no son necesarias como motivo normal de obediencia sino como una garantía para aquellos que, estando dispuestos a obedecer voluntariamente, no sean sacrificados a aquellos otros que no están dispuestos a hacerlo. Y es que obedecer sin esta garantía significaría arriesgarse a estar en una situación peor. Y dado este peligro permanente, lo que la razón reclama es una cooperación voluntaria en un ordenamiento coactivo. En este sentido, *vid.* también, HENKEL, H., *op.cit.*, pp. 135-194.

Partiendo de la diferenciación Kelseniana ya citada entre normas primarias (que establecen un precepto) y secundarias (que establecen la sanción a aplicar a quien no haya respetado la norma primaria), la verdadera norma primaria, según Kelsen, e incluso la única norma primaria, era la norma sancionadora. En su *Teoría general de las normas* señalaba así: "*Se suele hacer una distinción entre las normas jurídicas, unas que prescriben un determinado comportamiento y normas jurídicas que conectan una sanción al comportamiento contrario a estas normas, recurriendo al concepto de normas primarias y de normas secundarias; como por ejemplo, 'no se debe robar'. 'Si alguno roba, debe ser castigado'. Pero la formulación de la primera de las dos normas es superflua, en cuanto que el no-deber-robar consiste jurídicamente en el deber-ser-castigado conectado a la condición de robar*". De ahí que considere que la estructura de la norma sancionadora sea que si es A, debe ser B. Y como buen formalista, niega que el ilícito sea un *malum in se*.

Desde el punto de vista jurídico, el motivo y el objetivo del legislador son tomados en consideración sólo en cuanto estos están expresados en el contenido de la norma; normalmente, el legislador expresa su intención determinando una sanción a ese individuo, cuyo comportamiento es contrario al deseado por el legislador. En definitiva, según Kelsen, es la misma existencia de B, de la sanción, y no ninguna otra razón ética, social, psicológica o política, la que hace calificar A como ilícito. El éxito de la doctrina kelseniana se puede sintetizar en las palabras utilizadas por Gide en su reelaboración dramática del Proceso de Kafka: "*La demostración de tu culpa, ¿no está quizás en tu pena? Debes reconocer tu error y convencerte de esto: soy castigado, por consiguiente soy culpable*".

Del imperativo hipotético "si es A debe ser B" se debería deducir lógicamente que A es un ilícito y que todo individuo está obligado jurídicamente a observar el comportamiento exactamente opuesto, es decir, no-A. Un deducción lógica es sin embargo imposible. No se puede deducir que sea ilícito tener

Como señala Ernst Bloch, la medida de la pena y la ejecución de la pena varían con las diversas situaciones que se presentan en el mercado de trabajo. Por ejemplo, la Alta Edad Media no exigía el "ojo por ojo y diente por diente". Los factores socio-económicos eran determinantes. Las tierras de labranza estaban escasamente pobladas y las penas se convirtieron en penas dinerarias. El proceso se ponía en marcha a petición de la parte ofendida, sin que hubiera persecución de oficio. Ya fuera hurto, robo, homicidio o falta de pago de una deuda, el resultado era que la persona ofendida recibía una satisfacción en forma de pena dineraria<sup>32</sup>.

En la Baja Edad Media cambia esta situación. Huyendo de la explotación por parte de los señores feudales, campesinos y vagabundos comenzaron a representar un peligro para la autoridad. Estos delincuentes no tenían medios económicos y la justicia penal perdió el interés por las sanciones pecuniarias. A ello se unía la concepción de un Estado absoluto, el Estado feudal, cuya expresión típica era la identidad de soberano y Estado, lo que

una deuda, partiendo del hecho de que es válida la norma según la cual todos aquellos que tienen una deuda deben pagar los impuestos. Si el pagar los impuestos no se considera una sanción (ni por consiguiente es ilícito tener una deuda), esto no depende del hecho de que pagar los impuestos sea un acto materialmente diverso a pagar una multa, sino del hecho de que pagar una multa es una sanción porque es la consecuencia de un ilícito, mientras que pagar los impuestos (por muy desagradable que pueda ser) no es una sanción ya que no es el efecto producido de un acto ilícito.

Se hace necesario volver a la doctrina pre-kelseniana según la cual, no es el criterio de la sanción el que hace posible la identificación del ilícito, sino que por el contrario es ilícito constituir la premisa para la identificación de la sanción. La norma sancionadora es identificable como tal sólo a partir de una norma prescriptiva, que establezca qué acciones deben considerarse jurídicamente ilícitas. Con todo, a pesar de las intenciones de Kelsen, la norma sancionadora parece condenada a quedar siempre en una posición subordinada y secundaria con respecto a las normas prescriptivas primarias (Cfr. D'AGOSTINO, F., *op.cit.*, pp. 50-55).

32. Cfr. BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*. Traduc. del alemán al castellano por F. González Vicén. Madrid, Aguilar, 1980, p. 249.



conllevaba también la unidad entre la moral y el Derecho, entre el Estado y la religión, y que el poder estuviera entregado por Dios directamente al soberano. De ahí que la ley del soberano se confundiera con la ley natural o dada por Dios. La pena se concebía como un castigo, como la *expiación* del mal (o pecado); se penaba a quien se había rebelado contra el soberano (que sería lo mismo que contra Dios). Se estaba castigando su rebelión en contra del soberano y del Estado, de Dios en última instancia.

En el siglo XV, la expansión del comercio y las epidemias y guerras dieron lugar a una necesidad creciente de mano de obra provocando la tendencia a una conservación útil del delincuente. Fue en esta época cuando se introdujeron las penas de privación de libertad y el condenado purgaba su pena en una cárcel, haciendo trabajos forzados. En la Antigüedad y en la Edad Media también habían existido cárceles pero los presos no eran encerrados en ellas por un tiempo determinado sino hasta su muerte o hasta que pagaban su rescate. El capitalismo incipiente es lo que hizo entender que la penitenciaría era más rentable que la horca. Es cuando se comenzó a eliminar la pura pena retributiva e incluso también comenzó la abolición de la pena de muerte. Lo que aquí actuaba era la relación entre mercado de trabajo y ejecución de la pena<sup>33</sup>.

La concepción liberal del Estado y de la sociedad tiene también su correlato respecto de la pena. Para Hegel, por ejemplo, su conocida y ya citada frase de que la pena es la negación de la negación del Derecho, encierra el sentido de que la pena no puede ser ya expiación del pecado, pues se ha disuelto la unidad religión-Estado, soberano-Dios, sino que es la *retribución* a la perturbación del orden (jurídico) que se ha dado a los hombres y consagrado por las leyes, la pena es la necesidad de restaurar el orden jurídico interrumpido. A la expiación le sucede la retribución, la razón divina es reemplazada por la razón del Estado, la

33. Vid. CUELLO, *La moderna penalogía*. Madrid 1958.

ley divina por la ley de los hombres, dando así prevalencia a un estricto positivismo legal. Diverso planteamiento ha sido sustentado, entre otros, por Bentham, Schopenhauer y Feuerbach, es decir, la pena como *prevención general*. Se intenta prevenir en forma general los delitos mediante una intimidación o coacción psicológica respecto de todos los ciudadanos. Esta teoría se debate entre dos ideas: la utilización del miedo y la valoración de la racionalidad del hombre. Constituye una muestra de que se está ante una teoría de transición entre el Estado absolutista y el Estado liberal. Ello lleva a fundamentar la pena utilizando los planteamientos que los filósofos de la Ilustración opusieron al absolutismo, es decir, de Derecho Natural o de estricto laicismo: libre albedrío o miedo (racionalidad)<sup>34</sup>.

En el siglo XIX, cuando el mercado de trabajo empeoró otra vez, el trabajo forzado en las penitenciarías dejó de ser rentable. Sin embargo, en esta época se despliega la llamada asistencia al preso, en el sentido de clemencia, la tendencia a tratar al delincuente como a un enfermo. En esta situación, la pena no podía seguir siendo simplemente la restauración del orden jurídico o la intimidación general de los ciudadanos, sino que tenía que ser en forma concreta y particular la defensora del nuevo orden, de ahí la *defensa social*. Se trata de consolidar el nuevo orden, no sólo de establecer un control general como el de la retribución y el de la prevención general, sino de intervenir directamente sobre los individuos. El delito, antes que la contravención del orden jurídico, es *daño social* y el delincuente es un *peligroso social* (un anormal) que pone en peligro el nuevo orden. El disidente no es el que rehusa ser libre, cuestión teológica, o que no hace uso de su racionalidad o no es sensible al miedo, sino que es el intrínsecamente perverso, un ser diferente de los otros a quien es necesario separar de la sociedad para protegerla.

34. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*. Barcelona, PPU, 1987, p. 54 ss.

Durante gran parte del siglo XX han coexistido las dos posiciones fundamentales en torno a la pena. El que tuviera la primacía una u otra concepción dependía de las formas asumidas por el Estado capitalista. En las sociedades jerarquizadas en las que ha perdurado la forma ideológica del Estado-autoridad, como Alemania, ha tenido más éxito el retribucionismo o la prevención general; en cambio, en aquellas en que el Estado aparece más claramente reflejado como "la voluntad soberana del pueblo", como es el caso de Estados Unidos, Francia, países nórdicos, etc. ha tenido mayor relevancia el positivismo naturalista o sociológico<sup>35</sup>.

35. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *op.cit.*, p. 64.

En la actualidad se presta gran atención al papel del Estado como ente que mantiene la relación capital-trabajo, pues sin su mediación podría peligrar, y de ahí que se admita en mayor grado el control social por parte del Estado. Sobre la legitimación del Estado capitalista actual, *vid.* las respectivas obras de HABERMAS (*Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Trad. al castellano de J.L. Etcheverry. Buenos Aires, Amorrortu, S.A., 1973) y OFFE (*Contradicciones en el Estado de Bienestar*. Madrid, Alianza Editorial, 1990).

Otros autores, como R. Nozick, tomando como punto de partida la necesidad abstracta y absoluta del Estado, se interesan por presentar el modelo ideal de Estado, para Nozick un "*Estado mínimo, limitado a las exiguas funciones de protección en contra de la fuerza, robo, fraude, coacción contractual, y así sucesivamente, está justificado; de que cualquier otro Estado más extensivo violará los derechos de la persona a no ser forzada a hacer ciertas cosas, y es injustificado ... Dos implicaciones son que el Estado no ha de usar su aparato coactivo para el propósito de lograr que algunos ciudadanos ayuden a otros o en orden a prohibir actividades a la gente para su bien o protección propios*" (*Anarchy, State and Utopia*. Basil Blackwell, Oxford, 1974. Trad. al castellano de R. Tamayo, *Anarquía, Estado y utopía*. México, FCE, 1988, p. IX).

Tanto Nozick como los otros autores anteriormente citados, reconocen que en el Estado actual se generan desigualdades, a la vez que son conscientes de la función represiva estatal y el monopolio de la violencia legítima. El problema radica en si se le ha de reconocer la potestad de resocializar mediante la pena. Y es que si realmente la pena es expresión de la violencia del Estado y que como tal expresión ha de constituir un mal, no se puede dejar de estar de acuerdo con NOZICK en el sentido de que debe ser un mínimo porque cualquier exceso le convierte en un Estado de terror.

#### 4. FILOSOFÍA DE LA PENA: ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

Todo esto permite comprender mejor la justificación de la pena como uno de los aspectos de la "valoración moral del Derecho". La pena no deja de ser un resultado jurídico pero su análisis, si bien es jurídico, no puede desligarse de su vinculación con la moral. Y es que el sufrimiento constituye un elemento característico de la pena (si no fuera sí no sería pena sino una medida de seguridad o de rehabilitación). Y es este sufrimiento implícito en la pena lo que ha provocado que filósofos y juristas buscasen una justificación moral de la misma que fuera convincente. De ahí que la justificación moral de la pena acabe convirtiéndose en una justificación moral del Derecho.

La pena, considerada como un mal en todo su valor aflictivo, conserva plenamente su razón de ser en la "ciudad del hombre", en cuanto éste es su baluarte indispensable. El perdón es también necesario, pero su lugar apropiado de actuación es la "ciudad de Dios". Los dos ámbitos no se identifican ni confunden indistintamente: tienen ordenamientos muy diversos. No hay más posibilidad que la doble ciudadanía, que lleva al hombre a trabajar por la defensa de las instituciones civiles, que tienen su dignidad, y que requieren la existencia de la pena; y al mismo tiempo, polarizar el obrar humano hacia un fin superior que es la salvación del hombre que conlleva, al contrario, un sí al perdón<sup>36</sup>.

Casi obligado insistentemente a recordar el carácter relativo, histórico, condicionado y funcional de su saber, el jurista actual no se encuentra muy animado a indagar en los fundamentos, es decir, a utilizar argumentos que se refieran a la idea de justicia, o más en concreto, sobre lo incondicionado de los principios absolutos. Una prueba concreta podemos encontrarla cuando reflexionamos acerca de la doctrina del Derecho Penal y sobre las obstinadas tentativas de librarla de cualquier a priori metafísico

36. Cfr. CASCAVILLA, M., *op.cit.*, pp. 103-164.

por algunos de sus tratadistas. Concretamente, se trata de ensalzar las teorías de la pena, pero sólo aquellas que vengan rigurosamente depuradas de cualquier dimensión teológica –absoluta– y que, por consiguiente, se hayan construido explícitamente a partir de elementos estrictamente empíricos, tales como la prevención, la defensa social, la intimidación, la reeducación social del reo, etc.<sup>37</sup>.

No resulta fácil abolir la referencia teológica del problema penal y, menos aún, si nos referimos a un sistema teológico particular, como es el cristiano. Entre cristianismo y pena parece que existe un nexo complejo y además necesario y no solamente ocasional. El cristianismo, advierten sus adversarios, es la religión del amor, del perdón, de la comprensión fraterna, pero también implica, contrariamente, una dimensión cruel y vindicativa como la de la pena. Se ha llegado incluso a afirmar que el cristianismo es "una cultura de la culpa", en la medida en que después de la muerte, el juicio que puede acabar en una "condena al infierno", reviste un indudable carácter penal<sup>38</sup>.

Como acertadamente señala F. d'Agostino, justicia y misericordia no pueden separarse: sin la misericordia la justicia no es más que desprecio del hombre y la pena violencia pura; pero sin la justicia, la misericordia deriva en desconocimiento obtuso de la

37. Cfr. AGOSTINO, F., *La sanzione nell'esperienza giuridica*. 4ª ed., aumentada, 1995, pp. 83-100. (En esta edic. se ha incorporado el Cap. III, Giustizia e misericordia. Fondamenti filosofici e teologici della sanzione penale).

38. Algunos autores (Vg. H.U. von Balthasar) han entendido que se han producido ciertos equívocos en la interpretación de algunos principios del cristianismo. No expiación sino enmienda, no sanción sino reconciliación, no juicio sino perdón: se reformula la doctrina del infierno y se insiste en que sí, existe, pero (quizás) esté vacío. Considerando que la muerte de Cristo fue en sí una pena, se niega la necesidad teológica de la fe en la existencia del infierno, pero no se considera imposible su existencia. En la cruz, sanción y perdón coinciden de forma absoluta.

potencia del mal. En esta enseñanza se condensa lo esencial del mensaje cristiano sobre el Derecho Penal<sup>39</sup>.

La pena, en base a una definición de carácter bastante amplio y general, puede ser entendida como una especie del género "sanción". La especificidad de la sanción "penal" deriva de los valores ético-políticos que con la misma se pretenden conseguir. Y es a la pena considerada desde esta perspectiva a la que el pensamiento filosófico ha dedicado siempre mucha atención. Si el problema concerniente al objetivo y la función de la pena ha constituido objeto de estudio filosófico a través de la historia del pensamiento humano, solo desde una época relativamente reciente, —el Iluminismo— se ha intentado resolver el problema de la justificación moral de la pena así como el problema de los fundamentos y de los límites del poder punitivo o del derecho de castigar.

Las teorías concernientes a la función y objetivos de la pena se pueden dividir principalmente en dos grandes grupos, que se pueden diseñar con referencia a una formulación latina de Séneca: por una lado las doctrinas que justifican la pena en base al *quia peccatum est*, y se refieren por consiguiente al pasado; por otro lado, las doctrinas que justifican la pena en base al *ne peccatur*, y se refieren en consecuencia al futuro. Según la terminología prevalente en la cultura alemana, tales doctrinas se corresponden respectivamente con la teoría absoluta de la pena y con las teorías relativas de la pena; en la terminología característica del mundo anglosajón se corresponden respectivamente con la teoría de la retribución y con las teorías utilitaristas de la pena<sup>40</sup>.

39. Cfr. *op.cit.*, p. 108.

40. Cfr. CATTANEO, M.A., *Fondamenti filosofici della sanzione penale*. En: "Problemi della sanzione. Società e diritto in Marx". Atti del XII Congresso Nazionale (Ferrara, 2-5 ottobre 1978). A cura di R. Orecchia. Roma, Bulzoni Editore (1978) pp. 41-100; *vid.* también, BORGHESE, S., *La Filosofia della pena*. Milano, Giuffrè, 1952, espec. pp. 133-224; y también, BONACCHI, G., *Legge e peccato. Anime, corpi, giustizia alla corte dei Papi*. Roma-Bari, Laterza, 1995.

La teoría absoluta de la pena se funda sobre el principio de que es legítimo devolver mal por mal. En la doctrina penalística, especialmente en la italiana, se distinguen dos tipos de retribución: la moral y la jurídica; los que defienden la retribución moral sostienen que es una exigencia profunda e incoercible de la naturaleza humana que el mal sea retribuido con mal, así como el bien merece un premio. Ya que el delito constituye una violación del orden ético, la conciencia moral exige un castigo; la teoría de la retribución jurídica, por su parte, afirma que el delito constituye una rebelión del individuo singular a la voluntad de la ley y, como tal, exige una reparación que se aplique a reafirmar la autoridad del Estado. Esta reparación es la pena. A juicio de Cattaneo, la doctrina retributiva típica es siempre una doctrina de la retribución moral<sup>41</sup>.

Con respecto a la teoría de la pena se han presentado diversas opiniones, diferenciando principalmente dos grandes categorías: las absolutas y las relativas. Las primeras abarcan todas las explicaciones retributivas, que conciben la pena como un fin en sí mismo, es decir, como castigo o reacción o reparación o, simplemente, como "retribución" del delito. Se califican de relativas todas las doctrinas utilitaristas, que justifican la pena únicamente como medio para la realización del fin preventivo de futuros delitos. A su vez, cada una de estas dos modalidades permite sub-

41. Cfr. *op.cit.*, p. 48.

A este respecto, A.C. AMATO MANGIAMELI, refiriéndose a la idea retributiva, advierte que resulta una tarea ardua la de distinguir entre castigo jurídico y reacción moral. O, entre acto moralmente injusto y acción antijurídica. *"Ed anzi, una tale problematica non è altro che la dimostrazione più evidente di un diverso modo d'atteggiarsi nei confronti della relazione diritto-morale"* (*Diritto e morale. Osservazioni in margine alla teoria della pena come retribuzione "morale"*). En: "Archivio Giuridico". Modena, MUCCHI Editore, vol. CCV, fasc. 1-2 (1985) pp. 76-77).

También, CATTANEO, M.A., *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*. Torino, G. Giappichelli Editore, 1990; y también, FERRAJOLI, L., *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*. Bari 1989.

clasificaciones. Así, las doctrinas utilitaristas pueden ser doctrinas de la prevención especial, que vinculan el fin preventivo a la persona del delincuente, y doctrinas de la prevención general, que lo refieren a la generalidad de los ciudadanos. En cada una de ellas puede distinguirse la prevención positiva y negativa, según que la prevención se verifique, respectivamente, mediante la corrección del delincuente o la "integración" de los ciudadanos en torno a los valores sustentados por la ley, o que se dirija a la neutralización del delincuente o a la intimidación de los ciudadanos.

De todas estas teorías pueden destacarse dos de las grandes concepciones morales principales: la kantiana y la utilitarista. Concretamente, Kant parte de una impronta ética: la de que no es ético utilizar al individuo en beneficio de la sociedad<sup>42</sup>. Antes de Kant se imponía una sanción a un individuo que hubiera delin-

42. El necesario respeto a la dignidad humana provoca que, en el engranaje del sistema kantiano, le conduzca forzosamente a una justificación retribucionista de la pena (la idea de dignidad humana, expresada en la segunda formulación del imperativo categórico kantiano: "*Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio*" es un concepto central de toda la filosofía moral kantiana).

Sobre KANT y la justificación retribucionista del castigo, *vid.* BETEGÓN, J., *La justificación del castigo*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 19 ss.

BETEGÓN plantea algunas cuestiones que conviene poner de relieve. En su referencia a la obra kantiana, advierte que la presencia de la pena y su aceptación como elemento necesario a la protección de los fines de la sociedad entraría en contradicción con el principio de autonomía, esencial al imperativo categórico y que exige la exclusión de cualquier condicionamiento externo. Parece que la contradicción apuntada es fruto de una determinada interpretación de la relación existente entre el Derecho y la moral en la obra de KANT. Para resolver esa presunta incongruencia que supone la identificación de un concepto jurídico –ley penal– con un concepto moral –imperativo categórico– afirma que los dos órdenes normativos constituyen solamente formas particulares de expresión de una misma legalidad de carácter universal, cuyos principios se encuentran contenidos en un significado *lato* de ética (Cfr. *op.cit.*, pp. 37-43).



quido con una intención ejemplarizante, es decir, que sirviese de ejemplo a los demás ciudadanos para que no cometieran futuros delitos. Lo que sostiene Kant es que no es ético que se instrumentalice al individuo porque no es un medio sino un fin. Sin embargo, defiende que hay que imponer la pena a todo aquel que ha cometido un delito: aun cuando una sociedad se defienda o decida desintegrarse, por muy imperativa que sea la justicia, debe ejecutar a quien haya delinquido. Lo importante no es que se prevengan los delitos sino que se imponga una sanción a quien lo haya cometido. Lo relevante es el imperativo de la justicia. Y es que para los retribucionistas la pena es el medio de conseguir y en todo caso mantener la justicia moral. La pena tiene una finalidad esencialmente ética.

Kant defiende claramente una justificación de la pena basada en la retribución: *"El derecho penal es el derecho que tiene el soberano, con respecto a aquél que le está sometido, de imponerle una pena por su delito.. [La pena] no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (Sachenrecht)... Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tienen que haber sido juzgado digno de castigo"*<sup>43</sup>. Hegel, siguiendo esta teoría absoluta retribucionista, proporciona un componente jurídico y no ético como Kant. Con la pena se restaura la vigencia del Derecho mientras que como con el delito se lesiona, se resquebraja el ordenamiento jurídico y la pena contribuye a restaurar el ordenamiento jurídico. *"...la justicia es lo primero y sustancial en el tratamiento del delito... lo único que importa es que el delito debe*

43. KANT, *La metafísica de las costumbres*. Trad. al castellano de A. Cortina Orts y J. Conill Sancho. Madrid 1989, p. 165 (cursiva en el original).

*ser eliminado no como la producción de un perjuicio, sino como lesión del derecho en cuanto derecho (...) La eliminación del delito es una compensación en la medida en que, según su concepto, es lesión de una lesión y, según su existencia, el delito tiene una extensión cuantitativa y cualitativa determinada, por lo que también la tiene que tener su negación en cuanto existencia*<sup>44</sup>". Hoy se ha puesto en tela de juicio esta concepción.

Conviene destacar que uno de los mayores problemas que plantea la teoría retributiva es la de su deficiente fundamentación, ya que si a la pregunta "¿por qué el Estado castiga los delitos?" se contesta únicamente que "para retribuir", se está incurriendo en una argumentación circular. La respuesta más adecuada debería ser: "para compensar la culpabilidad del autor"<sup>45</sup>.

Para el retribucionismo en general (del que la concepción kantiana es solo una versión)<sup>46</sup> la pena no se justifica como me-

44. HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*. Trad. al castellano de Vermal. Barcelona 1988, p. 160.

45. Los partidarios de abordar los problemas justificatorios del castigo desde una ética penal consecuencialista han formulado una serie de críticas al retribucionismo pero identificando el modelo de teoría retribucionista con la versión kantiana de la justificación moral. El modelo criticado se basa en los siguientes enunciados: 1º. La única razón moralmente aceptable en orden a castigar a una persona está en que haya cometido una ofensa, entendiéndose con ello que: a) la culpabilidad moral del agente ofensor es condición necesaria de un castigo justificado; b) la culpabilidad moral de un agente ofensor es condición suficiente de un castigo justificado; 2º. La única razón moralmente aceptable en orden a castigar a una persona en un determinado modo e intensidad está en que el castigo sea "igual" a la ofensa.

A lo anterior cabría añadir dos afirmaciones que se encuentran presentes en las teorías de KANT y HEGEL: a) El anterior argumento justificatorio tiene un destinatario, el agente ofensor, y además aquél es el único compatible con la dignidad y autonomía moral de éste; b) el anterior argumento justificatorio pretende mostrar a su destinatario que es él mismo quien, con su conducta anterior, ha atraído sobre sí la acción del castigo (Cfr. BETEGÓN, J., *op.cit.*, pp. 115-116).

46. En definitiva, Kant defiende una justificación moral de la pena. Pero no podemos olvidar la frecuente crítica que se hace al retribucionismo ya que, entre el significado moral que se esconde detrás de una justificación retribuicio-

dio para evitar males sociales futuros sino como respuesta a un mal pasado. Esta justificación exige que: a) el destinatario de la pena sea responsable del mal que la pena retribuye; b) el mal implícito en la pena sea proporcional al mal que ella retribuye (de ahí la ley del talión) y al grado de responsabilidad del agente<sup>47</sup>.

Para la concepción moral utilitarista la pena no se justifica moralmente por el hecho de que quien la recibe haya hecho algo malo en el pasado (porque ya no se puede evitar) sino para promover la felicidad general, procurando que mediante las diversas funciones de la pena se cometan menos delitos en el futuro. En la actualidad conviven dos teorías de la prevención general: positiva y negativa. La primera se conecta con el incentivo de los valores normativos y la segunda se refiere al clásico paradigma de la intimidación. En cuanto a la prevención general negativa, ya en el mundo antiguo se vinculaba la pena a la necesidad de prevenir delitos aunque para el logro de dicha finalidad se exigía la plas-

nista del castigo y la idea de venganza parece haber una gran afinidad. De ahí que Betegón se refiera a una doble distinción entre acto de venganza y explicación retribucionista del castigo o de la sanción penal en concreto: 1º) desde una perspectiva subjetiva, en la venganza se hallaría presente este especial estado de ánimo natural a la relación de enemistad que ha surgido de la conducta alevosa del ofensor respecto de quien se va a erigir en sujeto activo de la venganza; estado de ánimo que, por el contrario, no caracteriza a la relación punitiva que se establece dentro del castigo retributivo; 2º) desde una perspectiva objetiva, cabe diferenciar la venganza respecto del castigo retributivo institucionalizado por el elemento de autoridad que entra a formar parte de los rasgos definitorios de la sanción penal, y que establece la diferencia entre decidir uno mismo en su propia causa o que la administración de aquella se otorgue a una especial autoridad conferida por o a través de instituciones en contra de cuyas leyes o reglas se haya cometido la ofensa (Cfr. BETEGÓN, J., *op.cit.*, pp. 122-124).

Conviene recordar cómo Locke, al tratar de las causas que consideraba que hacían imposible el desenvolvimiento de la vida humana en el estado de naturaleza, insistía en las diferencias que mediaban entre el castigo, tal y como era concebido antes de la constitución de la sociedad civil y, la práctica del castigo institucionalizado propia de una organización ya estatal.

47. Cfr. NINO, C.S., *op.cit.*, p. 429.

mación del ritual de la pena, es decir, su ejecución ejemplarizante. En este sentido advertía Platón, *"no se castiga al malhechor por haber cometido un delito a menos que se trate de una venganza irracional semejante a la de las bestias. El que castiga con razón no se venga de un delito pasado, ya que lo hecho no puede deshacerse. Más bien actúa teniendo en cuenta el futuro e intenta evitar que aquella persona y las que ven el castigo cometan aquel delito. El que piensa de este modo ... castiga para disuadir"*<sup>48</sup>.

En cuanto a la prevención general positiva, su antecedente más inmediato se puede encontrar en la doctrina de Welzel sobre la atribución a la pena de una función que va más allá de la mera protección de bienes jurídicos: *"La misión principal del Derecho penal no es, como creyó la teoría anterior, de índole preventiva sino ético-social... La mera protección de los bienes jurídicos tiene un objetivo negativo-preventivo, policial preventivo, mientras que la misión central del Derecho penal es de naturaleza positiva ética-social. En cuanto rechaza y castiga la transgresión de los valores fundamentales del sentir legal-jurídico, el Estado manifiesta de la manera más ostensible de que dispone la validez inviolable de estos valores positivos del actuar humano, forma el juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su actitud permanente de fidelidad al Derecho. En esta función ético-social reside la misión más importante del Derecho penal"*<sup>49</sup>.

La posterior expansión de esta teoría de la prevención general positiva es en gran parte atribuible a Jakobs quien, sirviéndose de una expresión que ya utilizara Hegel, el ordenamiento jurídico no

48. PLATÓN, *Protágoras*, XIII, p. 324.

Con todo, en las teorías utilitaristas (preventivo-generales) se aprecia un giro significativo con las aportaciones de Feuerbach y Romagnosi, al situarse el foco de atención no en la ejemplaridad del castigo sino en el efecto intimidante que confiere a la pena su simple previsión: la amenaza o coacción psicológica sobre los ciudadanos. Así es como se entiende en la actualidad.

49. WELZEL, *La teoría de la acción finalista*. Traduc. al castellano de Fontán Balestra y Friker. Buenos Aires, Depalma, 1951, p. 12.

puede comportarse frente al autor de un delito "como si fuese un perro", sino que debe tratarle como una persona. Señala así: *"prevención general, porque pretende producir un efecto en todos los ciudadanos; positiva, porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma esté vigente, de que la vigencia de la norma se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena (en el siglo pasado se hablaba –plásticamente– de eliminación del "daño intelectual del delito")*<sup>50</sup>.

Como indica Nino, para el utilitarismo, una pena está justificada si: a) es un medio eficaz para evitar que ocurran ciertos males sociales; b) es un medio necesario, en el sentido de que no hay otra forma menos perjudicial para evitar esos males; y c) el perjuicio que ella acarrea para su destinatario (y, por ser éste un miembro de la sociedad, para la sociedad en conjunto) es menor que los perjuicios que la sociedad sufriría si la pena no se aplicara. En este sentido, Bentham manifestaba lo siguiente: *"... La finalidad del derecho es aumentar la felicidad. El objeto general que todas leyes tienen, o deben tener, en común, es incrementar la felicidad general de la comunidad; y por lo tanto, en primer lugar, excluir, tan completamente como sea posible, cualquier cosa que tienda a deteriorar esa felicidad: en otras palabras, excluir lo que es pernicioso... Pero la pena es un mal. Pero toda pena es perniciosa. Sobre la base del principio de utilidad, si ella*

50. JAKOBS, *El principio de culpabilidad*. Trad. al castellano de Cancio Mella. En: "ADPCP" (1992) p. 1074.

Como puede advertirse, la tesis de la prevención general positiva es una corriente diversificada que agrupa principalmente dos orientaciones: por un lado, la de quienes fundamentan en ella la pena (Welzel, Kaufmann, Jakobs, Lesch) y, por otro, quienes pretenden limitar únicamente su propensión a atender en exceso demandas de intimidación (Hassemer, Roxin). La clave para distinguir ambas corrientes se basa en que mientras las primeras sustituyen el principio de culpabilidad por la idea de prevención, las segundas lo continúan interpretando como un límite o barrera a la exasperación de la prevención (Cfr. GARCÍA RIVAS, N., *op.cit.*, p. 35).

*debe ser del todo admitida, sólo debe serlo en la medida en que ella promete evitar un mal mayor*"<sup>51</sup>.

A la luz de estas dos corrientes, el retribucionismo parece ser la teoría de la pena que mejor cumple las expectativas de la justicia, ya que excluye la posibilidad de penar a un inocente, exige que sólo se penen las acciones voluntarias, prescribe penas más severas para los hechos más graves, etc. Pero el retribucionismo parece implicar a la vez una intuición ética básica, cual es que la suma de dos males da como resultado un bien. ¿Es que el delito y la pena correspondiente pueden dar lugar a un bien? ¿No es un formalismo moral excesivo afirmar que los criminales deben ser penados cualesquiera que sean las consecuencias –"aunque perezca el pueblo"–, como señalaba Kant?

Por el contrario, el utilitarismo aparece como la perspectiva racional y humana. Procura que no nos dejemos llevar por el ánimo de venganza y se interesa por mejorar la situación futura. Con todo, una aplicación estricta de la concepción utilitarista de la pena podría provocar consecuencias que se alejan del sentido de la justicia, como pudiera ser la justificación del castigo de un inocente cuando esto sea necesario para evitar un mal mayor. E incluso, para todos aquellos que defienden la tesis de la reinserción social, habría que preguntar hasta qué punto están convencidos de esta posibilidad. No podemos dejar de considerar la reinserción social con cierto escepticismo ya que el proyecto de ciudadanía vigente hoy en día en muchos lugares no deja mucho margen a la esperanza. ¿Para qué se va a resocializar a un joven si va a regresar a un hogar destrozado, en un barrio marginal, sin

51. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1ª ed., 1789 (hay otras muchas ediciones). La citada en el texto, Oxford, Clarendon Press, 1823.

Cfr. NINO, C.S., *op.cit.*, p. 428.

apenas oportunidad de trabajo y donde todos sus amigos se encuentran básicamente en la misma situación?<sup>52</sup>.

De ahí que el problema del utilitarismo resida no sólo en la posibilidad de penar a inocentes sino también en el castigo de los culpables. Porque, si según el utilitarismo, esa culpabilidad no es relevante (salvo por razones de eficacia) para justificar la pena, los que han delinquido podrían protestar: "si según su parecer no es moralmente relevante el que hayamos delinquido, ¿por qué debemos aceptar el cumplimiento de una pena? ¿sólo para beneficiar al resto de la sociedad?"<sup>53</sup>.

A juicio de Nino no es posible combinar los aspectos del utilitarismo y del retribucionismo en una justificación coherente

52. Cfr. CASCAJO CASTRO, J.L., *Los fines de la pena en el orden constitucional*. En: "Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio". (Coordinador: A.E. Pérez Luño). Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 262.

53. De ahí que resulte comprensible que sean muchas y variadas las diversas objeciones que se han realizado a las dos principales concepciones de la teoría de la pena. En lo que se refiere a la teoría absoluta de la pena, cabe destacar tres críticas: 1º) Una teoría absoluta de la pena supondría un concepto absoluto del Estado. Sin embargo, al Estado sólo se le atribuye una función finalista relativa pues sino rebasaría su finalidad; 2º) una teoría absoluta de la pena supondría un concepto absoluto del delito, dependiente del respectivo orden cultural y social; 3º) la teoría penal absoluta parece desembocar en una inamovilidad político-criminal, pues no se permite la consecución de ningún fin mediante la pena (en todo caso lo tolera como efecto secundario) lo que en definitiva provoca que la pena no pueda ponerse al servicio de creaciones normativas político-criminales.

En lo que se refiere a las teorías relativas de la pena, la pena se pone en relación con una misión estatal concreta, es decir, la lucha contra el delito, por lo que se acaba convirtiendo en un instrumento de poder del Estado, con los consiguientes riesgos que ello conlleva (Cfr. ZIPF, H., *La misión de la justicia. Introducción a la política criminal*. Trad. de Izquierdo Macías-Picavea. Ederesa, 1979, pp. 31-32; también, MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Barcelona, Bosch, 1976, pp. 61-109).

Un desarrollo más extenso de las objeciones a las teorías de la pena, concretamente a la teoría retribucionista, a la teoría de la llamada prevención especial y a la de la llamada prevención general, puede encontrarse en: ROXIN, C., *op.cit.*, pp. 11-19.

de la pena. Hay que partir de que para legitimar una pena es necesario demostrar que constituye el medio más eficaz para evitar perjuicios sociales mayores. Pero una cosa es justificar una pena y otra distinta es justificar su aplicación a alguien en particular, por lo que se hace necesario complementar el principio utilitarista de la protección social con un principio de distribución. La imposición a un individuo de una carga o sacrificio socialmente útil está justificada si es consentida por éste (cuando los hombres son tratados según su consentimiento no son tratados sólo como medios en beneficio de otros). De forma que si alguien ejecuta libre y conscientemente un acto sabiendo que éste tiene como consecuencia normativa necesaria la pérdida de inmunidad contra la pena de la que gozan los ciudadanos, es él quien consiente en perder tal inmunidad y quien asume la responsabilidad penal. Y es este consentimiento el que nos permite justificar la imposición a alguien de una pena que satisface, además, la condición de ser un medio necesario y eficaz para proteger a la sociedad contra males mayores<sup>54</sup>.

Es frecuente que la temática del Derecho Penal se encierre en tres conceptos: el delito, la pena y el delincuente. Es así que el derecho a castigar forma parte inescindible del Derecho Penal pero a la vez conlleva una serie de interrogantes: castigar ¿a quién? ¿cómo? ¿dónde? ¿cuándo?

No son pocos los que han destacado la relación que existió entre pena e Iglesia. Concretamente, Antón Oneca señalaba que el penitenciarismo tenía un origen religioso. El sentido humanitario de la doctrina cristiana y la confianza de la eficacia de la vida de aislamiento como medio de acercar las almas a Dios, purificándolas del pecado, hacía esto posible. De ahí que la celda carcelaria proceda de los monasterios, en donde, desde antiguo, se recluía a los delincuentes y pecadores como penitencia. Esta idea de lo malo-pecado-pena ya había sido expuesta por San Isidoro

54. Cfr. NINO, C.S., *op.cit.*, pp. 431-432.



en las *Etimologías*. Refiriéndose a las penas establecidas en las leyes, advertía el santo que, "*la palabra tiene un doble sentido: lo que un hombre puede hacer y lo que puede sufrir. El mal que hace es un pecado, el mal que sufre es un castigo. El mal es total cuando se ha pasado y sigue amenazando, de forma que se dan al mismo tiempo dolor y temor*"<sup>55</sup>.

No cabe duda de que las opiniones acerca de la pena han sido muy variadas. La escuela racionalista dirá que la pena es un castigo, un sufrimiento, un dolor, es decir, que la pena es un mal. La escuela correccionalista entenderá que la pena es, para el reo, un bien al cual éste tiene derecho. Independientemente de que la pena sea un bien o un mal, funcionalmente considerada la pena puede ser: a) la reacción necesaria de la sociedad ante el delito, por ser el medio represivo del delito cometido y el medio preventivo del delito por cometer; b) la pena es la sanción criminal de carácter material consistente en un castigo y de carácter espiritual, consistente en la reprobación moral de la sociedad; c) la pena es una sanción legal, justa e igual y proporcionada. Es decir, una institución jurídica que no puede ser ilegal, injusta, desigual o desproporcionada<sup>56</sup>.

No se puede aceptar que la concepción de la pena descansa únicamente en la idea de venganza. Si bien es cierto que en los orígenes de la sociedad la venganza era usual, ello no significa que fuera necesariamente el origen de la pena. A falta de una autoridad estatal el individuo reaccionaba contra la ofensa que se le había inferido, pero esto no implica que toda reacción viniera a satisfacer un instinto de venganza, pudiendo expresar tal acción la

55. Cfr. OTERO PARGA, M., *La Filosofía del Derecho Penal en la Universidad de Santiago (1800-1970)*. Madrid, Trivium, pp.160-161. Para ONECA la pena es un mal para el delincuente sin el cual no tendría eficacia intimidante y ejemplar. Ha de pronunciarse por el juez a causa del delito, en lo que se diferencia de las sanciones de carácter administrativo, y se ordena al interés general a diferencia del resarcimiento del daño que sirve, en primer término, al interés privado (Cfr. OTERO PARGA, M., *op.cit.*, p. 201).

56. Cfr. OTERO PARGA, M., *op.cit.*, p. 207.

exigencia de justicia propia del hombre, más noble siempre que el simple instinto vindicativo.

## 5. FUNDAMENTACIÓN DEL *IUS PUNIENDI* EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Justificar cómo y bajo qué presupuestos puede defenderse que un grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otra forma conformando su vida o su existencia social resulta difícil.

Cabría afirmar, en primer lugar, que la pena es *expiación*, como ya hemos señalado, es decir, el simple establecimiento del mal por el mal. La conocida frase de "ojo por ojo y diente por diente"<sup>57</sup> podría ser representativa al respecto, pero la teoría de la expiación no puede servir porque deja sin aclarar los presupuestos de punibilidad. En segundo lugar, podría pensarse que la pena es *retribución*, es decir, restablecimiento del orden jurídico, de una necesidad social de mantenimiento de orden. Pero, ¿qué es realmente la ruptura del orden y su restablecimiento por la pena? En tercer lugar, podría pensarse que la pena es *prevención* (bien sea general o particular), que gira en torno a la finalidad de evitar que se cometan delitos. Pero no contesta directamente qué sea la pena, ya que se preocupa más bien por los fines de la pena.

Y si hay problemas en la definición de la pena, según estas diversas concepciones, también los hay en cuanto a su fundamentación. Para una concepción absoluta expiatoria, el fundamento de la imposición de la pena es el poder identificado de Dios y soberano, lo que es indemostrable y solo, pues, un mito. Para una concepción absoluta retributiva, el fundamento es la libertad absoluta del individuo, es decir, si Dios lo hizo libre en

57. Se define (la pena del) *talión* así: "la que imponía al reo un daño igual al que él había causado"; también, "perjuicio o daño, de intereses o moral, que sufre el que causó otro semejante".

forma absoluta, quiere decir que el Estado lo puede castigar si hace mal uso de esa libertad. En tercer lugar, en la teoría de la prevención general la imposición de la pena aparece ligada a la capacidad de motivación por la pena del hombre (racional o por el miedo), lo cual también es indemostrable. Y, por último, la teoría de la prevención especial plantea la imposición de la pena sobre la base de la peligrosidad, haciendo recaer todo el problema en el individuo (ya sea desde un punto de vista biológico o social), lo cual también es un mito porque no puede demostrarse que haya individuos "malos" o "buenos" intrínsecamente, sino conforme a los fines que se ha planteado el Estado<sup>58</sup>.

La pena como retribución respondía a los soportes filosóficos y políticos del Idealismo alemán. Retribución, en términos liberales, se traduce por proporcionalidad (incluso en sentido moral: proporcionada a la culpabilidad) garantizando la igualdad (a los hombres iguales deben corresponder penas iguales) y seguridad (penas determinadas, avaladas por el principio de legalidad). Principios todos necesarios en un sistema que se construía en torno a la idea del hombre, abstracta y formalmente libre e igual, cuyos derechos y libertades quieren garantizarse, limitando lo más eficazmente posible el *ius puniendi* estatal. El hombre, como fin en sí mismo, no puede ser castigado más que por lo que personalmente ha hecho<sup>59</sup>. Las teorías relativas, que consideran la pena primariamente desde la perspectiva de lo conveniente para la comunidad, acentuando los intereses del Estado, se basan en las concepciones políticas humanitarias de la Ilustración, el contractualismo, tendiendo a explicar el comportamiento humano conforme a los parámetros del causalismo, confiando en reformar a las personas mediante una adecuada educación y mostrando su

58. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *op.cit.*, pp. 74-83.

59. Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Teoría de la pena y Constitución*. En: "Estudios penales y Criminológicos". Universidad de Santiago de Compostela, VII (1984) pp. 233-234.

escepticismo ante la explicación metafísica de los problemas de la vida social<sup>60</sup>.

Todo ello lleva a considerar que la pena<sup>61</sup> está directamente conectada a la evolución del concepto de Estado. Y, como hoy vivimos en un Estado social y democrático de Derecho<sup>62</sup>, cabe plantearse qué características debe revestir la pena para dar adecuada respuesta a las necesidades que derivan del mismo.

En primer lugar hay que constatar la necesidad de la pena como instrumento punitivo, es decir, que la pena es un elemento imprescindible del sistema penal, no sustituible por otras medidas de defensa social, dado que, de lo contrario, se debilitaría la protección de los bienes jurídicos (baste ver el art. 25 CE de penas y medidas de seguridad como instrumentos penales). El art.9.2 CE, al declarar el compromiso de los poderes públicos en la promoción de las condiciones que hagan real la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra, removiendo los obstáculos que impidan su plenitud, conlleva la obligación de realizar una política de carácter positivo y asistencial previa a

60. Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., *op.cit.*, p. 235.

61. Como ha podido observarse, las diversas propuestas acerca de la pena, a juicio de Betegón, no suministran razones adecuadas en favor de la pena, en el sentido de que si bien alcanzan a justificar algún tipo de reacción o medida en relación al delito, no determinan que ésta haya de adoptar la forma específica de la pena, tal como habitualmente aparece en las leyes penales (es decir, principalmente como medidas privativas de libertad); de ahí que no logren eliminar la sospecha de que éstas últimas, en cuanto tipo de respuesta preferida por las leyes penales, se deban a razones utilitaristas; básicamente, su presunta mayor eficacia en la reducción de la criminalidad (BETEGÓN, J., *Sanción y coacción*. En: "El derecho y la justicia, *cit.*", pp. 364-365).

62. Vid. MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1982; también, LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Trad. de L. Díez-Picazo. Reimpresión. Madrid, Civitas, S.A., 1990, pp. 151-158.

cualquier intervención de naturaleza sancionadora y que será desarrollada por la propia norma constitucional<sup>63</sup>.

La fórmula de Estado social y democrático de Derecho implica que se trata de un Estado de Derecho al que se reconocen distintos niveles de concreción: un Estado de Derecho liberal, un Estado de Derecho democrático y un Estado de Derecho social. Misión del primero será la de limitar el poder del Estado para garantizar la libertad de los individuos y de la sociedad; el segundo resaltaré la voluntad general del pueblo como origen del poder; y el Estado social implicará una intervención del poder público en la sociedad con fines de redistribución o de servicio<sup>64</sup>.

De la condición de Estado de Derecho se deriva la obligación de que el Derecho Penal sirva para mantener y preservar la convivencia sobre las bases que establece el art.10.1: la dignidad de la persona humana y los derechos inviolables que le son inherentes. Su función debe ser la de "asegurar el orden político y la paz social". Aunque no se excluye una función propulsora de nuevas transformaciones (más cercana al calificativo de "social") su misión es la de "conservar" y "garantizar" (más cercana al "Estado de Derecho"). Las previsiones concretas contenidas en la Constitución referidas a la pena se dirigen a desarrollar aspectos implícitos en el art.10.1. Así, la prohibición de la muerte, tortura, tratos inhumanos o degradantes (art.115), finalidad reeducativa de las privativas de libertad, prohibición de trabajos forzados

63. En esta línea hay que entender el art.45.3 CE cuando, en relación con el medio ambiente prevé sanciones penales o, en su caso, administrativas para quienes lo deterioren.

64. No vamos a detenernos ahora en esta cuestión pero conviene destacar que se ha discutido mucho acerca de la posibilidad de compatibilizar estos atributos tan diversos que se contienen en la calificación de "Estado social y democrático de Derecho", especialmente entre las exigencias derivadas del Estado liberal de Derecho y las provenientes del Estado social, es decir, entre mantenimiento del *status* y compromisos de cambio y transformación social.

Vid. GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. 1ª reimpresión, Madrid, Tecnos, 1987.

(art.25.2) entre otros. En definitiva, la pena en un Estado social y democrático de Derecho debe satisfacer una doble finalidad: la defensa social contra el crimen, considerando los derechos de la potencial víctima y los intereses sociales, y la garantía de la dignidad del reo<sup>65</sup>.

Conceptualmente, la pena en la Constitución se concibe como un mal que se impone al sujeto autor de un delito o falta. Y es que, además de que nadie puede ser "condenado a un bien", su aplicación comporta la privación o restricción de derechos fundamentales del individuo. La pena no es así cualquier mal, sino aquel con que se amenaza e impone en unas ciertas condiciones, lo que permite diferenciarla de las demás sanciones, jurídicas o no. Es el castigo que, después de amenazado, impone el Estado por la realización de acciones u omisiones que en el momento de producirse constituyan delito o falta, según la legislación vigente en aquel momento (art. 25.1 y 117) a quien resulte condenado en un proceso público y sin dilaciones indebidas, desarrollando ante el juez ordinario predeterminado por la ley, habiendo tenido ocasión de defenderse y ser asistido por Letrado, gozando de las garantías y medios de prueba pertinentes para su defensa (arts. 25, 24 y 117 CE). Un castigo, además, cuya ejecución es encomendada a la vigilancia del poder judicial (arts. 117-3 y 118 CE)

65. *"La Constitución estableció una serie de principios que habrían de orientar la conformación y funcionamiento del sistema de justicia penal del nuevo Estado: los principios de legalidad y de proporcionalidad de las penas, la abolición de la pena de muerte y la tortura, la finalidad resocializadora atribuida a las penas privativas de libertad y la consagración de un amplio catálogo de derechos fundamentales para todos los ciudadanos (susceptibles de ser especialmente protegidos por el Tribunal Constitucional mediante el entonces novedoso recurso de amparo), constituyen algunos ejemplos de la incorporación en España de los más modernos principios de actuación de un sistema penal propio de un Estado de derecho"* (RIVERA BEIRAS, I., *El control penal en España. Las razones que orientaron la producción normativa*. En: "Derecho y Sociedad" (Coordinadores: M<sup>a</sup>J. Añón, R. Bergalli, M. Calvo y P. Casanovas). Valencia, Tirant lo blanch, 1998, p. 454).

y de la administración penitenciaria, cuando la naturaleza de la pena lo requiera (art.25.2 CE)<sup>66</sup>.

Asimismo, no cabe duda de que la pena se aplica para cumplir unos determinados fines. No se castiga para realizar ninguna justicia mística, ni para satisfacer un ideal superior y absoluto, sino porque hay una política criminal que ejecutar, que deberá asegurar un orden social que se quiere mantener. Para la justificación de la pena, en tanto se pueda imputar su hacer a la persona del delincuente, éste estará obligado en atención a la comunidad, a cargar con la pena. Esto es justo, no porque a causa de un imperativo categórico éste tuviera que soportar que otros le inflijan un mal, sino porque como miembro de la comunidad tiene que responder por sus hechos "en la medida de su culpabilidad" con el fin de salvaguardar el orden de esa comunidad. No es utilizado como medio para los fines de otros, sino que, al coasumir la responsabilidad por la suerte de otros, se le confirma su posición de ciudadano con igualdad de derechos y obligaciones. Lo contrario significaría negar la existencia de deberes públicos y con ello el sentido y misión del Estado<sup>67</sup>.

## 6. LEGITIMIDAD DE UN "DERECHO A CASTIGAR"

Es clásica la discusión acerca de si existe una conexión esencial entre el castigo y el ilícito moral. Como señalaba J.D. Mabbott, *"criminal significa el hombre que ha violado la ley, y no el hombre malo; inocente es el hombre que no ha violado la ley en base a la que está siendo castigado, aunque pueda ser un hombre malo y haber violado las leyes"*<sup>68</sup>. Parece que el núcleo central de la criminalidad en una sociedad está compuesto por

66. Cfr. TOLEDO, O. (de), *Sobre el concepto de Derecho Penal*. Madrid 1981, p. 267.

67. Cfr. ROXIN, C., *op.cit.*, p. 28.

68. BETEGÓN, J., *op.cit.*, p. 158.

conductas que son vistas por los miembros de ésta con un alto grado de incorrección moral, independientemente de su calificación jurídica; es decir, son acciones cuya realización implica –objetivamente– un perjuicio respecto de terceros, o, al menos, entrañan peligro. Subjetivamente, su incorrección moral se apreciará en la responsabilidad de su agente productor, es decir, que la acción venga ejecutada consciente e intencionalmente.

Tratar acerca del castigo conlleva hacer referencia a la idea de mérito. J. Rawls, en su conocida *Theory of Justice*<sup>69</sup>, realiza una crítica al mismo. En concreto, el recurso a éste como noción moral que contribuya a la justificación de un determinado arreglo estructural entra en colisión con la concepción rawlsiana acerca de que un juicio moral es verdadero cuando éste deriva de un principio que fuera aceptado en la posición originaria, es decir, un principio aceptado por todos en condiciones de imparcialidad, estricta racionalidad, conocimiento de los hechos relevantes e ignorancia de las propias circunstancias personales y del lugar que les aguarda en la sociedad. Estas restricciones a la idea de justicia desestiman necesariamente la aceptabilidad de criterios de justicia –como el merecer– que puedan suponer el desenvolvimiento de ciertos activos naturales –talentos y capacidades– de los que en todo caso sólo somos fortuitos depositarios.

El reparto de los dones naturales no es justo ni injusto, sino simplemente arbitrario, y desde el momento en que no hay argumentos que recomienden su justicia, asumir en nombre de ésta aquella previa distribución supone incorporar la accidentalidad de la fortuna a la propia noción de justicia. Para Rawls, la injusticia más obvia del sistema de libertad natural es que permite que las cuotas distributivas se vean incorrectamente influidas por estos factores que, desde el punto de vista moral, son tan arbitrarios<sup>70</sup>.

69. RAWLS, J., *A Theory of Justice*. Cambridge, Harvard University Press, 1971. Trad. al castellano de D. González. *Teoría de la Justicia*. Madrid, F.C.E., 1979.

70. RAWLS, J., *op.cit.*, p. 72.



En definitiva, quien demande un tratamiento diferenciado en base a un merecimiento deberá poder acreditar como propios los hechos o circunstancias que sirvan a la justificación del mismo.

Castigar presupone la adscripción de responsabilidad moral y, en su caso, jurídica, y la adscripción de responsabilidad implica libertad, en el sentido de que no se es responsable de los actos respecto de los cuales no se ha tenido oportunidad de elegir su realización —como los realizados bajo compulsión—. De ahí que la adopción de un punto de vista determinista acerca de la conducta humana invalidaría necesariamente los conceptos de merecimiento y responsabilidad, ya que priva a la voluntad humana de toda significación moral<sup>71</sup>.

Con respecto a la fundamentación del castigo hay diversas hipótesis en las cuales no podemos extendernos. La primera se centra en el hipotético valor intrínseco del sufrimiento que entraña el castigo, apelando a una noción no comparativa del merecimiento de acuerdo con la cual lo que un individuo merece depende exclusivamente de lo que éste haya hecho. Según una segunda propuesta, la acción de castigar sería expresiva de un sentimiento generalizado de condena y reprobación moral hacia la ofensa cometida, mostrando con ello su respeto hacia el ofensor en cuanto sujeto moral responsable de la acción. Pretende transmitir al ofensor la condena de su acción. El problema de esta clase de argumentación, para algunos autores, es que no alcanza a determinar que el castigo haya de ser la respuesta adecuada respecto de una ofensa (por ejemplo, también podría hacerse mediante una denuncia). El tercer argumento es el de que el castigo restaura la situación de equilibrio entre los diversos beneficios y cargas que opera un correcto esquema de justicia distributiva en la sociedad, ya que elimina la ilícita ventaja que se había arrogado el ofensor con su acción. Este tipo de enfoque presupone, a diferencia de los anteriores, una noción comparativa del mereci-

71. Cfr. BETEGÓN, J., *op.cit.*, p. 285.

miento, al relacionarse los intereses del ofensor con los del resto de los individuos que voluntariamente optan por no transgredir las normas, y extraer de ello el demérito del sujeto<sup>72</sup>.

Las diversas críticas que pueden dirigirse a cada una de las tres propuestas pone de manifiesto cómo los diversos argumentos "retribucionistas" no logran suministrar una justificación adecuada del castigo. Aunque aportan razones en favor de una reacción frente a la ofensa cometida no consiguen demostrar que ésta haya de ser la representada por el castigo. La sospecha, como advierte Betegón, es que su elección responde a consideraciones de utilidad social.

Hay también opiniones que intentan justificar la oposición a un pretendido "derecho de castigar". Entre éstas, cabe destacar a E. Novoa Monreal<sup>73</sup>, quien ofrece una serie de argumentos-proposiciones para justificar su postura. En la primera alude a que *el derecho de castigar no se aviene con un derecho de pura ordenación formal, por lo que su fundamento debe ser buscado y encontrado fuera del Derecho*. Ya en Santo Tomás se apreciaban ciertos vestigios en orden a que el Derecho Positivo, a diferencia de la moral, no estaba al servicio de valores absolutos sino contingentes. A su juicio, bastaba con que la ley humana prohibiera aquellas cosas que destruían la convivencia entre los hombres y que no era necesario que preceptuara sobre todos los actos de todas las virtudes sino solamente sobre aquellos que estaban dirigidos al bien común. Pero subyacía la creencia en que el Derecho contenía principios absolutos que debían ser alcanzados e impuestos por medio de sus normas. La teoría pura del Derecho de Kelsen supuso un cambio. El pensamiento kelseniano sostenía que el Derecho Positivo es autónomo de la moral y que a este Derecho no le correspondía dar "soluciones justas" a los con-

72. Cfr. BETEGÓN, J., *op.cit.*, pp. 330-331.

73. Cfr. NOVOA MONREAL, E., *Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del Estado*. En: "El poder penal del Estado". Homenaje a H. Kaufmann. Buenos Aires, Depalma, 1985, pp. 185-203.

flictos, pues la justicia es una idea moral que está más allá de toda experiencia y su contenido es variable. Por encima de un Derecho Positivo no hay ningún criterio destinado a resolver el problema de la justicia de las normas. El Derecho, en realidad, impone una determinada concepción política de organización social y es el producto de quienes ejercen el gobierno efectivo de la sociedad. De esta forma, el "derecho de castigar" no es un concepto nacido del Derecho sino algo que responde a ciertas ideologías políticas dominantes<sup>74</sup>.

En segundo lugar, señala Novoa Monreal, *un derecho de castigar sólo tiene sentido si se le apoya en un pretendido Derecho Natural*. La idea del derecho de castigar supone la de alguna autoridad –normalmente el Estado– que estaría investida de la atribución de imponer penas con el fin de sancionar algunos graves quebrantamientos del orden jurídico. Para algunos, esta atribución provendría de la naturaleza misma de la sociedad humana y del hombre que la constituye y, en última instancia, correspondería a la voluntad de Dios. Se trataría de un Derecho supralegal de castigar, un Derecho Natural. Con todo, en los últimos años ha habido un decaimiento de la idea de un Derecho Natural relacionada con el reconocimiento universal de los derechos fundamentales del hombre en las diversas declaraciones. Este reconocimiento permite establecer un límite a los excesos de los legisladores sin que sea necesario acudir a un Derecho Natural que, en último término, significa siempre la invasión del campo jurídico por exigencias que reconocen su lugar apropiado dentro de la moral<sup>75</sup>.

En tercer lugar, *la idea de un "derecho de castigar" es ajena a la noción secularizada del Estado moderno*. La pena deja de ser expiación del pecado pues la moral aparece ya nítidamente diferenciada del Derecho, pero por influencia de la filosofía kantiana,

74. Cfr. NOVOA MONREAL, E., *op.cit.*, pp. 187-189.

75. Cfr. NOVOA MONREAL, E., *op.cit.*, pp. 190-191.

se tiende a ver en aquélla la necesidad jurídica reparadora del delito. Bastaría con que se adoptasen medidas prácticas destinadas a obtener de todos el acatamiento de las normas de bien colectivo; en aquellos pocos casos en que se produjeran violaciones perturbadoras, la sociedad, comprensivamente, fomentaría la reinserción social<sup>76</sup>.

En cuarto lugar, *la idea de un "derecho a castigar" corresponde a un Derecho Penal concebido éticamente, cuando menos, con fuertes aproximaciones a la ética, lo cual no es compatible con un Derecho Penal científico*. Un castigo sólo puede ser impuesto previa comprobación de una responsabilidad moral del sujeto imputado. Esto conlleva un nuevo obstáculo a la aceptación del pretendido derecho de castigar, porque el Derecho Penal debe ser diferenciado de la moral. Ya Santo Tomás 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 sólo puede apreciarla de manera imprecisa y falible.

Traspasar al Derecho Penal la noción de responsabilidad moral resulta una equivocación, pues ésta se encuentra revestida de un aspecto absoluto, inconciliable con la relatividad del Derecho Positivo. Ni la ley positiva ni la justicia humana tienen condiciones para valorar un acto humano en su pleno sentido ético y, menos, de fijar una proporción entre su inmoralidad y el castigo que merece. La misión de ambas no es lograr un sistema de justicia absoluta en el que se impongan penas exactamente ajustadas al mal absoluto que causa en el 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

76. Cfr. NOVOA MONREAL, E., *op.cit.*, pp. 193-194.

lo individual y en lo social. En la medida en que el Derecho Penal persiga la consecución de una justicia absoluta en los términos indicados, se estará extralimitando su ámbito e invadiendo el campo de la moral. La identificación e incluso la excesiva aproximación, en ocasiones, entre moral y Derecho engendra cierto riesgo para el respeto de los derechos humanos, especialmente para su libertad de conciencia, ya que facilita que la autoridad estatal trate de indagar en la intimidad psíquica del imputado. En cambio, su correcta separación conduce a una concepción secularizada y científica de la responsabilidad penal<sup>77</sup>.

Por último, señala Novoa que *las nuevas tendencias dogmáticas sobre culpabilidad son cada vez más inconciliables con un supuesto derecho de castigar*. Actualmente en la teoría del delito se subrayan fuertemente los componentes psíquicos de éste, con nociones como dolo, culpa, etc. En un principio, el concepto de culpabilidad recibía una fuerte influencia de exigencias morales pero con el desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad empezaron a adquirir relieve sus características más genuinamente jurídicas.

Conviene separar claramente los conceptos de culpabilidad moral y religiosa de la culpabilidad jurídico-social. En esta última puede encontrarse una dependencia de la situación y fundamentos socio-económicos, culturales, valores sociales, todos elementos mudables y sin pretensión de absoluto, a diferencia de la culpabilidad moral y religiosa. Al Derecho no le interesa el bien y el mal sino la utilidad y el daño social. La escuela de la Defensa Social defiende que la reacción penal está encaminada no a fines de justicia sino de protección (social y del delincuente). Lo importante es que no cometan los hechos configurados como delitos y no el cumplir con una ilusoria justicia condenando o castigando a quienes incurrieron en ellos<sup>78</sup>.

77. Cfr. NOVOA MONREAL, E., *op.cit.*, pp. 194-196.

78. Cfr. NOVOA MONREAL, E., *op.cit.*, pp. 198-199.

De la distinción entre el orden normativo moral y el orden normativo jurídico puede deducirse que el legislador no está facultado para castigar sólo por su inmoralidad conductas no lesivas de bienes jurídicos (por ejemplo, actos homosexuales realizados por hombres adultos de común acuerdo y sin publicidad), al no dañar ni poner en peligro a nadie, al no lesionar ningún bien jurídico. Si la acción no afecta al ámbito de libertad de nadie ni tampoco puede escandalizar a los sentimientos de algún espectador porque se la mantiene oculta en la esfera privada, el castigo no tiene entonces fin de protección. De ahí que impedir lo meramente inmoral no entra dentro de la misión del Derecho Penal. Es decir, como advierte Roxin, *"que el enjuiciamiento jurídico-penal no depende en absoluto de la cuestión que, la mayoría de las veces se impone en primer plano, de si una conducta es así más o menos reprobable moralmente"*<sup>79</sup>. Y continúa señalando: *"El Estado tiene que salvaguardar el orden externo; pero no tiene legitimación de ningún tipo para tutelar moralmente al particular. La Iglesia, que cuida de la salvación de almas y de la buena conducta moral de sus miembros, está en una situación distinta; pero ella no recibe su autoridad del hombre"*<sup>80</sup>.

Así pues, algunos autores consideran que resulta político-criminalmente inaceptable recurrir al Derecho Penal para resolver conflictos sociales que podrían solucionarse menos traumáticamente extramuros del ámbito punitivo, pues en un Estado que se pretende social y democrático de Derecho, el Derecho Penal debe intervenir únicamente cuando resulten insuficientes otros reme-

79. Cfr. ROXIN, C., *op.cit.*, p. 23.

80. Cfr. *Ibidem*.

Ciertamente, el legislador no siempre llega a reconocer claramente esta diferencia. Si se plantea penar el tipo de trato sexual con animales o conductas relacionadas con el "strip-tease", se penaría toda una serie de contravenciones a la moral. Y en ocasiones ha sido la propia jurisprudencia la culpable de haber traspasado estos límites, incluso cuando la interpretación del tenor de la ley podía haber sido otra.

dios de menor nocividad social, es decir, cuando resulte indispensable para el mantenimiento de la convivencia ciudadana<sup>81</sup>.

\* \* \*

Frente a las tendencias que apuntan hacia una "superación" del Derecho Penal, hay otras que afirman la importancia y la necesidad de la función penal; la pena, que es el remedio extremo de la vida del Derecho, sería inútil y desaparecería en una comunidad fundada únicamente sobre el amor fraterno. No cabe duda de que una comunidad de esas características constituye esencialmente un modelo ideal hacia el que dirigirse, como el estado de naturaleza de los iluministas o el "reino de los fines" kantiano. Tampoco cabe creer que la criminalidad deberá desaparecer como una mutación radical de las relaciones de clase, como consideró Marx, dado que las raíces del delito no son sólo de naturaleza económico-social. Ciertamente, la pena no podrá considerarse el único medio de lucha contra el delito (se deben de favorecer especialmente medios de prevención indirecta). Se sostiene que es necesario mantener un sistema de Derecho Penal, considerando no sólo la necesidad de defensa social sino especialmente como defensa de los derechos de los ciudadanos y de la convivencia social<sup>82</sup>.

Entendemos que el instituto de la mediación, a través de la figura del mediador (un jurista –nunca un juez– asesorado por un psicólogo), podría posibilitar un "arreglo" más satisfactorio del conflicto para las partes. El recurso a un mediador puede aplicarse a distintos campos del Derecho. Ciertamente, la mediación familiar (divorcios, conflictos entre padres e hijos) puede resultar

81. Cfr. PÉREZ DEL VALLE, C., *Conciencia y Derecho penal. Límites a la eficacia del Derecho Penal en comportamientos de conciencia*. Granada, Comares, 1994, p. 259 (refiriéndose a la posición de Landrove Díaz).

82. Cfr. CATTANEO, M.A., *Fondamenti filosofici della sanzione penale*, cit., pp. 91-92.

la más beneficiada al permitir un arreglo entre las partes que las mismas hayan decidido (y no que imponga el juez) de forma que las partes se sentirán más fuertemente vinculadas y el grado de incumplimiento será mucho menor que lo que los datos estadísticos ahora demuestran como resultado de la actividad jurisdiccional. Pero también la mediación penal, aplicada a algunos sectores del Derecho Penal (a todo el Derecho Penal entrañaría una gran dificultad) podría ofrecer excelentes resultados. La víctima de un hurto, puesta frente a frente con el autor del mismo, pudiendo conocer sus circunstancias personales, podría comprender mejor. De igual manera, el culpable, conociendo a la víctima y su problemática personal, podría entender la situación de otra forma. El acuerdo al que podría llegarse (constituyendo siempre una decisión libremente acordada y pactada entre ambas partes) tal como una ayuda en determinadas actividades que a la víctima pudieran compensarle del daño recibido, podría acabar suponiendo un mayor "beneficio", tanto personal (para las partes implicadas) como social (para el conjunto de la sociedad) que una pena privativa de libertad para el culpable. En cualquier caso, siempre habría una "pena".