

Derecho Penal y filosofía analítica

(A propósito de *Diritto e ragione* de L. Ferrajoli)*

JOSE CID MOLINE y JOSE JUAN MORESO MATEOS

Profesores de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona

1. INTRODUCCION

Recientemente Luigi Ferrajoli ha publicado *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (Ferrajoli 1989). Una obra para la cual, en palabras de N. Bobbio (1989:VII), “Ferrajoli se había preparado desde hace tiempo con estudios de filosofía, de epistemología, de ética y de lógica, de teoría y ciencia del Derecho, de historia de las doctrinas y de las instituciones jurídicas, todo ello enriquecido por una experiencia vivida intensa y seriamente, derivada de su pasada actividad como magistrado”.

Ferrajoli, como filósofo del Derecho, pertenece a la tradición analítica que, como es sabido, fue introducida en Italia por N. Bobbio y ha mostrado especial interés en el análisis, desde tal perspectiva, del derecho y de la dogmática penal.

La lectura de esta obra nos sugiere algunas reflexiones acerca de la relación entre la dogmática penal y la filosofía analítica. La filosofía analítica concibe a la filosofía del derecho como el análisis del lenguaje de la ciencia jurídica (de la dogmática jurídica, básicamente) (1), mientras que la dogmática jurídica tiene como objeto de estudio el derecho (el derecho penal en el caso de la dogmática penal).

En el marco de la obra de Ferrajoli, nos proponemos reflexionar sobre tres cuestiones fundamentales: 1) ¿en qué consiste la actividad de

* Agradecemos a Luigi Ferrajoli y a Carlos S. Nino las valiosas observaciones que nos realizaron a una primera versión de este trabajo.

(1) El *locus classicus* de esta concepción se halla en una de las obras claves de la tradición analítica la filosofía del Derecho: *Sobre el Derecho y la Justicia* de A. Ross (1953:24-26).

la dogmática penal? 2) ¿es posible, atendiendo a las aportaciones de la filosofía analítica, otra forma de proceder para los teóricos del derecho penal?; la resolución de esta segunda cuestión, como se verá, llevará necesariamente a 3) ¿qué doctrinas de justificación del derecho penal puede acoger el dogmático-penal para realizar su actividad?

2. EL JURISTA ANTE EL DERECHO PENAL

2.1. La solución del caso

Hace ya veinte años E. Gimbernat planteaba en un importante artículo que el fin de la dogmática penal es la delimitación del contenido del derecho penal, de manera que la aplicación del Derecho penal sea una actividad respetuosa con la seguridad que los ciudadanos esperan del Derecho. Decía esta autor:

Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad meticulosa y ordenada que debería ser, sino una cuestión de lotería (2).

Mediante la delimitación del contenido del derecho penal la dogmática penal habría de conseguir que todos aquellos casos dudosos que en la realidad se presentan tuvieran una solución. Para ello se requiere un trabajo de interpretación de las leyes penales, una interpretación que, para contribuir a la seguridad jurídica, debe partir de teorías que lleven a dar una respuesta igual a todos los casos iguales (3).

Pero, ¿cómo se llega a la solución del caso? ¿De dónde surgen las teorías que permiten alcanzar la “solución correcta”?

2.2. La teoría del delito: interpretación y sistemática

Recibe el nombre de teoría del delito el conjunto de argumentaciones utilizadas por los teóricos del Derecho penal para llegar a la solución de los casos. Para alcanzar ese objetivo la teoría del delito com-

(2) Gimbernat (1971:106). Un planteamiento semejante en Mir (1985:179).

(3) Gimbernat (1971:106-108). Afirma Gómez Benítez (1984:27): “El menosprecio de la teoría jurídica del delito conduce a un caos argumental, a una discontinuidad, incoherencia y arbitrariedad en la resolución de los casos concretos (...)”.

prende dos actividades: la interpretación de las leyes penales y su presentación sistemática, con el objeto de proceder en forma ordenada a resolver los casos (4). Dice en tal sentido Mir (1985:88):

La teoría del delito es obra de la doctrina jurídico-penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la dogmática del derecho penal. (...). La teoría del delito (...) [es] una elaboración sistemática de las características generales que el derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquél efectúa de éste.

La *primera actividad*, entonces, de la teoría del delito (mejor: de una teoría del delito) (5) consiste en la interpretación del derecho penal vigente en cada momento. Interpretar el derecho vigente es “fijar el sentido de la ley” (6).

Para los juristas, el texto de la ley constituye el marco en el cual el intérprete debe desempeñar su tarea, sólo dentro de él puede proponer la “solución correcta” (7). No obstante, suele afirmarse que el significado de las palabras en el lenguaje ordinario es insuficiente para determinar el sentido de las leyes; con este único punto de referencia, se añade, buena parte de los casos quedarían sin respuesta o con una respuesta “inadecuada” (vd., por ejemplo, Larenz 1979:342).

Esta insuficiencia se manifiesta en una serie de supuestos entre los que cabe destacar: a) vaguedad de las expresiones (8), b) ambigüedad de las expresiones (9), c) supuestos de falta de determinación de la nor-

(4) Véase una descripción semejante de la actividad de la dogmática jurídica en Alchourrón (1986) y Bulygin (1986).

(5) En el sentido que la expresión “teoría del delito” incluye diversas “teorías del delito”, como manifiesta Torío (1989:492).

(6) Vd. en tal sentido entre otros Jescheck (1978:207): “La interpretación es presupuesto de la subsunción y tiene una doble misión que cumplir: en primer lugar, antes de la subsunción debe aclararse el sentido de la premisa mayor que se va a aplicar”; Cobo/Vives (1987:83): “Interpretar las normas penales es fijar el sentido de los textos en que se hallan formuladas” y Bustos (1989:79): “Interpretar es fijar el sentido de la ley para poder aplicar una regla general a una situación concreta”.

(7) Claramente en tal sentido: Jescheck (1978:58), Muñoz Conde (1985:215) y Mir (1985:88).

(8) Piénsese en el término “habitual” que aparece en la descripción del comportamiento al que se apareja una sanción, en diversos artículos de nuestro código penal [artículo 415.2, artículo 425, artículo 542, artículo 546 bis b) y bis c)]: ¿cuántas veces y con qué periodicidad ha de repetirse un comportamiento para ser calificado de habitual?

(9) En el código penal español la palabra “grado” puede ser entendida de dos formas: a) como término referido a una de las categorías de las escalas de penas previstas en el artículo 27, y b) como término referido a una de las divisiones internas a cada una de estas categorías. Normalmente la utilización de la palabra “grado” en el código permite eliminar la ambigüedad por el contexto en que aparece pero, por ejemplo, la segunda ocasión en que la palabra “grado” aparece en el artículo 66 es un supuesto claro de am-

ma aplicable (10) y d) soluciones “manifiestamente injustas”, es decir, supuestos en los cuales, atendiendo al texto de la ley, determinados comportamientos son punibles y, en cambio, el intérprete llega a la conclusión de que no deben ser castigados (11).

¿Qué criterios deben guiar la labor del intérprete dentro de los límites en que puede desempeñar su actividad?

Un importante sector doctrinal considera que el criterio básico no debe ser la búsqueda del fin que tuvo el legislador cuando creó la ley (doctrina subjetiva de la interpretación, es decir, interpretación de acuerdo a la voluntad del legislador) sino el fin de la ley (doctrina objetiva de la interpretación o sea, interpretación de acuerdo a la voluntad de la ley). Pero para determinar “el fin de la ley” se propone partir de algunas premisas valorativas.

Parece hoy dominante la corriente doctrinal que considera que tales premisas valorativas vienen dadas por la asunción de una determinada “política criminal” (entiéndase: una delimitación de los fines y de los límites que deberían guiar al derecho penal). Esta política criminal tendría como fuentes la normativa constitucional, principios fundamentales del Derecho u otros puntos de vista ético-políticos defendidos por el

bigüedad de la expresión: el contexto no permite averiguar a cuál de los sentidos del término se alude.

(10) En el supuesto en que una persona mata a otra con su consentimiento y recibe por ello una recompensa nos hallamos ante un comportamiento regulado por varias normas penales, entre ellas el artículo 409 in fine, que castiga el auxilio ejecutivo al suicidio, y el artículo 406, que castiga el asesinato. La doctrina penal califica este conflicto de normas con el nombre de concurso aparente de normas penales y advierte que el criterio más claro en estos casos para resolver el conflicto es el de especialidad (aunque tal criterio no aparece establecido por ninguna norma penal). Sin embargo, el auxilio ejecutivo al suicidio no es especial en relación al asesinato (puede matarse a otra persona con su consentimiento sin ninguna de las circunstancias descritas en el artículo 406 y puede matarse a alguna persona concurriendo alguna de estas circunstancias sin su consentimiento). Si el único criterio del que dispusiera la doctrina fuera el de especialidad stricto sensu, no sería aplicable a este supuesto y, por tanto, parecería aplicable el artículo 68, en base al cual tal comportamiento debería ser castigado como asesinato. Como la doctrina penal quiere huir de esta solución propone nuevos criterios para resolver el conflicto. Véase, al respecto, el atinado análisis de Gimbernat (1972).

(11) Los juristas suelen apelar a razones de “justicia material” para considerar no punibles comportamientos que atendiendo exclusivamente al texto de la ley sí lo son. Piénsese, por ejemplo, en la discusión doctrinal relativa al consentimiento en las lesiones. Según el artículo 428 del Código penal, aun cuando medie consentimiento del lesionado el comportamiento de quien lesionare es igualmente punible (excepto en los supuestos claramente determinados en ese mismo artículo). A pesar de ello, algún autor considera que “el consentimiento es siempre relevante y excluye el delito de lesiones, salvo cuando la ley expresamente indica otra cosa” (Bajo 1986:153). Este razonamiento se basa en que la regulación que resulta de la interpretación del texto del artículo no es coherente con otro tipo de regulaciones establecidas por el código y, entre otras razones aducidas, no responde a exigencias *político-criminales* (que es tanto como decir, conlleva resultados manifiestamente injustos).

jurista (12). La diversidad que admite lo anterior es la raíz de la existencia de diversas teorías del delito.

Entre las diversas teorías se entablan una variedad de puntos de discusión; en cada uno de ellos existirá en cada momento teorías dominantes, la teoría dominante conformará, mediante su interpretación, la solución correcta.

La *segunda actividad* es la presentación ordenada, sistemática, de los resultados de la actividad interpretativa. Por presentación sistemática se entiende una clasificación en grandes categorías (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) de los singulares aspectos de la regulación legal del Derecho penal. La sistemática de la teoría del delito cumple, fundamentalmente, una función de “método para la resolución del caso”. Sin tal sistemática la tarea del intérprete que debiera examinar todos los preceptos de la parte general y especial del código penal para dar la solución del caso sería engorrosa. El carácter tan genérico de esta sistemática hace que sea válida para diversos ordenamientos jurídicos y posibilita, por ello, la discusión entre las doctrinas de diversos países (13).

En conclusión, la interpretación se presenta siempre en el marco de una sistemática, esta interpretación se realiza en base a teorías, de las teorías surgen soluciones a los casos, de la discusión científica surgirán teorías dominantes.

(12) Argumentaciones en ese sentido en: Mir (1985:88): “Ello no significa que la doctrina penal no elabore la teoría del delito con un cierto (con frecuencia amplio) margen de libertad” añadiendo que la interpretación “...habrá de depender de las premisas valorativas, filosóficas y políticas de que parte la doctrina en cada momento histórico-cultural”; Bricola (1988:16): “...la dogmática es vista como concretización de los principios directivos de la política criminal explícita o implícitamente derivados de la constitución...”; Bustos (1989:80) (“...no se trata tampoco de indagar el espíritu de la legislación...sino de fijar su sentido, que en derecho penal sólo podrá surgir objetivamente desde criterios político-criminales...”) y Torio (1989:497): “...como ponen de relieve los supuestos límite, afirmar que la acción está o no comprendida en la prohibición normativa se determina únicamente mediante una decisión no arbitraria, pero si discrecional, cuyos puntos regulativos son los principios superiores del derecho”. Un sector doctrinal destaca como aspecto básico de esta interpretación teleológica (el fin del derecho) la delimitación del bien jurídico protegido, criterio que deberá servir para determinar vgr. qué comportamientos son subsumibles en el tipo penal. Este ejercicio de lo que suele denominarse “función interpretativa del bien jurídico” también se realiza desde premisas ético-políticas (dentro de los límites marcados por el sentido literal). Destacan, entre otros, la importancia del bien jurídico como criterio básico de interpretación: Muñoz Conde (1981:216) y Bustos (1989:80).

(13) Realiza algunas de estas consideraciones: Hassemmer (1981:253-256).

2.3. La propuesta de lege ferenda

En determinados supuestos, ninguna de las soluciones a las que el jurista llega desde su teoría de interpretación satisface sus puntos de vista valorativos (ético-políticos) sobre la solución de caso. En tales casos el penalista propone una reforma de la legislación penal. Aquí abandona la interpretación y entra en el terreno de la política legislativa (14).

También aquí se asiste a posiciones dominantes en la doctrina penal (15).

3. ¿ES CORRECTA ESTA FORMA DE PROCEDER?

3.1. Introducción

En este epígrafe, deseamos introducir una noción de interpretación del derecho —que denominaremos: *noción estricta de interpretación*: NEI (16)—, que hace de la actividad interpretativa una actividad cognoscitiva y de su resultado: los *enunciados interpretativos*, enunciados susceptibles de verdad y falsedad. Esta noción permitirá distinguir la función cognoscitiva de la ciencia jurídica de su función valorativa.

3.2. Una noción estricta de interpretación de derecho

Si se acepta que la actividad de la ciencia jurídica es, básicamente, una actividad interpretativa; entonces será necesario poseer una noción de interpretación. La ciencia jurídica interpreta expresiones lingüísticas, principalmente enunciados. Interpretar un enunciado es atribuir senti-

(14) Bricola (1988:16-17) señala una doble función de la dogmática (entendida como concretización de los principios directivos de la política criminal explícita o implícitamente derivados de la Constitución): a) ayuda a la interpretación y aplicación de la ley penal y b) en clave de política legislativa.

(15) Vd. el certero análisis de la dogmática jurídica realizado por A. Calsamiglia (1986, en especial 130-145). Sin embargo, aunque el autor declara programáticamente (1986:17): “Este libro no trata de responder a la cuestión de si el saber jurídico es un saber científico, ni tampoco trata de proponer un nuevo proyecto de ciencia jurídica. Su objetivo es describir cómo es y cómo se desarrolla la jurisprudencia”, parece que puede colegirse del trabajo una cierta justificación de la dogmática jurídica tal como está en la situación actual. Nosotros, en cambio, sí proponemos algunos cambios en la actividad dogmática tendente básicamente, como a continuación se verá, a distinguir con claridad entre sus funciones descriptivas del ordenamiento (cognoscitivas) y sus funciones valorativas.

(16) Esta noción, como podrá apreciarse, nada tiene que ver con lo que los juristas denominan *interpretación restrictiva*, aunque está seguramente cercana de lo que los juristas anglosajones denominan *strict construction*.

do a dicho enunciado. Como afirma W.v.O. Quine (1978:2) se atribuye sentido a una expresión citando un sinónimo (17). Si tenemos un enunciado como:

[1] The snow is white, al que llamaremos *enunciado interpretado*, podemos interpretarlo citando un enunciado como

[2] La nieve es blanca, al que denominaremos *enunciado interpretante*. De esta forma el resultado de nuestra interpretación será el enunciado

[3] “The snow is white” significa (es sinónimo de) “La nieve es blanca”,

al que llamaremos *enunciado interpretativo*. Este caso muestra un ejemplo de interpretación entre idiomas distintos, pero obviamente podemos interpretar enunciados mencionando otros enunciados del mismo idioma.

Este ejemplo sirve para mostrar que los enunciados interpretativos, como [3], son susceptibles de verdad o falsedad. En concreto, [3] es verdadero puesto que [1] y [2] son sinónimos (18).

Así puede afirmarse que el artículo 407 del código penal (por ejemplo) significa (es sinónimo de) “las personas que maten a otras personas deben ser castigadas a la pena de reclusión menor”. En este ejemplo, el artículo 407 del Código penal es el *enunciado interpretado*, la expresión “las personas que maten a otra persona deben ser castigadas a la pena de reclusión menor” es el *enunciado interpretante*, y el enunciado que establece la sinonimia entre ambas expresiones es el *enunciado interpretativo*.

Un enunciado interpretativo establece el sentido de un enunciado (citando un enunciado sinónimo) en atención a los usos lingüísticos de una comunidad. Para realizar tal actividad el intérprete debe tener en cuenta el contexto en el cual se profiere el enunciado. El contexto está integrado por el (los) emisor(es) y el (los) receptor(es) del enunciado y las circunstancias de lugar y tiempo en que se profiere el enunciado.

(17) Esta noción de interpretación ha sido defendida en filosofía del derecho, con referencia explícita a Quine, por T. Gizbert-Studnicki (1977:161.178), R. Hernández Marín (1989:245 y ss.). También Ferrajoli (1989:20-23) ha defendido una noción análoga de interpretación a NEI.

(18) La noción de sinonimia es ampliamente discutida en filosofía del lenguaje. A menudo se afirma que dos enunciados son sinónimos si y sólo si expresan la misma proposición (si y sólo si expresan el mismo sentido). Pero como a su vez una proposición es definida como el sentido de un enunciado (una proposición es el sentido de los enunciados sinónimos entre sí), este aspecto hace la noción de proposición altamente cuestionable (vd. Quine 1970:21-40). Sin embargo, será suficiente aceptar que dos enunciados son sinónimos si y sólo si los usuarios de esos enunciados los consideran intercambiables en el discurso. La sinonimia depende de los usos lingüísticos de una comunidad (o de varias comunidades, como en nuestro ejemplo).

En el caso de nuestro ejemplo, el intérprete del derecho tal vez preste mayor atención a la determinación del sentido de la expresión “matarse” (del artículo 407 del Código penal). ¿A qué comportamientos humanos se refiere esta expresión? Sin duda que se refiere al comportamiento consistente en matar con un cuchillo a un ser humano, mas ¿se refiere también al comportamiento consistente en disparar con una pistola de agua a una persona, aunque ésta resulte muerta, o convencer a una persona para que tome un avión con la esperanza de que dicho avión tenga un accidente, en el supuesto de que el avión sufra un accidente y la persona muera? Estas reflexiones sugieren que la ciencia jurídica está interesada en enunciados como los siguientes (19):

[4] Según el artículo 407 del Código penal, aquella persona que matare a otra con un cuchillo debe ser castigada a la pena de reclusión menor.

Intimamente relacionada con esta cuestión se halla el problema (ya comentado) de la *vaguedad* de las expresiones lingüísticas. Todos los términos generales de nuestros lenguajes disponen de un núcleo de certeza indubitado y de una zona de penumbra en la cual no estamos seguros de si la expresión se refiere o no a esos objetos o a esos comportamientos (20). Es lo que H.L.A. Hart denomina *la textura abierta del lenguaje*. Este rasgo de los lenguajes es, tal vez, el que produce mayores discusiones en la interpretación del derecho. Los juristas, a menudo, suelen pensar que la determinación de la “naturaleza jurídica” de una institución permite acabar con la vaguedad. Pero la búsqueda de naturalezas jurídicas es, desgraciadamente, tan infructuosa como la búsqueda filosófica de “esencias” detrás de las palabras.

En los casos situados en la zona de penumbra, el dogmático (en cuanto intérprete que se atiene a NEI) no puede hacer otra cosa que señalar la textura abierta del lenguaje. El dogmático no es un legislador de usos lingüísticos y, por tanto, no puede eliminar la vaguedad de las expresiones. Puede, sin embargo, distinguir aquellos casos genéricos que cen en el núcleo de certeza de la expresión de aquellos que se incluyen en la zona de penumbra. De esta forma su actividad es cognoscitiva y el resultado de su actividad susceptible de verdad o falsedad.

Una noción como NEI permite a L. Ferrajoli (1989:21-22, vd. también 1983:81-130) introducir su noción de *verdad jurídica*. Según Ferrajoli, un enunciado como “el comportamiento *c* (siendo *c* el comportamiento de Ticio matando dolosamente a Cayo con un cuchillo) es denotado por el derecho como delito” es verdadero si y sólo si según el

(19) Son los enunciados llamados por Raz (1970:49) *enunciados aplicativos* y por Hernández Marín (1989:268 y ss.) *enunciados consecutivos*.

(20) Entre los filósofos del derecho que han prestado atención a esta cuestión puede consultarse Carrio 1990:31-36, Hart 1961:152-169 y Ross 1953:110-111.

derecho, *c* es un delito. La expresión “según el derecho, *c* es un delito” podría ser obtenida de la siguiente forma. Puede decirse, con verdad,

[6] Según el artículo 407 del Código penal, Ticio debe ser castigado, como homicida, a la pena de reclusión menor.

Por otra parte, puede definirse la expresión “según el derecho” como “existe una disposición jurídica según la cual...” y como el artículo 407 de Código penal es una disposición jurídica, puede afirmarse.

[7] Según el derecho, Ticio debe ser castigado, como homicida, a la pena de reclusión menor.

Dada la definición de delito del Código penal (artículo 1, según la cual una acción dolosa penada por la ley es un delito) y dado que *c* es una acción dolosa penada por la ley, puede ahora deducirse que

[8] Según el artículo 1 del Código penal, el comportamiento *c* es un delito;

por lo tanto

[9] Según el derecho, el comportamiento *c* es un delito.

Ferrajoli también se refiere a lo que denomina *verdad factual*. En este caso el enunciado “Ticio ha matado dolosamente a Cayo” es verdadero si y sólo si Ticio ha matado dolosamente a Cayo (si y sólo si, por así decirlo, una determinada porción del mundo se corresponde con el enunciado).

En ambas nociones de verdad puede descubrirse la definición de verdad como correspondencia (que se remonta a Aristóteles y que ha sido elaborada en este siglo por A. Tarski).

Estas nociones definen lo que Ferrajoli denomina *verdad procesal*. Es claro que ambas nociones son cognoscitivas: la *verdad jurídica* depende de la existencia de determinados enunciados jurídicos, la *verdad factual* depende de la existencia de determinados comportamientos humanos. Ambas nociones dependen de la existencia de determinados hechos empíricos.

La noción de verdad procesal permite clarificar lo que se conoce como *silogismo judicial* (Ferrajoli 1989:38-39). Una presentación cercana a la realizada por Ferrajoli es la siguiente:

- [a] Si x hace c , el juez competente debe, según el derecho, castigar a x a la pena p .
 [b] x hace c .
 luego,
 [c] el juez competente debe, según el derecho, castigar a x a la pena p (21).

La verdad de [a] es una verdad jurídica dependiente de que c sea un delito según el derecho. La verdad de [b] es una verdad factual dependiente de que x haya realizado el comportamiento c . Si [a] y [b] son verdaderas entonces necesariamente [c] es verdadera.

De forma semejante, guiada por pretensiones cognoscitivas, la ciencia jurídica puede señalar las ambigüedades de los enunciados jurídicos pero no resolverla. Puede, a su vez, señalar los supuestos en que hay más de dos normas aplicables a un supuesto de hecho determinado y, además, no existe ninguna otra norma jurídica que establezca un criterio de prioridad en la aplicación de una de esas normas. Puede también distinguir entre normas *promulgadas* y normas *válidas* (una distinción semejante a la de Ferrajoli 1989:353 entre *estar en vigor* y *ser válida*): una norma *promulgada* es aquella que ha sido dictada por una autoridad (autoridad en sentido fáctico: aquel que tiene la capacidad —fáctica— de ordenar), una norma *válida* es aquella cuya promulgación ha sido autorizada por otra norma del ordenamiento. Es posible la existencia de normas promulgadas pero inválidas (las normas inconstitucionales, mientras no son declaradas como tales, por ejemplo). Puede, a su vez, presentar todos estos conocimientos de forma ordenada (“sistemática”) con el objeto de que sean más útiles a los operadores jurídicos (los jueces, los abogados, etc.).

Sin embargo, cuando la ciencia jurídica realiza esta actividad no valora el derecho, no describe que deba hacerse en los casos de vaguedad, ambigüedad o contradicciones normativas. La ciencia jurídica describe el ordenamiento jurídico vigente, y su descripción (como cualquier otra descripción) es susceptible de verdad o falsedad, es cognoscitiva.

En este sentido, NEI se aparta de otras concepciones de la interpretación del derecho corrientes entre los juristas. NEI no presupone premisas valorativas, ni razonamientos tópicos, retóricos o hermenéuticos (Vd. en el mismo sentido las críticas a la hermenéutica) de Ferrajoli 1989:183-184, nota 114.

(21) La ventaja de un modelo de silogismo judicial como el presentado es que no presupone una lógica de normas ni que el silogismo judicial sea un silogismo práctico. El silogismo presentado es un razonamiento teórico, válido con los patrones de la lógica clásica.

3.3. La dogmática jurídica desenmascarada

Como la ciencia jurídica no comparte NEI, no distingue entre descripción de un ordenamiento jurídico vigente (en un momento dado) y valoración de ese ordenamiento. Llama interpretación a una actividad más interesada en proponer soluciones para supuestos no resueltos en el ordenamiento que en su descripción.

De esta forma introduce premisas valorativas en su argumentación y propone soluciones (no previstas en el ordenamiento) como si fueran soluciones derivadas de la descripción del ordenamiento (22).

Por otra parte, y tal vez peor, como realiza estas funciones valorativas de forma que no es posible distinguirlas de sus aspectos descriptivos encubre o enmascara las premisas valorativas que introduce. De tal forma no se siente tan necesitada de justificar dichas premisas. Sería, sin duda, más honesto que los dogmáticos (penales, por ejemplo) presentaran con claridad los fines que guían sus propuestas.

C.S. Nino ha realizado en diversos lugares (1974, 1980: caps. 1 y 2, 1983:338 y ss., 1989:21 y ss.) reflexiones muy semejantes a las anteriores, con las cuales estamos básicamente de acuerdo. Queremos destacar ahora, sin embargo, un aspecto que claramente nos separa de este autor. Nino parece pensar (vd., por ej., 1989:21-22) que la actividad descriptiva de la ciencia jurídica (una actividad realizada de acuerdo a NEI) sería, tal vez, cognoscitiva pero “posiblemente intrascendente” al abandonar su importantísimo papel actual de auxiliar a los jueces. Nosotros pensamos que tal actividad no sería en absoluto intrascendente (sería muy útil para el legislador, por ejemplo). Incluso no sería intrascendente desde el punto de vista de ese papel auxiliador de los operadores jurídicos, ya que señalaría con claridad las incertidumbres del ordenamiento, y además, situaría a los operadores jurídicos en su justa responsabilidad en aquellos supuestos en que el derecho no permite justificar una solución, puesto que debería tratar de hallar esta solución de otra forma (lo mismo que hacen ahora pero sin el disfraz de la “interpretación” valorativa de la dogmática).

(22) Dice al respecto Kelsen (1960:356): “La interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica. Como conocimiento de su objeto, no puede adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas...el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación entre varias posibles, como la única “correcta”, no cumple una función científico-jurídica, sino una función jurídico-política. Trata de ganar influencia sobre la producción del derecho. Naturalmente ello no le puede ser negado. Sólo que no debe hacerlo en nombre de la ciencia del derecho, como suele suceder con harta frecuencia.

4. UNA NUEVA FORMA DE PROCEDER

La propuesta que realizamos respecto de la actividad de la dogmática penal, consiste en tres aspectos, en primer lugar en que los penalistas asuman NEI, de acuerdo a como acabamos de definirla; en segundo lugar, que aporten conocimientos respecto de las funciones del derecho penal; y, en tercer lugar, que razonen adecuadamente las propuestas de todo orden que se realicen por parte de la doctrina y sus propias propuestas. Razonar adecuadamente significa a nuestro entender, como mostraremos más adelante, presentar las doctrinas o modelos de justificación y, si así se quiere, su propio modelo de justificación, a cuya satisfacción vayan dirigidas las propuestas.

4.1. La utilidad de una noción estricta de interpretación

Mediante NEI se consigue determinar con claridad cuáles y de qué tipo han sido las decisiones normativas del legislador. El penalista deberá señalar los posibles ámbitos de poder (de discrecionalidad) que las leyes penales atribuyen a los jueces y al resto de operadores jurídicos. Ello ocurre, en primer lugar, como consecuencia del uso de términos o expresiones vagas, vaguedad que se multiplica cuando entran en consideración para resolver un caso diversos preceptos legales (23) y del uso de términos o expresiones valorativas (expresiones con escaso o nulo núcleo de certeza) (24). En segundo lugar, ello ocurre también por el uso

(23) Piénsese en la multitud de casos dudosos que se producen en relación a la aplicación de la causa de justificación del cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio a cargo, prevista en el artículo 8° n° 11 del Código penal.

(24) Véase en el libro de Ferrajoli (1989: 734-739) el claro y preciso tratamiento de la cuestión del frecuente uso en las leyes penales de normas que usan términos que Ferrajoli denomina valorativos, es decir, términos sin referencia empírica y que, por tanto, suponen atribuir un poder de decisión importante (en base a sus propios juicios de valor) a quienes aplican las leyes.

Piénsese, por poner un ejemplo claro, en el artículo 431 del Código penal en su redacción anterior a la dada por la ley orgánica 5/1988, que decía, en su primer párrafo: "El que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia incurrirá en las penas de arresto mayor, multa de 20.000 a 100.000 e inhabilitación especial". Los términos "pudor" y "buenas costumbres" que aparecen en tal artículo o se refieren a la moral positiva (las normas morales de la mayoría) o se refieren a una supuesta moral objetiva (que el juez deberá intuir). Si el juez acoge esta segunda interpretación posible, su poder para decidir los comportamientos que castiga será amplísimo y difícilmente, sea cual sea su decisión, podrá decirse que ha cumplido el derecho. No podrá decirse que ha cumplido o incumplido el derecho porque no podrá realizarse la afirmación de que el caso castigado es uno de los castigados por el derecho. Ante este tipo de términos valorativos se hace imposible hacer enunciados aplicativos susceptibles de ser verificados. En la sentencia 62/1982, de 15 de octubre, fundamento jurídico n° 7, el Tribunal Constitucional decidió que un castigo impuesto en base a este artículo 431 del Código penal a un editor de un libro de información sexual dirigido a los

de enunciados ambiguos. Y en tercer lugar, la discrecionalidad puede tener su origen en la falta de determinación de la norma aplicable a su supuesto.

El penalista también deberá señalar los posibles casos en que una norma promulgada es inválida en relación a otra norma del ordenamiento jurídico (25).

Si el jurista tiene conocimiento de las decisiones de los tribunales, podrá aportar información (más o menos sistematizada) respecto de cómo ejercen su discrecionalidad los diversos operadores del derecho penal (empezando por los jueces).

Con esta tarea el jurista proporciona importante información a todo aquel que la necesite y en particular al legislador para que tenga buena conciencia de lo que dicen las leyes y de lo que se hace con ellas.

4.2. La utilidad del conocimiento sobre el funcionamiento del derecho.

Los conocimientos sobre el derecho penal y sobre su aplicación que aporta el jurista pueden ser completados con otro tipo de conocimientos relativos a las funciones que satisface el derecho penal, es decir, el conjunto de consecuencias que se derivan de la existencia y aplicación del derecho penal. Tales conocimientos habrán de servir para saber si el derecho penal satisface los fines que el legislador se plantea conseguir mediante el derecho penal y, más genéricamente, para comprobar si los fines postulados por diferentes doctrinas son satisfechos por el derecho penal.

niños, no vulneraba el artículo 25/1 de la Constitución que prohíbe el castigo de un hecho que no constituye delito de acuerdo a la legislación vigente.

(25) Aunque Ferrajoli parte de esta misma noción de validez, tal vez más allá de lo que NEI permite en su desarrollo del concepto de juicios de invalidez. A su entender, diversas normas del ordenamiento jurídico-penal italiano actual son susceptibles de crítica interna (o jurídica) porque contradicen algún precepto constitucional. El autor considera inválidas (aunque vigentes) tales normas. A nuestro entender algunas de las normas que Ferrajoli considera inválidas no lo serían si nos atenemos a NEI, por cuanto, en tales casos, el nivel de vaguedad de las normas constitucionales es de una envergadura tal que no genera, respecto de otra norma, contradicción normativa. Ferrajoli es consciente de esto cuando al final de su libro (1989:917-918) señala que la verdad jurídica de los juicios de validez en base a la norma constitucional nunca es afirmable con certeza. Es por ello que muchas de las cuestiones que Ferrajoli plantea como de validez interna nosotros trataríamos como propuestas relativas a la aplicación de la Constitución y no como mera descripción del ordenamiento jurídico.

4.3. La propuesta razonada

No necesariamente existirá unanimidad respecto a los fines que debe cumplir el derecho penal. Una propuesta razonada del jurista será aquella que delimitando los fines que, desde su propio punto de vista ético-político, el derecho penal debe satisfacer, consista en proponer (prescribir) una determinada reforma de la legislación o una determinada aplicación de una norma jurídica, que, atendiendo a los conocimientos empíricos de los que el jurista deberá disponer, es previsible que lleve a satisfacer los fines del derecho penal que el jurista sustenta.

Más adelante indicaremos la discusión que se produce en torno a los fines del derecho penal (doctrinas de justificación del derecho penal); por ahora es suficiente con decir que las propuestas que el jurista pueda realizar, propuestas de *lege ferenda* o propuestas de aplicación del derecho (las primeras dirigidas al legislador y las segundas dirigidas a los operadores del derecho), pueden tener algún límite en el caso de que el cumplimiento, por parte de los jueces, del derecho sea el mejor medio de satisfacer los fines que se atribuyen al derecho penal (26).

Mientras que parece razonable que un jurista plantee sus propias propuestas en el marco de la discusión doctrinal, resultaría escasamente pluralista que en lo que se refiere a la docencia del derecho penal, el profesor se limitará a explicar sus propios fines del derecho penal (su propia doctrina de justificación) y no diera cuenta, en la forma más descriptiva posible, de las diferentes doctrinas de justificación.

4.4. Conclusión

El objetivo de esta nueva forma de proceder es que el penalista distinga con claridad las diversas cuestiones que son importantes para el análisis de su objeto de estudio: el derecho penal. Una dogmática penal sometida a la propuesta que realizamos, difunde con claridad unos conocimientos de los que todos deben disponer (cuando describe el derecho, su aplicación y sus funciones) y a la vez presenta sin tapujos (fruto del uso inadecuado del concepto de interpretación) sus propuestas. Las propuestas se hacen cabales sólo si es posible demostrar que son el me-

(26) Esto tiene importancia fundamentalmente para posibles propuestas aplicativas basadas en el incumplimiento del derecho, por cuanto quizás se reconozca que la mejor forma de satisfacer los fines del derecho es que los jueces cumplan siempre el derecho a pesar de que el derecho (la regulación jurídica existente) no sea funcional a la satisfacción de tales fines. Es decir, de acuerdo a cuales sean los fines del derecho, puede ser más disfuncional que funcional a ellos el incumplimiento por parte de los operadores del derecho de una ley que es disfuncional a tales fines. La disfuncionalidad del incumplimiento de la ley puede ser mayor que la funcionalidad del incumplimiento de esa norma en concreto. Sobre la cuestión de obligación moral de los jueces de obedecer el derecho: Ferrajoli (1989:967-971).

dio mejor para el cumplimiento de los fines del derecho penal. Falta sólo presentar la discusión en torno a los fines del derecho penal.

5. DOCTRINAS DE JUSTIFICACION DEL DERECHO PENAL

5.1. Introducción

Ferrajoli (1989:314-322) explica con notable claridad cómo debe procederse para construir una doctrina de justificación del derecho penal en forma que, dicho simplemente, evite la confusión del derecho con la moral.

De acuerdo con Ferrajoli, construir una doctrina de justificación del derecho penal que no confunda el derecho con la moral significa considerar la cuestión de los fines del derecho (fines justificantes, los llama acertadamente Ferrajoli) como un discurso situado en el nivel ético-político, es decir, en el plano de las preferencias morales de un individuo (27). Valga decir aquí que la elección de los últimos fines justificantes no es una actividad racional sino que tiene su fundamento en actitudes últimas (vd., al respecto, las reflexiones sobre la política jurídica de Ross 1953:289 y ss.), sin embargo la descripción de posibles fines justificantes, así como la articulación de dichos fines y la valoración de un ordenamiento jurídico determinado en atención a ello es, obviamente, racional.

Sólo cuando se hayan delimitado los fines justificantes desde un punto de vista externo al propio derecho podrá procederse a realizar el juicio de justificación. Este juicio de justificación consistirá en la verificación relativa a si el derecho penal y la aplicación que de él se realiza es un medio funcional al cumplimiento de los fines justificantes. Sólo en el supuesto de que el medio sea funcional el jurista deberá proceder a justificar (es decir, a afirmar la corrección moral del aspecto del derecho penal o de su aplicación que se esté considerando), mientras que en el supuesto de que el medio no sea funcional a la satisfacción de los fines habrá que determinar su no justificación (es decir su incorrección moral) (Ferrajoli 1989:318).

Mientras que respecto de los fines justificantes nunca podrá realizarse un juicio de verdad o falsedad (la cuestión de los fines últimos es cuestión de preferencias), en cambio respecto de la justificación si podrán emitirse enunciados susceptibles de verdad o falsedad (28). La ver-

(27) En un importante trabajo A. Ross (1970:61-110) señala, con claridad, que la discusión entre doctrinas de la pena se produce en el ámbito de la justificación ético-política de esta institución y no en el campo del objetivo que el legislador persigue con dicha institución.

(28) Nino, en cambio, piensa que es posible una actividad racional de determinación

dad o falsedad de los enunciados de justificación podrá afirmarse sólo si se dispone de conocimiento empírico relativo a las funciones satisfechas por los singulares aspectos del derecho penal y de su aplicación. En el bien entendido que este conocimiento empírico podrá mostrar la satisfacción por cada uno de los aspectos del derecho penal de los fines justificantes (Ferrajoli 1989:318).

Pero para que pueda procederse al juicio de justificación será necesario que los fines justificantes estén formulados con suficiente precisión (29). Una imprecisa delimitación de los fines justificantes impide que el jurista pueda realizar argumentadamente juicios de justificación (se entiende de justificación o de no justificación) (Ferrajoli 1989: 320).

Antes de comenzar la exposición de las doctrinas de justificación que consideramos más representativas entre la cultura jurídica y filosófica que se ha interesado en esta cuestión, hemos de hacer tres advertencias de importancia.

En primer lugar hemos de decir que nos ocupamos de doctrinas de justificación que llevan a la defensa de un modelo de derecho penal liberal y que no entramos a considerar otras doctrinas de justificación que llevan a la defensa de modelos de derecho penal autoritarios (30).

En segundo lugar, tampoco nos ocupamos de las doctrinas que Ferrajoli denomina de no-justificación del derecho penal, es decir, de aquellas que consideran que el derecho penal, ningún tipo de derecho penal, puede encontrar justificación. Aunque no estamos totalmente de acuerdo con Ferrajoli en sus consideraciones relativas a que las recientes doctrinas abolicionistas son doctrinas de no-justificación del derecho

de los fines últimos. Su obra *Ética y derechos humanos* (1989) constituye una doctrina de justificación del derecho (de un tipo de derecho respetuoso de los derechos humanos) que conlleva la asunción del objetivismo ético, esto es, de la afirmación de que existen criterios objetivos (que pueden ser conocidos racionalmente lo que Nino llama *constructivismo moral*) capaces de determinar la verdad moral. Esto lleva a Nino a afirmar (vd. por ejemplo 1985:85-86) que una norma jurídica es válida es sostener que esa norma jurídica es obligatoria, es decir, que hay principios morales objetivos que obligan a obedecerla. Esta noción de validez lleva a Nino a defender un concepto normativo de derecho (al lado de otro descriptivo, pero de mayor interés, a su juicio, para los juristas) cercano al iusnaturalismo. Nosotros pensamos que sostener que una norma jurídica es válida (en el sentido de promulgada o en el sentido de autorizada por otra norma jurídica) es una cuestión que nada tiene que ver con la obligatoriedad moral, e incluso pensamos (contra el objetivismo ético defendido por Nino) que no existen criterios objetivos capaces de establecer la obligatoriedad moral de los comportamientos humanos.

(29) J. Mosterín (1987:210) refiriéndose a la justificación de un código o de una institución, ha sostenido que el paso más importante (desde el punto de vista teórico) para dicha tarea es explicitar con claridad los fines del código o institución en cuestión.

(30) Véase la exposición y crítica de Ferrajoli (1989:13-17-251-262) a las doctrinas de justificación que llevan a defender una intervención penal basada en combatir la peligrosidad (social, política) de los individuos.

penal, dado que no renuncian a algún tipo de coacción semejante a lo que definiríamos como derecho penal (31).

Y, por último, es preciso señalar que nuestro objetivo en este trabajo ha sido hacer una presentación que pueda ser atractiva de tres doctrinas de justificación distintas, sin que tal presentación suponga nuestra adhesión personal a ninguna de ellas.

5.2. Modelo utilitarista

Una ética utilitarista postula el siguiente enunciado: entre las diversas alternativas de acción posibles se ha de preferir aquella que reporte mayor utilidad para la generalidad de los hombres (aquella que aumente la felicidad colectiva) (32). Este principio se constituye en fin último en base al cual un utilitarista deberá proceder a realizar un juicio moral de todas las acciones humanas. Juzgará como moralmente correctas aquellas acciones que frente a otras posibles sean las más funcionales a la satisfacción de tal fin y como moralmente incorrectas aquellas acciones que sean menos funcionales que otras posibles a la satisfacción de tal fin (33).

Cuando los autores utilitaristas han procedido a juzgar las instituciones jurídicas, y en concreto el derecho penal, han debido partir de que su corrección o incorrección debe buscarse en ser el mejor instrumento, de entre los posibles de ser practicados, para que el conjunto de personas a quien tales instituciones jurídicas afectan viera maximizada su felicidad o, más concretamente, que tales instituciones consiguieran en mayor medida que otras aumentar las condiciones de las que depende la felicidad del hombre. Podemos llamar “bienes” a estas condiciones

(31) Si los autores abolicionistas han admitido alguna forma de coacción estatal sobre la libertad de movimiento con el objetivo de lograr que el autor proceda a la reparación del mal causado, es que en algunos casos atribuyen a algo que denominaríamos derecho penal una justificación (en cuanto medio funcional a lograr la reparación). H. Bianchi (1986:215) ha escrito en este sentido: “En el modelo abolicionista las respuestas punitivas se reservan únicamente a aquellos casos en que el autor criminal haya rechazado, tras habersele invitado repetidas veces a reparar sus faltas y los daños que haya causado. Únicamente entonces recurriremos al modelo punitivo. Pero pienso que dos pequeñas prisiones en toda España serán suficientes para albergar a aquellos que rechacen esta propuesta”.

Otra cosa distinta son las críticas de Ferrajoli a las doctrinas abolicionistas por cuanto mediante su modelo no se procedería a lograr los fines que para Ferrajoli son justificantes del derecho penal. Aunque también es cierto que las doctrinas abolicionistas tienen la virtud de señalar los enormes costes del Derecho penal, y, por lo tanto, de realzar la importancia y dificultad de la justificación de la sanción penal. Vd. la discusión de Ferrajoli del abolicionismo (1989:233-239).

(32) Ver tal definición del utilitarismo del acto en Smart (1973:12). La exposición que hacemos del modelo utilitarista está basada en el utilitarismo del acto.

(33) Sobre ello Smart (1973:pp.40-51).

de la felicidad humana, siendo una cuestión empírica la determinación de cuáles sean tales bienes.

En el marco del conjunto de instituciones jurídicas de un estado, los utilitaristas se han planteado la cuestión de cuándo es correcto recurrir, para garantizar tales bienes a un instrumento consistente en imponer sanciones (privaciones de bienes) particularmente graves (por disminuir en buena medida la felicidad de los hombres), como por ejemplo las sanciones que privan de libertad de movimiento a las personas, a quienes realicen comportamientos de particular gravedad (por disminuir la felicidad de quiénes los sufren). Podemos llamar derecho penal a tal instrumento.

Un utilitarista deberá sostener que es moralmente correcto recurrir al derecho penal cuando este es el mejor instrumento de entre los posibles para aumentar la felicidad colectiva. J. Bentham (1789:158) escribió:

El objeto general que todas las leyes deben tener en común es aumentar la felicidad total de la comunidad, y, por tanto, en primer lugar excluir, tanto como fuere posible, todo aquello que tiende a disminuir la felicidad: en otras palabras, excluir el daño.

Pero cualquier castigo es un daño: cualquier castigo es en sí mismo un mal. Bajo el principio de utilidad, si el castigo debe ser admitido, debe serlo sólo en el caso en que el castigo consiga excluir algún mal mayor.

Presentado el fin justificante del derecho penal, procedemos a señalar los medios funcionales a la satisfacción de tal fin. Presentaremos tal discurso sobre los medios aludiendo a “principios” (y entenderemos por principios los enunciados relativos a cómo debe ser el derecho penal para satisfacer el fin justificante).

Los principios de una doctrina de justificación utilitarista son los siguientes:

a) *Principio de efectividad*: sólo deben imponerse sanciones penales cuando la violencia producida por el derecho penal es menor que la violencia evitada como consecuencia de la imposición de tales sanciones (34).

Este principio conlleva diversas consecuencias.

En primer lugar, obliga a verificar la efectividad preventiva de las sanciones (es decir, su capacidad para evitar otros comportamientos ofensivos de bienes).

En segundo lugar, requiere tomar en consideración tanto la capacidad de prevención general (evitar comportamientos ofensivos de todos los individuos) cuanto la prevención especial (evitar comportamientos

(34) Bentham (1789:159) escribió: “El castigo no debe ser infligido... cuando es ineficaz cuando no puede prevenir el daño”.

ofensivos del propio infractor). Esta segunda cuestión ha planteado notables problemas a los autores utilitaristas, por cuanto mientras se ha considerado que una sanción graduada a la ofensa es el mejor instrumento para conseguir una correcta prevención general (*principio de proporcionalidad*) (35), una cierta desproporción puede estar indicada para conseguir la prevención especial.

En tercer lugar, obliga a no castigar comportamientos inevitables (por ser imprevisibles, por ser realizados por personas no motivables: menores, enajenados mentales, etc.) (36).

b) *Principio de evitación del sacrificio inútil*: nunca puede imponerse una sanción penal si existe un medio menos costoso para la evitación de aquellos comportamientos ofensivos de bienes (*principio de última ratio*) y nunca debe imponerse una sanción penal más costosa de la necesaria (*principio de humanidad*) (Vd. en tal sentido Bentham 1789:164). Cualquier exceso de sacrificio es una injustificable disminución de la felicidad de quiénes lo sufren.

El principio de última ratio reclama la investigación empírica relativa al coste de los diferentes medios de evitación de los comportamientos indeseados, tanto en relación a los medios de evitación (o de tutela) no basados en la coacción, cuanto en relación a medios de evitación coactivos, pero basados en la utilización de sanciones de gravedad menor. Las investigaciones relativas a la efectividad de los diferentes medios de tutela es, en la actualidad, una de las más importantes de las desarrolladas por autores utilitaristas.

El principio de humanidad plantea la cuestión de cómo estructurar un sistema penitenciario (sistema de ejecución de penas) para dañar en la menor medida posible a los individuos (37).

c) *Principio de evitación de la violencia arbitraria*: el derecho penal debe garantizar que ninguna persona sea sancionada por un comportamiento que no esté taxativamente establecido en la ley (*principio de estricta legalidad*) y sin que exista un porcedimiento justo en el que se demuestre su culpabilidad (*principio de estricta jurisdiccionalidad*).

(35) Deben recordarse las palabras de Beccaria (1764:35): "No sólo es interés común que no se cometan delitos, sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causan a la sociedad. Así pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos a medida que sean contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que inducen a cometerlos. Debe, por tanto, haber una proporción entre los delitos y las penas". Sobre la proporcionalidad basada en el utilitarismo vd. también Bentham (1789:156 y ss.).

(36) E. Gimbernat (1971:90 y 101-105) ha defendido que algunas de las consecuencias que se extraen del llamado principio de culpabilidad son funcionales al fin de la maximización de la utilidad colectiva.

(37) Ver en tal sentido las diversas propuestas de reforma del sistema de penas y en particular de una forma del sistema penitenciario basada en un incremento de los derechos del recluso, para que la pena se reduzca a la privación de la libertad que formula Ferrajoli (1989:408).

Si el derecho penal no respeta tal principio, produce inseguridad (mayor cuanto mayor es la desviación respecto de tales principios) en los ciudadanos. Dado que la seguridad es uno de los bienes que contribuyen a la felicidad individual, es necesario incrementar no sólo la probabilidad de ser sancionado si se comete un delito (uno de los comportamientos a los que la ley asocia una pena) —para minimizar la inseguridad que produce la probabilidad advertida de ser víctima de un delito— sino también minimizar la posibilidad de ser condenado por un delito sin haberlo realizado.

Los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad, tan claramente expuestos por Ferrajoli (1989:5-13 y desarrollo posterior), obligan al legislador a decidir con la mayor claridad posible los comportamientos que castiga y configuran el rol del juez y del proceso penal como instrumentos para alcanzar la verdad, es decir como un proceso cognitivo. Cumpliendo con ambos el derecho penal es un instrumento que sin impedir maximizar la efectividad preventiva (en relación al resto de ciudadanos) consigue minimizar la violencia arbitraria del estado.

Un autor utilitarista deberá tomar en consideración la totalidad de estos principios a la hora de emitir un juicio sobre si la opción del legislador por castigar penalmente un comportamiento, así como la de los jueces cuando aplican tal ley, es la opción correcta (38). No obstante, dado que el teórico del derecho penal de orientación utilitarista debe tratar con cuestiones que conllevan multitud de consecuencias (como es la de penalizar un comportamiento) es razonable que realice juicios que den indicaciones generales respecto de cómo proceder.

Así hasta hace pocos años muchos penalistas de orientación utilitaristas se preocuparon por la cuestión genérica de la reforma del sistema de penas y, en concreto, del sistema de ejecución de las penas de privación de libertad. Interesados por el principio de efectividad, viendo que se podía incrementar la utilidad del sistema penal si se conseguía la prevención especial, postulaban diversas reformas del sistema de sanciones idóneas para tal fin. Hoy, en cambio, los mayores conocimientos sociológicos sobre el funcionamiento de las instituciones penales han puesto de relieve que es muy costoso lograr que los que pasan por las instituciones penales no vuelvan a realizar delitos y ello ha provocado un desplazamiento del interés de este sector de penalistas hacia la satisfacción del principio de última ratio, haciendo análisis sobre la forma de que medios menos costosos de tutela (como las sanciones impuestas por la administración o las sanciones civiles), si se configuran como me-

(38) Ver en Gimbernat (1971) un razonamiento sobre diversas cuestiones relativas al Derecho penal realizado desde una doctrina de justificación utilitarista que toma en cuenta los diversos principios señalados.

dios con mayor capacidad de responsabilización que el derecho penal, pueden sustituir al derecho penal.

Este desplazamiento de interés ha provocado curiosamente que los principios de una ética utilitarista sean más aplicables en relación al derecho penal. En efecto, con este nuevo punto de vista, frente a cada una de las prohibiciones penales se realiza un juicio de corrección o incorrección, atendiendo a los potenciales infractores (cada vez menos se piensa como los autores utilitaristas clásicos que exista un potencial infractor de todas las prohibiciones) y a los múltiples medios de evitación de sus comportamientos indeseados de los que se dispone.

Desde tal punto de vista, la doctrina de justificación utilitarista propicia una importante renovación del derecho penal liberal; en una sociedad cada vez más sectorializada, cuesta mucho ver soluciones globales (como las que inspiraba la idea de código) y se hace necesario pensar sectorialmente todas las cuestiones. La tarea del penalista utilitarista se hace más global (debe tener conocimientos sobre los diferentes instrumentos de tutela) y, a la vez, menos generalizante (sus propuestas serán cada vez más parciales).

5.3. Modelo retribucionista

5.3.1. Introducción

Los penalistas acostumbran a tratar del retribucionismo como doctrina de justificación en un apartado dedicado a las *teorías absolutas* de la pena (Véase por ejemplo Cobo/Vives 1987:607-610 y Bustos 1989:21-23). En dicho apartado se refiere a las doctrinas de I. Kant (1797) y G.W.F. Hegel (1821). Sin embargo en este epígrafe pretendemos presentar el retribucionismo como una doctrina de justificación de la sanción penal integrada en alguno de los modelos de justificación del derecho y del estado vigentes en la filosofía política actual. En este sentido algunos de los elementos introducidos por los clásicos representantes de esta doctrina pueden ser rescatados (la doctrina de Kant más que la de Hegel ofrece amplias posibilidades al respecto), mientras otros han de ser sencillamente ignorados.

Entre los aspectos rescatables se cuentan la idea de “merecimiento” como condición necesaria para la imposición de una pena y la idea de que ninguna maximización de algún bien colectivo justifica la violación de los derechos básicos de los seres humanos. Ambas ideas aparecen claramente en Kant (1797:147):

La sanción penal... no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable *por la sola razón de que ha delinquido*; porque jamás un hombre puede ser toma-

do por instrumento de los designios de otro... El delincuente debe ser juzgado *digno de castigo* antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos.

Trataremos de presentar esta concepción a la luz de las doctrinas ético-políticas que, en los últimos años, han atacado el utilitarismo como una doctrina ético-política inadecuada puesto que ignora —dicho en palabras del autor de la doctrina de la justicia no utilitarista más influyente de nuestros días: J. Rawls (1971:3)— que “cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede ignorar”. Quizás algunas frases de Hegel puedan ser leídas desde esta perspectiva: “Las teorías de la prevención... descuidan la consideración objetiva de la justicia, que es lo primero y sustancial en el tratamiento del delito” (1821:159-160).

En cambio, otras afirmaciones de Hegel (algunas de ellas ya sugeridas por Kant) van a ser llanamente omitidas en esta presentación. No se presupone aquí nada semejante a que “la violencia se elimina con la violencia” (Hegel 1821:155) ni que el castigo sea “un derecho del delincuente mismo” (Hegel 1821:161). Tampoco pretendemos presentar una versión del retribucionismo que pueda ser vista como una reconstrucción de las ideas de estos autores.

La versión que deseamos exponer trata de ser una versión capaz de armonizar con alguna moderna teoría contractualista de la justicia, como es la de J. Rawls (39), de forma semejante a como pretende D.A. Hoekema (1980:241): “Una estrategia sustancialmente similar a la de Rawls es útil, en mi opinión, para desarrollar una teoría del castigo”, y con la convicción de que tal doctrina partiría de la base asumida por Hoekema (1980:241) cuando escribe:

Argüiré también que cualquier institución del castigo cuya estructura no tenga una base retributiva no conseguirá proteger adecuadamente los derechos de los individuos sujetos a ella.

(39) Presentar una doctrina retribucionista referida a la teoría de la justicia de Rawls tiene algunos inconvenientes: por una parte Rawls (1955:144-170) presentó una versión de la justificación del castigo —anterior a la teoría de la justicia que es claramente asequible a lo que llamaremos *modelo mixto* (vd. 5.4)—, aunque puede defenderse que en Rawls (1971) cambiaría su punto de vista (vd. en el mismo sentido, Morawetz 1987:224) y, por otra parte, desgraciadamente en *A Theory of Justice* no encontramos una doctrina de la justificación del castigo desarrollada sino solamente algunas interesantes reflexiones acerca de ella (vd. el mismo Rawls 1971:575). Confiamos en que estas pocas reflexiones sean suficientes para fundamentar nuestra presentación.

5.3.2. El contrato social y el deber de no dañar

Justificar una institución determinada es apelar a principios que muestren la corrección de dicha institución: es mostrar que la existencia de esa institución está de acuerdo con determinados principios (que se consideran correctos). Justificar la institución del castigo presupone la justificación de la coerción institucionalizada en una sociedad humana. La teoría de la justicia de Rawls ofrece un modelo que permite justificar la coerción si y sólo si se asume como correctos determinados principios definitorios de la expresión “sociedad humana justa” (los principios de justicia, lo que Rawls llama la justicia como equidad). Estos principios son, según Rawls, aquellos que cualquier persona sometida a determinadas restricciones aceptaría. Estas restricciones son las que hacen de su doctrina una doctrina deudora de la tradición contractualista en filosofía política (vd. la apelación de Rawls 1971:11 a Locke, Kant y Rousseau). Estas restricciones configuran lo que Rawls denomina la *posición original*: una posición tal en la que un conjunto de seres humanos auto-interesados, pero ignorantes de cual va a ser su lugar concreto en la sociedad —lo que Rawls denomina el *velo de la ignorancia*: ignorancia respecto del origen social, capacidades, intereses y preferencias— deciden que principios elegir para la organización de la vida en sociedad, para la organización de la cooperación y para la resolución de los conflictos. Según Rawls, dada esta configuración de la posición originaria los participantes en ella elegirían por unanimidad dos principios de justicia con el siguiente contenido (1971:302):

Primer principio: Cada persona debe tener un derecho igual al sistema total más extenso de libertades básicas que sea compatible con un sistema similar de libertades para todos.

Segundo principio: Las desigualdades sociales y económicas deben ser dispuestas de modo tal que ellas satisfagan estas dos condiciones: a) deben ser para el mayor beneficio de los que se encuentran en la posición social menos aventajada (el llamado “principio de la diferencia”), y b) deben adjudicarse a funciones y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades.

Para que el primer principio, que establece un amplio ámbito de libertades, sea efectivo es necesario establecer deberes (deberes naturales los llama Rawls 1971:114 y ss.). Aunque Rawls no presenta de forma articulada su concepción de los deberes naturales, a nosotros nos interesa ahora el establecimiento del deber de no dañar, el deber de no interferir en el ejercicio de las libertades de los demás.

Al establecer más detalladamente las cláusulas del contrato hipotético (el contrato realizado por personas auto-interesadas y racionales, pero bajo el velo de la ignorancia), sus participantes autorizarían el es-

tablecimiento de un sistema penal capaz de mantener el disfrute de las libertades (Vd. Rawls 1971:240) (40). Dicho en palabras de N. Lacey (1984:22), referidas a esta cuestión:

Uniendo la doctrina retribucionista del castigo con el punto de vista del contrato social de la obligación política, puede afirmarse, claramente, que aquellas formas de conducta que las personas que suscriben el contrato social hipotético acuerdan que deben ser sancionadas por el derecho penal está justificado sancionarlas. La imposición de la sanción restaura el balance moral que el ofensor ha alterado por no cumplir con sus (hipotéticamente asumidas) obligaciones políticas. En este sentido, él ha querido su propio castigo.

Según Rawls (1971:314), “el propósito del derecho penal es sostener los deberes naturales básicos, aquellos que prohíben ofender a otras personas en su vida e integridad física, así como privarles de su libertad y propiedad y los castigos deben servir a este objetivo”.

En este sentido, puede afirmarse que los delincuentes *merecen* el castigo, puesto que acordaron hipotéticamente ser castigados para restaurar la vigencia de los principios de justicia. En palabras de Rawls (1971:576):

Cuando acuerdan las penas que estabilizan un esquema de cooperación las partes aceptan el mismo tipo de restricción sobre el auto-interés que el que están dispuestos a reconocer al elegir los principios de justicia en primer lugar. Una vez reconocidos estos principios desde el punto de vista de las razones ya convenidas, es racional autorizar las medidas necesarias para mantener las instituciones justas.

Uno podría objetar a esta versión de la doctrina de la justicia de Rawls, que el mismo Rawls desautoriza la idea de “merecimiento moral” (moral desert) como parte de su concepción (1971:310 y ss.). Sin embargo, a nuestro juicio, lo que Rawls desautoriza es el merecimiento como base para distribuir los beneficios (ingresos y riqueza) entre los miembros de una sociedad (el segundo principio de justicia rawlsiano se opone a esta concepción), pero no se opone al merecimiento como base para asignar los castigos, así parece sugerirlo su afirmación según la cual la justicia distributiva y la justicia retributiva no son puntos de vista opuestos (1971:315).

Una vez establecido que el fin justificante de las sanciones penales no puede ser otro que el mantenimiento de una sociedad bien ordena-

(40) No trataremos aquí el problema de si esta versión del retribucionismo presupone que el Estado tiene el deber de castigar en esos casos (*versión fuerte* o si únicamente dispone del derecho de castigar (*versión débil*). Vd., para esta cuestión, Eckhoff 1984:11-12. Aunque es preciso añadir que la versión débil sería difícil de distinguir de lo que aquí denominaremos *modelo mixto*.

da bajo los principios de justicia (hipotéticamente contratados) y que ello debe hacerse sobre la base de castigar a aquellos que merecen ser castigados por haber infringido sus deberes naturales, es necesario describir cómo debe ser un derecho penal acorde con estas características.

5.3.3. *Un modelo de derecho penal justo*

Rawls (1971:195-201) imagina una secuencia en cuatro etapas en el establecimiento de las cuestiones de justicia por parte de seres racionales. La primera etapa consiste en el establecimiento de los dos principios de justicia que ya conocemos. La segunda etapa estipula las normas constitucionales que aseguran el principio de igual libertad para todos. La tercera etapa tiene como objetivo el establecimiento de las reglas legislativas de acuerdo con los principios de justicia —básicamente con el segundo principio—. La cuarta etapa es la de la aplicación de las reglas generales a casos particulares por parte de los órganos encargados de resolver los conflictos en la sociedad. Cada una de estas etapas presupone un progresivo levantamiento del velo de la ignorancia que, por una parte, permite articular normas adecuadas para cada sociedad en concreto y por otra permite hacerlo de forma justa, puesto que todas las etapas respetan los principios de justicia.

En la segunda etapa, que establece un estado de derecho (“the Rule of Law”) ya encontramos todos los principios de un derecho penal justo (en el sentido de que está de acuerdo con los principios de justicia).

En primer lugar, los principios de *estricta legalidad* y de *estricta jurisdiccionalidad* derivan de la idea de estado de derecho como asegurador de la libertad, el complejo de derecho y deberes, surgidos del primer principio de justicia (1971:238-239). Como Rawls señala “si el principio *nullum crimen sine lege* es violado, digamos por leyes vagas e imprecisas, la libertad con la que contamos es también vaga e imprecisa. Los límites de nuestra libertad devienen inciertos” (vd., la insistencia de Ferrajoli 1989:7 y ss. en este delicado punto). Es obvio, por otra parte, que el principio de estricta jurisdiccionalidad garantiza que sólo sea castigado aquel que merece serlo (por haber vulnerado el deber de no dañar).

En segundo lugar, el *principio de culpabilidad* (responsabilidad) también deriva de la idea de libertad:

Este principio es simplemente la consecuencia de contemplar un sistema jurídico como un orden de reglas públicas dirigidas a personas racionales para regular su cooperación, y dar el peso adecuado a la libertad. Creo que este punto de vista de la responsabilidad nos capacita para explicar la mayoría de causas de justificación y de ex-

clusión de la responsabilidad reconocidas por el derecho penal bajo el título de *mens rea* y que pueden servir como guía para la reforma del derecho (1971:241).

En tercer y último lugar, también la consideración de las personas como individuos racionales, nos lleva al *principio de proporcionalidad*, puesto que es legítimo pensar que el contrato requiera que sean castigadas más duramente aquellas conductas que atentan más contra el mantenimiento de los principios de justicia.

De esta forma, Rawls asegura que el derecho penal está justificado por cuanto es necesario para el mantenimiento del primer principio de justicia, pero no está justificado (como tal vez pensaría un utilitarista) porque maximice algún objetivo colectivo: “Ninguna pérdida de libertad ha sido aceptada por el incremento de beneficios sociales y económicos” (Rawls 1971:243). “Los argumentos para restringir la libertad proceden del principio de libertad mismo” (Rawls 1971:242) (41).

5.4. Modelo mixto

5.4.1. Introducción

En este epígrafe presentaremos las críticas que consideramos más fundamentadas a las dos doctrinas de justificación anteriormente expuestas. Algunos autores en atención a esas críticas han construido modelos de justificación de la sanción penal de carácter mixto, esto es, modelos que postulan como fines justificantes del derecho penal elemen-

(41) El retribucionismo así presentado es un retribucionismo de carácter liberal (kantiano), que concibe a la sociedad únicamente como un conjunto de individuos; si uno quiere presentar una versión atenta a las críticas comunitarias al liberalismo (críticas que el mismo Rawls ha tenido muy presentes en los últimos años), puede consultar A. Oldenquist (1988:464-478). Su argumentación es, en síntesis, como sigue:

1) Los seres humanos son innatamente animales sociales que pueden realizarse y alcanzar su humanidad completa sólo en sociedad.

2) Una sociedad humana es una comunidad moral.

3) Una comunidad moral es aquella tal que sus miembros son personalmente responsables del daño que infligen a sus semejantes y al bien común.

4) Sostener que las personas son responsables por el daño que infligen a sus semejantes y al bien común es considerarlas merecedoras de reprobación y castigo.

5) Considerar a las personas merecedoras de reprobación y castigo es aceptar moralmente la retribución.

Por lo tanto,

6) Los seres humanos pueden realizarse y alcanzar su humanidad completa sólo si aceptan moralmente la retribución.

tos tomados de la doctrina de justificación utilitarista y de la doctrina de justificación retribucionista, tratando con ello de construir un modelo menos vulnerable a la crítica.

5.4.2. *Críticas a la doctrina de justificación utilitarista y a la doctrina de justificación retribucionista*

Los autores defensores de los que denominamos doctrina de justificación mixta han criticado a las doctrinas de justificación utilitaristas diversas cuestiones. Distinguiremos entre algunas críticas que, a nuestro entender, pueden ser descartadas, por no afectar a la presentación realizada en este trabajo de una doctrina de justificación utilitarista (DJU) y a otro tipo de críticas que, en cambio, si deben ser asumidas por DJU.

Algunas críticas realizadas desde el modelo mixto a DJU que consideramos descartables son las siguientes: a) para maximizar la efectividad del derecho penal tal vez en algunas ocasiones se debería castigar a los inocentes; b) para una mayor protección de los bienes se debería castigar comportamientos anteriores a los que producen el daño.

La crítica a) no afecta a DJU porque, con carácter general, parece correcto afirmar que si un ordenamiento jurídico aceptara castigar a individuos sin probar que ellos han realizado el hecho castigado, es previsible que disminuyera en forma grave el bien de la seguridad de los individuos. La previsible mayor efectividad del derecho penal (menos culpables se quedarían sin castigo), y por tanto el aumento de la felicidad colectiva, sería seguramente superado por la disminución de la felicidad originada por el miedo y por la alarma de los ciudadanos, aunque no sea de todos, a sufrir arbitrariamente castigos (42). Con todo ello no queremos decir que, en efecto, en algún caso límite, casi de laboratorio, un utilitarista no debiera llegar a la conclusión de que el castigo del inocente es la opción correcta (43).

En cuanto a la crítica b), según DJU en muchos casos se demostrará la utilidad de castigar determinados comportamientos anteriores a la producción de los daños que, en atención a leyes probabilísticas, pueden ser causalmente conectados a los daños (44). DJU deberá segura-

(42) Véase parecidas consideraciones en: Bentham (1838-1843a:448-449). También Rawls (1955:151-152) ha escrito que no podría justificarse en bases utilitaristas una institución (que él denomina "teliishment") que autorizara a los jueces a castigar discrecionalmente a los inocentes en determinadas circunstancias.

(43) Véase uno de esos casos límites en McCloskey (1963:599) y, discutido, en Smart (1973:80-81). Curiosamente ésta era una objeción ya contemplada por J.S. Mill (1861:121).

(44) Piénsese en la posibilidad de que existan estudios descriptivos sobre las condiciones en que se dan accidentes de circulación, consiguiéndose aislar factores como el exceso de velocidad, el consumo de bebidas alcohólicas, el tomar curvas sin visibilidad por la izquierda, etc., que se producen en un número importante de casos. Y que en base a tal análisis se pueda formular alguna ley probabilística según la cual si se da alguna de

mente considerar justificado reducir la felicidad de los ciudadanos, al disminuir algunas esferas de la libertad de actuar y al imponerles más sanciones, si el beneficio obtenido con ello (la violencia evitada) es mayor. Pero, a nuestro entender, en los supuestos en que se plantea la efectividad del castigo anterior a la lesión, DJU dirá que no es necesario (y, por tanto, está injustificado) recurrir al derecho penal. En efecto, en los ámbitos en que se ha advertido la efectividad de estas sanciones anticipadas (en el ámbito de la circulación, del ambiente, del trabajo), parece factible sancionar mediante la privación de bienes de entidad menor, siempre que la disminución de severidad quede compensada con el aumento de la probabilidad de ser sancionado.

A nuestro entender, la crítica que causa mayores dificultades a un modelo utilitarista de justificación es aquel que dice que DJU debería admitir respecto de ciertos fenómenos una cierta reducción de la estricta jurisdiccionalidad (no ser castigado penalmente si no existe un proceso en el que teniendo el individuo todas las garantías de defensa se prueba que tal individuo ha realizado el hecho castigado por la ley penal). Ya Bentham, en contraste con otros penalistas de la ilustración (Beccaria, 1764:90), había cuestionado el alcance absoluto de la presunción de inocencia, señalando por ejemplo que el derecho al silencio del acusado no tenía una clara justificación desde el punto de vista utilitarista (Bentham, 1838-1843b:445-465). Padovani (1981:540-541) ve en estos argumentos de Bentham un claro precedente de los que modernamente justifican premiar la delación en relación a determinados delitos (terrorismo y crimen organizado) y usarla como principal medio de prueba. Y en el ámbito anglosajón, Hart (1973:38-39) y Twining (1985:95-100) han discutido estos argumentos de Bentham relacionándolos también con la discusión al respecto de la legislación penal inglesa.

No sorprende en consecuencia que también Ferrajoli (1989:781-783), en su defensa de un derecho penal sumamente garantista, critique con mucha contundencia estas posibles consecuencias del utilitarismo.

A las diversas versiones del retribucionismo se les ha objetado tradicionalmente que ellas no son más que una racionalización de la venganza (de la "lex talionis") o que la adecuación entre castigo y ofensa (la proporcionalidad) es, en la mayoría de casos, difícil de precisar (Rabossi, 1976:34-38). Sin embargo nuestra presentación del retribucionismo (DJR) no es susceptible de ningunas de estas críticas tradicionales. No hay ninguna concesión al deseo de venganza en DJR y la adecuación es aquella que sería hipotéticamente consensuada por personas racionales y autónomas.

Pensamos, en cambio, que hay un aspecto de esa doctrina susceptible de ser criticado: si el contrato que justifica la sanción penal es hipó-

tales variables se produce un accidente y, por tanto, queden dañados algunos bienes.

tético sólo hipotéticamente autoriza (u obliga) a castigar. El castigo está justificado moralmente si y sólo si se cumplen los principios que definen un orden justo. Si el orden es injusto, y especialmente para aquellas personas que más injustamente son tratadas por ese orden, entonces no está justificado el castigo. Si las condiciones de vida de las personas de carne y hueso a las que el castigo debe aplicarse están tan alejadas de las condiciones establecidas por los seres noumenales que suscribirían el contrato hipotético, de forma que ya no es posible trazar entre ellas ninguna semejanza, el castigo no estaría justificado. Entonces, debería concluirse que el castigo no está justificado en muchos casos y esta no parece ser la conclusión que suelen extraer la mayoría de autores retribucionistas (45).

En resumen, ¿cómo puede un contrato hipotético justificar categóricamente? (Dworkin, 1977:234-275) y ¿cómo puede un contrato hipotético obligar a quienes viven en condiciones totalmente diversas de las establecidas en el contrato?

5.4.3. Modelo mixto: conceptualización

Pese a la importancia de la utilidad, el valor de la persona humana impone una limitación fundamental al tipo y a la cantidad de la pena (Ferrajoli, 1989:393).

El fin justificante del derecho penal es para una doctrina de justificación mixta satisfacer la utilidad colectiva, salvo que para ello se deba vulnerar algún derecho considerado básico del individuo, en cuyo caso, la utilidad colectiva deberá ceder al fin de garantía de tales derechos.

Los defensores del modelo mixto acostumbran a ser partidarios de una doctrina, más o menos robusta, de derechos. Los derechos son contemplados por estos autores como restricciones a la maximización de algún bien colectivo. Esta concepción atribuye a la maximización de la utilidad colectiva, el carácter de fin general justificante de la sanción penal

(45) No obstante esta dificultad podría ser superada por los autores que, en el marco de una doctrina de justificación retribucionista, sustentaran la llamada concepción normativa de la culpabilidad, en base a la cual la ley penal debería considerar como circunstancia para eximir de responsabilidad penal o para atenuar tal responsabilidad, el que un individuo, al realizar un comportamiento castigado por la ley penal, dispusiera de unas condiciones (económicas, culturales, sociales), muy por debajo de lo que se consideran condiciones mínimas de vida. Sobre la concepción normativa de culpabilidad, véase una primera defensa en Frank (1907), una explicación histórica sobre su surgimiento de Padovani (1973) y una defensa reciente en Torio (1985).

Sin embargo, pese a incorporar como principio de distribución del castigo un criterio semejante al de la concepción normativa de la culpabilidad, llevando a no justificar el castigo en algunos casos (y a justificar un castigo menor en otros), cuando en efecto se produce este nivel de injusticia en el orden social, parece difícil justificar algún castigo en el mantenimiento de las condiciones de justicia.

pero contempla los derechos como un límite en la distribución de las sanciones. Quizás es Hart (1968:1-28), el más claro defensor de esta posición (46).

También la posición de Ferrajoli, debe ser contemplada como una versión del modelo mixto (Ferrajoli, 1989:243)(46 bis). Lo que es tal vez más destacable de la aportación del autor es su justificación de los límites a la maximización de la utilidad en base a una desarrollada teoría de derechos, que denomina garantismo penal.

A nuestro juicio, la sofisticada versión presentada por Ferrajoli (1989: caps. XII y XIV) del garantismo penal no es del todo consciente de los problemas de justificación de una robusta teoría de derechos (como la que él sustenta) desde una perspectiva consecuencialista (utilitarista) (47). Ferrajoli (1989:393) escribe: "Si se adopta la perspectiva de reforma del utilitarismo penal los argumentos utilitaristas no sólo concuerdan con los morales sino que vienen a precisarlos y reforzarlos", pero también (1989:364): "La idea utilitarista de la prevención, separada del principio de retribución, se ha convertido en uno de los principales componentes del moderno autoritarismo penal".

Sea como fuere, Ferrajoli sostiene una doctrina del garantismo tal que el estado sólo aparece justificado como un *instrumento* de garantía de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos (1989:922-925).

(46) Rawls en un trabajo anterior a la teoría de la justicia (1955:144-170), a partir de una sofisticada versión del utilitarismo de las reglas (es decir: la concepción según la cual una regla es correcta si y sólo si su cumplimiento maximiza la felicidad y, por tanto, una acción es correcta si y sólo si está condenada por una regla correcta) sostuvo que hay que distinguir con claridad entre justificar una práctica (un conjunto de reglas que define una institución como el castigo) y justificar una acción particular en el ámbito de esa práctica.

Según Rawls, los argumentos utilitaristas son apropiados cuando nos referimos a cuestiones acerca de las prácticas, mientras los argumentos retribucionistas son apropiados para la aplicación de reglas particulares a casos particulares: "La justificación de lo que el juez hace en cuanto juez se fundamenta en el punto de vista retribucionista; la justificación de lo que el legislador (ideal) hace en cuanto legislador se fundamenta en el punto de vista utilitarista (p. 147). Véase una argumentación semejante en Hare (1981:164-165).

Nino (1980:1977-268) ha defendido lo que denomina una "teoría consensual de la pena", según la cual el fin justificante del castigo es la minimización de los daños sociales, pero este fin está limitado por el consentimiento, consentimiento que presupone que sólo pueden ser castigadas aquellas personas que realizaron un comportamiento sabiendo que el derecho lo sancionaba. De forma semejante a como una persona resta obligada contractualmente por la realización de ciertos comportamientos (subir a un autobús, comer en un restaurante) porque consintió las consecuencias normativas de ellos, el delincuente resta obligado por consentir las consecuencias normativas del delito. De esta forma, según Nino, se evita infringir la segunda formulación del imperativo categórico kantiano, se evita tratar a las personas como instrumentos y se las trata como fines.

(46 bis) En la conversación personal que mantuvimos con L. Ferrajoli, éste nos indicó que, a su juicio, su doctrina de justificación es una de las posibles versiones del utilitarismo (aunque, es obvio, un utilitarismo de especiales características).

(47) Una interesante justificación de los derechos desde una base consecuencialista ha sido intentada recientemente por Sumner (1987:163-198).

Entre estos derechos fundamentales no sólo se incluyen las libertades negativas del estado liberal sino también los derechos sociales del estado social (1989:901-905). El fin del derecho en su doctrina garantista es la minimización del poder en todas sus expresiones para permitir la maximización de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y el fin del derecho penal es la minimización de la violencia arbitraria por parte de los individuos y, también, por parte del estado (1989:975). Por ello, en esta doctrina sólo está justificado el castigo cuando, por una parte la sanción es necesaria para minimizar la violencia arbitraria de los ciudadanos y, por otra parte, quedan garantizados los derechos de todos los ciudadanos (también de los delincuentes), minimizando así la violencia arbitraria del estado.

La doctrina de justificación defendida por Ferrajoli, la doctrina del garantismo penal, se toma tan “en serio” los derechos que presenta unas razones capaces de desvirtuar cualquier justificación a instituciones (como la prisión preventiva) que incluso los autores más autocalificados de liberales han considerado imprescindibles para mantener la convivencia social (Ferrajoli, 1989:803-810). En el mismo sentido, Ferrajoli no contempla el castigo como un deber del Estado sino sólo como un derecho, ya que incluso cumpliéndose con todas las condiciones que autorizan el castigo, el juez deberá disponer de un poder de equidad para atender a las circunstancias personales del individuo que pueden llevar, por grave que sea el delito, a la atenuación de la pena e incluso a la no imposición de pena. En resumen, la obligación del juez en el modelo garantista de Ferrajoli establece rígidamente límites máximos al castigo pero deja abiertos los límites mínimos (Ferrajoli, 1989:135-147).

Para terminar, el problema más importante que debe soportar una justificación mixta del castigo es a nuestro entender el siguiente: si los derechos son un límite a la utilidad colectiva entonces deberán estar basados en alguna teoría de la justicia de carácter no consecuencialista y, en este sentido, puede sostenerse que tal justificación del castigo es en su estructura de carácter retribucionista y si, en cambio, los derechos pueden ser justificados en alguna doctrina consecuencialista como es el utilitarismo, entonces, en tal caso, la justificación es, en realidad, de carácter utilitarista.

6. CONCLUSIONES

La obra de Ferrajoli, de cuya lectura surgió la iniciativa de escribir este artículo, suscita importantes interrogantes para quien quiera adentrarse en el ámbito de la ciencia jurídica. En este trabajo, hemos sostenido la importancia de describir clara y minuciosamente las normas jurídico-penales. Una noción de interpretación como NEI permite realizar esta actividad descriptiva con un destacado valor cognoscitivo y de

esta actividad pueden beneficiarse tanto los legisladores como los operadores jurídicos en general.

La distinción entre describir las normas penales y hacer recomendaciones para su reforma y aplicación permite una discusión más clara tanto respecto a cuestiones interpretativas como a cuestiones de justificación. La justificación requiere un amplio conocimiento sociológico de las funciones cumplidas por el derecho penal. Es ocioso discutir acerca de si una norma penal (o una sentencia judicial) está justificada si se carece de los conocimientos acerca de las consecuencias sociales de dicha norma (o sentencia). Por otra parte, la descripción del ordenamiento jurídico penal sin una descripción complementaria de las relaciones sociales reguladas por tal ordenamiento es una descripción parcial e insuficiente.

Tal vez el punto más delicado de esta forma de proceder sea la articulación de una doctrina que presente los fines justificantes del derecho penal. En este trabajo hemos presentado tres doctrinas de justificación. Obviamente existen otras doctrinas de justificación. Pero las tres doctrinas presentadas pueden ser sostenidas desde una posición liberal respecto al derecho y al Estado. Por esa razón, aunque los argumentos de justificación difieren en forma significativa, el modelo de derecho penal que consideran justificado tiene unas características semejantes. En este sentido, estamos de acuerdo con Feinberg (1984:18), cuando escribe: "el progreso en las penúltimas cuestiones no necesita esperar la solución para las últimas". A pesar de ello, creemos que una profundización en estas doctrinas y un mayor conocimiento sociológico de la realidad, necesario para averiguar si una determinada regulación penal está justificada de acuerdo a la capacidad de contribuir al logro de los fines justificantes llevaría, tal vez, a una más clara delimitación de las controversias en relación a cuestiones de justificación. También así se facilita que el jurista, advirtiendo las consecuencias del modelo que propone, esté más dispuesto a reformularlo.

Esta forma de presentar estas doctrinas clásicas de justificación del castigo tiene la virtud, en nuestra opinión, de relacionarlas con la discusión contemporánea acerca de problemas de justificación más generales, que ocupan a los filósofos de la política.

Queremos acabar este artículo señalando que buena parte de la discusión entre la doctrina penal española puede ser contemplada a la luz de las tres doctrinas de justificación aquí presentadas. A menudo las propuestas de reforma de la legislación y, más importante aún, las propuestas de aplicación del derecho penal, responden a posiciones distintas respecto a los fines que los autores consideran adecuados para justificar la legislación penal. También el amplio acuerdo que sobre determinadas cuestiones reina en la doctrina penal española actual es fruto de un acuerdo sobre lo que unas líneas más arriba denominábamos cuestiones penúltimas. Sin ningún ánimo de exhaustividad, puede señalarse a Gim-

bernat como el más claro representante en la doctrina española de un doctrina de justificación cercana a DJU (48); es más difícil encontrar algún autor que se aproxime a DJR (49); en cambio, buena parte de la doctrina penal española mantiene posiciones cercanas a DJM (50).

BIBLIOGRAFIA

ALCHOURRON, Carlos E. (1986): "Systematization and Change in the Science of Law" en T. Eckhoff, L.M. Friedman y J. Uusitalo (Hrsg.), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart. Rechtstheorie 10*, Berlín: Dunc-ker & Humblot, 171-184.

ANTON ONECA, José (1944): *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca: Universidad de Salamanca.

BAJO FERNANDEZ, Miguel (1979): "Prólogo" en H. Zipf, *Introducción a la política criminal*, Madrid: Revista de derecho privado, XI-XV.

— (1986): *Manual de derecho penal. Parte especial*, vol. I: *Delitos contra las personas*, Madrid: Ceura.

BARBERO SANTOS, Marino (1958): "Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad con especial referencia al derecho italiano y alemán", reeditado en *Estudios de criminología y derecho penal*, Valladolid: Universidad de Valladolid, 1972: 13-61.

BECCARIA, Cesare (1764): *Dei delitti e delle pene*, trad. de J.A. de las Casas, *De los delitos y de las penas*, Madrid: Alianza editorial, 1980, 2ª edición.

BENTHAM, Jeremy (1789): *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed J.H. Burns y H.L.A. Hart, London/New York: Methuen, 1982.

— (1838-1843a): *Principles of Penal Law*, en *The Works of Jeremy Bentham, I*, editado y publicado por J. Bowring, Edinburgh: William Tait.

— (1834-1843b): *Rationale of Judicial Evidence*, en *The Works of Jeremy Bentham, VI-VII*, cit.

(48) Véase el siguiente texto del autor: "El reproche más grave puede hacerse al legislador es que una pena sea —en absoluto o en su rigor— innecesaria, que se cause mayor padecimiento del absolutamente imprescindible, pues puedo aceptar y conformarme con ello que se me prive de libertad, aunque sea para mí muy doloroso si con ello presto un servicio a la comunidad, pero se abusa de mí si se me impone un padecimiento inútil que no sirve a la convivencia social —bien porque el comportamiento humano no necesita ser reprimido, bien porque no necesita ser reprimido con tanta severidad — (Gimbernat, 1971:100-101). En la moderna doctrina penal española el precedente más claro de una fundamentación utilitarista se encuentra en la obra de Antón Oneca (1944). También en las obras de Luzón Peña (1982) y Muñoz Conde (1985) pueden hallarse importantes puntos de concordancia con DJU.

(49) Algunos aspectos de la obra de Quintano pueden ser vistos desde tal perspectiva (1960). En algún momento de su obra autores como Barbero (1958) y Rodríguez Mourullo (1965) se acercaron también a DJR. Más recientemente Cerezo (1976 y 1980) y Bajo (1979) defienden también, un modelo retribucionista de carácter liberal.

(50) Es destacable la obra de Roxin (1966) porque su doctrina mixta de justificación tuvo gran influencia en España. Quizás la monografía más destacada, escrita en clave polémica con la doctrina utilitarista defendida por Gimbernat, es la de Córdoba (1977). Esta concepción ha sido también mantenida por Cobo/Vives (1987) y Mir (1976).

BIANCHI, Herman (1986): "Propuestas de abolición del sistema penal. El modelo de asenso y los procedimientos de "arreglo de disputas" ", *Estudios de Deusto*, 34/1:203-228.

BOBBIO, Norberto (1989): "Prefazione", en L. Ferrajoli (1989), pp. VI-XIV.

BRICOLA, Franco (1988): "Rapporti tra dommatica e politica criminale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 31:3-35.

BULYGIN, Eugenio (1986): "Legal Dogmatics and the Systematization of Law" en T. Eckhoff, L.M. Friedman y J. Uusitalo (vd. Alchourrón 1986), 193-210.

BUSTOS RAMIREZ, Juan (1989): *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Barcelona: Ariel.

CALSAMIGLIA, Albert (1986): *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona: Ariel.

CARRIO, Genaro R. (1990): *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

CEREZO MIR, José (1976): *Curso de derecho penal español*, Madrid: Tecnos.

— (1980): "Culpabilidad y pena", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 33:347-366.

COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTON, Tomás S. (1987): *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

CORDOBA RODA, Juan (1977): *Culpabilidad y pena*, Barcelona: Bosch.

DWORKIN, Ronald (1977): *Taking Rights Seriously*, trad. castellana de M. Gustavo, Barcelona: Ariel, 1984.

ECKHOFF, Torstein (1984): "Justifications of Punishment", en A. Duff y N. Simmonds (eds.), *Philosophy and the Criminal Law. Archiv für Rechts — und Sozialphilosophie. Beiheft n° 19*, Wiesbaden GmbH: Franz Steiner.

FEINBERG, Joel (1984): *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I: *Harm to others*, New York/Oxford: Oxford University Press.

FERRAJOLI, Luigi (1983): "La semantica della teoria del diritto", en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano: Giuffrè, 1983, pp. 81-130.

— (1989): *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari: Laterza.

FRANK, Reinhart (1907): "Über des aufbau des Schuld begriffs", trad. castellana de S. Soler, *Estructura del concepto de culpabilidad*, Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1986.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1971): "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?", en *Problemas actuales de derecho penal y procesal*, Salamanca: Secretariado de información e intercambio científico Universidad de Salamanca, 87-109

— (1972): "Inducción y auxilio al suicidio", reeditado en *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., Madrid: Tecnos, 1989, 275-286.

GIZBERT-STUDNICK, Tomasz (1977): "Lexicography and Interpretation of Law", *Archiv für Rechts — und Sozialphilosophie*, 63:161-178.

GOMEZ BENITEZ, Jose Manuel (1984): *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid: Civitas.

HARE, Richard M. (1981): *Moral Thinking. Its Levels, Method and Point*, Oxford: Clarendon Press.

HART, Herbert (1961): *The Concept of Law*, trad. castella de G. Carrió, *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo -Perrot, 1963.

— (1968): *Punishment and Responsibility*, Oxford: Clarendon Press.

— (1973): “The Demystification of the Law”, reeditado en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1982, 21-39.

HASSEMER, Wiefred (1981): *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, trad. Castellana de F. Muñoz Conde y L. Arroyo, *Fundamentos de derecho penal*, Barcelona: Bosch, 1984.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich (1821): *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, trad. de J.L. Verma, *Principios de la filosofía del derecho*, Barcelona: Edhasa, 1988.

HERNANDEZ MARIN, Rafael (1989): *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona: Promoción publicaciones universitarias.

HOEKEMA, David A. (1980): “The Right to Punish and the Right to be punished”, en H. G. Blocker y E.H. Smith (eds.), *John Rawls' Theory of Social Justice. An Introduction*, Athens (Ohio): Ohio University Press.

JESCHECK, Hans Heinrich (1978): *Lehrbuch des Strafrechts*, 3ª ed., trad. castellana de S. Mir y F. Muñoz Conde, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Barcelona: Bosch, 1981.

KANT, Immanuel (1797): *Metaphisik der Sitten*, trad. parcial castellana en *Principios metafísicos del derecho* (sin indicación de traductor), Buenos Aires: Américalee, 1974.

KELSEN, Hans (1960): *Reine Rechtslehre*, trad. castellana de R. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, México: UNAM, 1979.

LACEY, Nicola (1984): “Punishment, Justice and Consequentialism: a Reply to professor Eckhoff”, en A. Duff y N. Simmonds (eds.), cit. (véase Eckhoff).

LARENZ, Karl (1979): *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4ª ed., trad. castellana de M. Rodríguez Molinero, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona: Ariel, 1980.

LUZON PEÑA, Diego Manuel (1982): “Prevención general y psicoanálisis”, en S. Mir (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Ballaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, 141-157.

MCCLOSKEY, H.J. (1963): “A Note on Utilitarian Punishment”, *Mind*, 72:599-600.

MILL, John Stuart (1861): *Utilitarianism*, trad. castellana de Esperanza Guisán, *El utilitarismo*, Madrid: Alianza Editorial, 1984.

MIR PUIG, Santiago (1976): *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona: Bosch.

— (1985): *Derecho penal. Parte general (fundamentos y teoría del delito)*, 2ª ed., Barcelona: Promoción publicaciones universitarias.

MORAWETZ, Thomas (1987): “Comment” en R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford: Clarendon Press, 221-237.

MOSTERIN, Jesús (1987): *Racionalidad y acción humana*, 2ª ed., Madrid: Alianza editorial.

MUÑOZ CONDE, Francisco (1981): “Adiciones”, en Jescheck (1978).
— (1985): *Derecho penal y control social*, Jerez: Fundación Universitaria de Jerez.

— (1989): *Teoría general del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch.

NINO, Carlos Santiago (1974): *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México: UNAM.

— (1980): *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires: Astrea.

— (1983): *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona: Ariel.

— (1985): *La validez del derecho*, Buenos Aires: Astrea.

— (1989): *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed., Buenos Aires: Astrea.

OLDENQUIST, Andrew (1988): “An Explanation of Retribution”, *The Journal of Philosophy*, 85:464-478.

PADOVANI, Tullio (1973): “Appunti sull’evoluzione del concetto di colpevolezza” en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 16:554-569.

— (1981): “La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento”, en *Rivista italiana di diritto e procedure penale*, 24:529-545.

QUINE, Willard van Orman (1970): *Philosophy of Logic*, trad. castellana de M. Sacristán, *Filosofía de la lógica*, Madrid: Alianza editorial, 1973.

— (1978): “Use and Its Place in Meaning” en *Erkenntnis*, 13:1-8.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio (1960): “Culpabilidad y prevención como premisas lógicas de la justicia penal”, en *Estudios jurídico-sociales en homenaje al profesor Luis Legaz Lacambra*, Santiago: Universidad de Santiago, 1027-1041.

RABOSI, Eduardo A. (1976): *La justificación moral del castigo*, Buenos Aires: Astrea.

RAZ, Joseph, (1970): *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford: Oxford University Press.

RAWLS, John (1955): “Two Concepts of Rules”, reeditado en P.H. Foot (ed.), *Theories of Ethics*, Oxford: Oxford University Press, 1967: 144-170.

— (1971): *A Theory of Justice*, Cambridge (Massachusetts): The Belnap Press of Harvard University Press.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1965): “Significado político y fundamento ético de la pena y de las medidas de seguridad”, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 219:759-791.

ROSS, Alf (1953): *Om ret og ret faerdighed. En indforelse i den analytiske rets filosofi*, trad. castellana de G. R. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Eudeba, 1970.

— (1970): *Skyld, ansvar og straf*, trad. italiana de B. Bendixen y P.L. Lucchini, *Colpa, responsabilità e pena*, Milano: Giuffrè, 1972.

ROXIN, Claus (1966): “Sinn und Grenzen staatlicher Strafe”, trad. castellana de D. Luzón Peña, “Sentido y límites de la pena estatal”, en *Problemas básicos de derecho penal*, Madrid: Reus, 1976, 11-36.

SMART, J.J.C. (1973): *Utilitarianism: for and against*, trad. castellana de J. Rodríguez Marín, *Utilitarismo: pro y contra*, Madrid: Tecnos.

SUMNER, L.W. (1987): *The Moral Foundation of Rights*, Oxford: Basil Blackwell.

TORIO LOPEZ, Angel (1985): “El concepto individual de culpabilidad” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 38:285-301.

— (1989): “Racionalidad y relatividad de las teorías jurídicas del delito”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 42:489-519.

TWINING, William L. (1985): *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, London: Weidenfeld & Nicolson.