

Ronco, Mauro

Experiencia social y tradición en el derecho penal

Social experience and tradition in criminal law

Prudentia Iuris N° 76, 2013

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Ronco, M. (2013). Experiencia social y tradición en el derecho penal [en línea], *Prudentia Iuris*, 76.
Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/experiencia-social-tradicion-derecho-penal.pdf>
[Fecha de consulta:.....]

EXPERIENCIA SOCIAL Y TRADICIÓN EN EL DERECHO PENAL

Social Experience and Tradition in Criminal Law

Mauro Ronco*

Resumen: El delito penal es aquello que la tradición, vivida en la experiencia de la familia y de la comunidad, permite a cada uno reconocer como un grave alejamiento de lo verdadero, lo bueno y lo correcto. El fundamento de la punibilidad penal es la imputación, el reconocimiento de la pertenencia del delito al sujeto como a su causa. Se intenta mostrar cómo este vínculo del derecho penal con la tradición jurídica sufrió dos rupturas: con el iluminismo jurídico y el kantismo se separó la imputación jurídica de su fundamento moral y con la codificación, se quebró la unidad del derecho penal universal fundado en lo *bonum et aequum* otorgando prevalencia a la idea de la legalidad esclava de los intereses de los Estados. Al mismo tiempo, se produjo una segunda ruptura: se predica una responsabilidad que se atribuye desde afuera, en forma objetiva, a centros de imputación –con frecuencia colectivos– que realizan la producción industrial. Así, según exigencias de la seguridad y la salud, el derecho penal se transforma en un instrumento de la política criminal y los contornos del tipo penal se operan a través de jueces y fiscales en prevención de las consecuencias futuras del “riesgo” progresivo de la producción industrial. La nota dominante es el “riesgo” colectivo y no el “hecho”.

Palabras clave: Orden - Tradición - Derecho penal - *In dubio pro reo* - Dolo - Culpa - Error - Delito - Prueba penal - *Unus testis nullus testis* - Inocencia - Reincidencia - Imputación penal - Centros de imputación - Responsabilidad penal del ente colectivo.

* Profesor Ordinario de Derecho Penal en la Escuela de Derecho de la Universidad de Padua, donde imparte clases de Derecho Penal I (en el grado básico de Derecho) y Derecho Penal Comparado; Profesor Honorario de Derecho Penal I y II en la Facultad de Derecho de la Universidad de Innsbruck, en el ámbito del *Institut für Italienisches Recht*; Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Europea de Roma, donde imparte clases de Derecho Penal I y II como parte de la Maestría en Derecho. El presente texto corresponde a la conferencia dada por el autor en las XVI Jornadas abiertas de profundización y discusión sobre el tema “Experiencia social, tradición y derecho”, en el marco del Doctorado en Ciencias Jurídicas, realizadas del 2 al 4 de septiembre de 2013 en la Facultad de Derecho (UCA), con la co-organización de la Universidad de Padua y la dirección del Profesor Dr. Félix A. Lamas.

Abstract: The criminal offense is what tradition, lived in the experience of family and community, allows each recognized as a serious departure from the true, the good and right. The basis for criminal imputation is punishable, the recognition of belonging to the subject of crime and its causes. It attempts to show how this link with criminal law legal tradition suffered two breaks: the enlightenment and kantian legal imputation of its moral foundation was removed and the coding unit broke universal criminal law founded in *bonum et aequum* granting precedence to the idea of the legality of the slave interests of States. At the same time, there was a second break: a responsibility that is attributed from outside, objectively, a complaint centers –often collective– performing industrial production is predicated. Thus, according to the requirements of safety and health, criminal law becomes an instrument of criminal policy and criminal contours are operated by judges and prosecutors in preventing future consequences of the progressive “risk” industrial production. The dominant note is the collective “risk” and not “fact”.

Key-words: Order - Tradition - Criminal law - Guilt - Criminal trial - Innocence - Recidivism - Criminal complaint - Complaint centers - Criminal liability of the collective entity.

1. El orden jurídico y la tradición

En su libro *El orden jurídico medieval*, el historiador del derecho italiano, Paolo Grossi, ha mostrado claramente el carácter tradicional del derecho intermedio, inspirado en una antropología y en una teología del orden. Remitiéndose a Santo Tomás de Aquino, Grossi recuerda que, ante el desorden instaurado en la vida cotidiana del hombre, la antropología medieval “siente imperiosamente la necesidad de remitirse a algo que esté más allá y por encima de lo cotidiano, a una dimensión de lo físico y de lo social que capte las situaciones individuales, nunca independientes la una de la otra, sino bien al interior de la pluralidad, y muchas veces compuestas jerárquicamente”. Como dice Tomás: “[...] ordo enim rerum ad invicem est bonum universi. Nulla autem pars perfecta est a suo toto separata” (*Summa Theologica*, Pars prima, q. 61, Art. 3º). En las turbulencias de la cotidianeidad y de las miserias existenciales hay una realidad meta-humana, el orden recíproco de las criaturas entre sí, el orden de los accidentes con las sustancias, el orden de las criaturas con la divinidad, que constituye la garantía de la paz, también social y política, en la unidad y la organicidad del universo entero. De este modo, el mismo Tomás hace notar en la *Summa* la multiplicidad de niveles del orden que armoniza en la unidad las relaciones entre el hombre y las cosas, de los hombres entre sí y entre el hombre y Dios: “[...] est autem duplex ordo considerandus in rebus, unus quo aliquid creatum ordinatur ad aliud creatum, sicut partes ordinantur ad totum et accidentia ad substantias et unaquaqueque res ad suum finem. Alius ordo quo omnia creata ordinantur in Deum”.

A este orden pertenece también la sociedad y su estructura más profunda, es decir, el derecho. El mismo Grossi señala: “[...] el derecho, el verdadero, que no es la violencia legal del príncipe tirano, pertenece a la dimensión ordenadora, es *ordo*; es componente primario del orden general”. El orden del derecho es esencialmen-

te tradicional; nadie ha sido designado para inventarlo, pero todos contribuyen a descubrirlo, cada uno según sus propias competencias. Una función esencial en el proceso de descubrimiento y de reconocimiento del derecho, como algo que es anterior a la voluntad de las personas y que se encuentra en la *ipsa res iusta*, es propia de los expertos, de los doctores que no tienen poder de gobierno, ni la voluntad de transformar lo existente, sino solo la autoridad que les deriva de la ciencia y la prudencia, experimentada en los *consilia* provistos *pro veritate* a los magistrados, para mejor cumplimiento de sus funciones públicas, y a los particulares, para más eficazmente hacer valer sus derechos o defenderse contra las pretensiones punitivas de la jurisdicción penal.

En este marco, el derecho por excelencia es el que hoy llamaríamos civil, el derecho de las cosas y de las obligaciones, que conoce un progreso sólido y continuo en virtud de su relación con la tradición, de modo que de las cosas antiguas se extraigan soluciones siempre nuevas a la luz de los principios de lo verdadero, lo bueno y lo justo, que son inmutables. La tradición, enraizada en la verdad de los principios y en la certeza de los monumentos del pasado, asegura un progreso sin sobresaltos y en perenne adecuación a las necesidades que sucesivamente se presentan a la atención de los así llamados “operadores jurídicos” (*pratici del diritto*), es decir, los magistrados y los abogados, que resuelven los casos apelando a la sabiduría de los doctores; en cierto modo, a las Universidades, que conocieron en la Edad Media el ápice de su fortuna.

2. Huellas de la tradición en el derecho penal

También el derecho penal, que es sin embargo el derecho aparentemente más próximo al poder, y que, por lo tanto, nos parece a nosotros, influidos por siglos de positivismo jurídico, como el más sujeto a los cambios en función de las necesidades de estabilización del poder, conoce un crecimiento en el respeto de la tradición. Los doctores cincelan en sus comentarios los *loci* jurídicos que focalizan la vía racional para la solución del caso concreto. Estos *loci* aparecen a veces como contradictorios entre sí. Pero la contradicción es aparente, porque estos *loci*, afinados por el incesante trabajo de la tradición, abren múltiples vías, añadiendo un *logos* que es diverso cada vez, pues debe encontrarse hermenéuticamente con el *logos* que surge de la evidencia de la situación concreta.

Giacomo Menochio es uno de los más insignes juristas de la tradición italiana. Él representa, a la par con el gran Tiberio Deciani, fundador del derecho penal en la Universidad de Padua, el *mos italicus*. En relación crítica con el *mos gallicus*, que querría modificar el derecho al modo humanista, simplificando y reduciendo las referencias a las fuentes tradicionales, los partidarios del *mos italicus* no renuncian en sus obras a exponer la rica trama de los aportes tradicionales. Esto que parece a primera vista contradictorio constituye en realidad la consolidación de razonamientos articulados y complejos, que no resuelven directamente los casos pero, más simplemente, indican el camino por el cual el juez podrá encontrar la solución justa.

Menochio, en el libro V, dedicado al derecho criminal, de los *Commentaria De praesumptionibus, conjecturis, signis, et indiciis*, publicado en primera edición en

1589, recoge nada menos que cuarenta y nueve “nudos” conceptuales y prácticos relativos al derecho penal y al derecho procesal penal, articulando alrededor de cada una de estos “nudos” decenas y decenas de *loci*, que estigmatizan, según el sentido de la tradición, las diversas formas que se abren lógicamente al juez para resolver los casos.

Algunos ejemplos no serán inoportunos. La primera *praesumptio*, que de alguna manera funda todas las demás, porque tiene raíz metafísica, dice así: “Hominem sui natura bonum praesumi ex multorum sententia et quando minime bonus praesumatur, varie declaratum”. El capítulo se desarrolla en treinta y nueve proposiciones que resumen el sentido de la tradición teológica, metafísica y jurídica con concisión y profundidad admirable. El *incipit* del capítulo dice así: “[...] ya que debemos razonar en este libro sobre las presunciones, conjeturas y los signos relativos a los maleficios y los delitos, es necesario preguntarse en primer lugar si el hombre debe ser considerado bueno o malo”. De esto, en efecto, “sicuti res omnes a sua origine, multa fluunt et declarantur”. Después de citar la opinión de Aristóteles y los pasos del *Génesis*, del *Eclesiastés*, de los *Salmos* y de San Pablo en la carta a los Romanos, Menochio acoge la opinión de Tomás. En primer lugar, a la manera de *quaestiones* filosóficas, enuncia las respuestas con las que el Aquinate resuelve los problemas planteados por los *dicta* del Filósofo y de las Escrituras; después el Doctor Angélico refiere: “Aliqui vero in ea fuerunt sententia, hominem a natura bonum esse, id quod scripsit Divus Thomas 12, quaest.62, Art. I, cum dixit, unam esse hominis foelicitatem humanae naturae proportionatam, ad quam homo pervenire potest per principia suae naturae. Sensit ergo Sanctus Doctor naturae principia esse bona, secundum quae et ipsam foelicitatem assequi possumus”. Del principio metafísico Menochio recoge una serie de declaraciones sobre las variadas situaciones posibles que permiten al juez identificar la solución proporcionada al caso.

El segundo capítulo se centra en el llamado principio del *in dubio pro reo*, que los juristas contemporáneos creen a veces que ha sido tomado del derecho anglo-americano, concisamente resumido en la fórmula: “Deliquisse neminem praesumi multis comprobatur, egregiisque aliquod declarationibus explicatur”. En este capítulo se enuncian sesenta *tópoi*, que exploran en profundidad en la experiencia recibida por la tradición para abrir el camino al intérprete. Entre las muchas joyas que Menochio recoge de la tradición deseo referir al menos dos: “Actus quando potest referri ad bonum et ad malum, debet in dubio referri ad bonum” (6) y: “Verba ita debent intelligi, ne sonent in delictum” (7).

El tercer nudo de derecho penal sustantivo y procesal concierne el dolo y la culpa, su diferencia, la diferencia entre el dolo y el fraude. Se recogen en este capítulo ciento treinta y ocho *loci*, que expresan la experiencia de los prácticos del derecho, afinada por la filosofía moral y la ciencia metafísica de los doctores. Una breve mención al tema del error. Los *loci* 31 y 35 proporcionan la dirección que todavía hoy la ciencia jurídica contemporánea considera más adecuada a la dignidad de la persona: “[...] in iure praesumitur potius error quam dolus” (31); “[...] in facto potius error praesumitur quam dolus” (35). Nótese: no se dice, al modo moderno, en vía general y abstracta, que el error de derecho no excusa y el error de hecho sí excusa, sino que vale un pre-judicio favorable al sujeto, en relación tanto al error de derecho como al de hecho. Corresponderá al juez vencer la presunción reconocida a favor del acusa-

do. Tampoco la culpa puede ser presunta (125) y debe ser probada específicamente (137). La tradición, basada en la experiencia, rige la interpretación, no la voluntad del legislador o el arbitrio del juez.

No puedo referir aquí las reglas probatorias, todas ellas a favor del acusado, relativas a los delitos de herejía. Me interesa dar cuenta, aunque sea brevemente, de algunos *loci* relacionados con el amor a la patria y las obligaciones de los ciudadanos hacia ella, los cuales fundan una serie de normas legales. La casa debe ser amada como algo esencial, después de Dios y de los padres. Esto lo manda el *ius gentium*. Por eso, se presume que cada uno ama a su patria. Quien no ama a su patria debe ser considerado impío. En la administración de la cosa pública deben preferirse los ciudadanos nacidos en la ciudad, por ser más idóneos para administración, que los recién llegados. El realismo enseñado por la tradición aleja los humos de un ideologismo que equipara inmediatamente, sin ningún discernimiento relativo a la idoneidad para respetar los deberes dictados por la República, a los ciudadanos antiguos, nacidos de familias que han honrado a la patria, con los recién llegados, que todavía deben demostrar su capacidad y su honorabilidad.

Menochio expone a continuación dos reglas que la tradición filtrada por la experiencia aconseja para la salud de la República: es justo presumir que la aman más los que tienen hijos que aquellos que no los tienen. Claro, se puede presentar prueba contraria. Sin embargo, en ausencia de hijos, los cargos públicos deben ser asignados preferiblemente a la primera categoría de personas. La tradición hace filtrar en el derecho también la siguiente regla fundamental, que hoy consideraríamos de tipo demográfico: los hombres son más importantes que las riquezas, a fin de “Reipublicae interest plures homines nasci, et civitatem hominum copia repleti magis quam divitiarum” (*Praesumptio* XII, 7).

Los capítulos XXII y XXIII se refieren a las valoraciones probatorias relativas a la falsedad de los testigos. Se trata de precipitados de experiencia transmitidos por la tradición. La regla del capítulo XXVII se refiere al tema del concurso en el delito cometido por el hijo, el siervo o el amigo, por parte de una persona que ejerce autoridad sobre ellos. En contraste con la regla de la sospecha, que goza del consenso de las autoridades judiciales del mundo contemporáneo, en el derecho tradicional la paternidad conserva su valor. De lo cual se sigue que no se puede considerar responsable, salvo prueba contraria, al señor por el delito cometido por el siervo o al padre por el delito cometido por el hijo (*Praesumptio* XXVII, 2, 6).

Interesantes son los *topoi* enunciados en el capítulo XXXII. Básicamente se trata allí el problema de la reincidencia. Contra aquel que ha delinquido vale la presunción en su contra. La puede superar, pero le corresponde a él proveer la prueba contraria. La penitencia realizada, sin embargo, elimina la presunción contraria.

De gran interés es el capítulo XXXIV, relativo precisamente a la importancia de la tradición en el derecho. El punto de partida está en esto: que es mejor atenerse a la tradición que a las novedades. Dicen los *loci* 1 y 2 que la curiosidad por las cosas nuevas resulta muy sospechosa a las leyes, porque: “Novitates solent dissidium parere”. Esto vale sobre todo respecto a quienes administran la cosa pública o la justicia: “Innovantes regimina et administrationes civitatis, habent praesumptionem contra se, et suspicione non carent” (5). Y el juez que induce, contra la antigua práctica de la curia, un estilo o una nueva forma de citar: “Suspectus habetur, et

contra eum praesumitur” (6). Del mismo modo debe ser observada la interpretación habitual de los estatutos antiguos (9). De hecho: “Novitates arguunt fraudem” (13). También la autoridad política debe respetar la tradición: “Princeps nullo modo debet innovare divisiones feudorum, quae semper indivisa permanserunt” (14).

Numerosas son también las presunciones a favor de la inocencia del acusado. Se toca aquí la cuestión tan delicada de la prueba penal. El derecho moderno, a partir de la Revolución Francesa y de los códigos nacidos de ella, eliminó las denominadas pruebas legales y se fío exclusivamente del libre convencimiento del juez. Pareció a los modernos –y esto ha sido objeto de enseñanza indiscutida casi ininterrumpidamente durante dos siglos– que el libre convencimiento del juez jurisdiccional garantiza mejor la justicia de la decisión. Esta afirmación ha sido puesta en duda en el plano epistemológico. Ciertamente, es necesario entenderse. La prueba legal insuperable *iuris et de iure*, que no admite prueba contraria, no puede ser aceptada *in criminalibus*. Pero las presunciones probatorias del derecho intermedio no integran pruebas legales *iuris et de iure*. Por lo demás, valían tendencialmente a favor del acusado, y no en su contra.

Todos recordamos el *unus testis nullus testis*. Es una garantía a favor del acusado. Otros testigos pueden ponerse de acuerdo entre sí para acusar a una persona; pero es más difícil que se verifique este acuerdo respecto a que uno solo se determine a la calumnia; y, en todo caso, es menos difícil de desenmascarar el acuerdo criminal, ya que es más posible hacer emerger las contradicciones cuando son dos los que hablan que cuando es uno solo. Por lo tanto, el acusado está mejor garantizado por tal presunción que por el libre convencimiento de un juez que puede condenar sobre la base del testimonio de un solo testigo. Por lo general, el testimonio de dos testigos puede evitar el error cometido en buena fe; minimiza la posibilidad de acuerdo calumnioso. Pero un solo testigo no solo puede equivocarse fácilmente mal, sin encontrar la corrección de otros, sino que puede también calumniar. *Unus testis nullus testis* expresa una garantía de que la tradición filtra de la experiencia ofreciéndola al juez como una guía a fin de que no se fíe demasiado de su convencimiento personal.

En el capítulo XLVIII, Menochio comienza su discurso proclamando la libertad de prueba en orden a la inocencia del acusado: “Innocentiae vis magna est, quae, ut detegatur, semper admitti debent probationes”. La prueba de la inocencia siempre es admitida. Hay, sin embargo, presunciones a favor del acusado. Menciono algunas: si el acusado, que podría escapar, no huyó. Este es un elemento a su favor. Aún más válida (*validior conjectura*) es la presentación espontánea del acusado ante el juez. Y aún más eficaz es el signo de inocencia cuando el acusado entra espontáneamente en la cárcel. La cuarta conjetura de inocencia se refiere a que la acusación haya surgido demasiado tardíamente. Otro indicio a favor es la disculpa del socio en el delito, cuando éste está por morir y ha sido precisamente él el acusador: esto porque debe presumirse que, al momento de la muerte, el malvado diga la verdad, más que una mentira, en virtud del arrepentimiento que se presume que desee encontrar el umbral de la vida eterna.

Estas proposiciones son el precipitado de una sabiduría práctica transmitida por tradición. Por supuesto, no son reglas infalibles. Se trata simplemente de los rasgos de un camino que la experiencia y tradición ofrecen útilmente al juez en el difícil arte de juzgar. Es mejor juzgar con la guía de la experiencia que confiarse únicamen-

te a la propia inteligencia o incluso a la propia sensibilidad. Las pruebas legales, enriquecidas y consolidadas por la tradición, son barreras para el arbitrio del juez, para su inexperiencia, para su superficialidad, o incluso, para su propio perjuicio.

3. El giro codicístico y la ruptura con la tradición

Como hemos visto anteriormente, el derecho según la experiencia y la tradición no gusta de la búsqueda de la novedad por la novedad. El juez tiene que atenerse a la tradición. La tabla de los actos malos y de los delitos es estable. Los estatutos de las ciudades individuales no crean nuevos preceptos. Los preceptos provienen de la costumbre y de la tradición del antiguo derecho romano, adaptado poco a poco a los nuevos problemas. Tampoco el derecho penal, como no lo es el derecho civil, es utilizado por el poder como instrumento tiránico de control social. El campo del derecho es sustraído al poder. El orden jurídico vive su vida en la dimensión de la continuidad, sin sufrir las contorsiones de la vida política, de las luchas de poder y de las guerras. Sobre todo, el derecho penal aún no conoce la dilatación de la responsabilidad penal para efectos de prevención político-social. El fundamento de la punibilidad está en la imputación, es decir, en el reconocimiento de la pertenencia del delito al sujeto como a su causa. El delito es aquello que la tradición, vivida en la experiencia de la familia y de la comunidad, permite a cada uno reconocer como un grave alejamiento de lo verdadero, lo bueno y lo correcto.

El derecho penal, en el decisivo giro del siglo XVIII, ha cortado el vínculo con la tradición y con la regla de lo verdadero y de lo justo. La Revolución Francesa y la época de la codificación han marcado, también para el derecho penal, una ruptura. El punto fundamental está en la laicización de la imputación penal. Explicar su sentido profundo no es fácil. Dicho en síntesis, la ruptura está en la separación del derecho de la moral. No necesariamente en cuanto al contenido de los preceptos, sino ciertamente en cuanto al fundamento de la sanción. En el plano del contenido de los preceptos, por una parte, desaparecieron del derecho penal los antiguos delitos contra la religión y contra las *res* religiosas, desde la herejía a la blasfemia; del sacrilegio a la simonía. Por otra parte, los *crimina lesae maiestatis* sufrieron una transformación en crímenes contra la personalidad del Estado. Pero la tabla de los preceptos, diversos de estos mencionados, no sufrió cambios decisivos y los viejos textos encontraron una simple reescritura en las obras de codificación liberales, desde el *Code pénal* francés, que fue el primero en aparecer en 1810, como fruto de la labor legislativa de Napoleón Bonaparte, hasta el código bávaro de 1813, el prusiano de 1851 y los diversos códigos de los Estados italianos antes de la unidad, entre los que merece ser recordado el toscano de 1853, por su vínculo con la tradición precedente del derecho intermedio.

Un cambio importante se produjo en el plano de la doctrina, porque los doctores, anclados en el antiguo *mos italicus*, con trataciones teórico-prácticas llenas de casos y referencias ininterrumpidas a la tradición jurídica precedente, así como a explicaciones jurídicas enriquecidas con reflexiones de filosofía moral, siempre atentos a las opiniones de los doctores precedentes, fueron sustituidos en la guía científica por los penalistas-filósofos, inspirados en la ideología del iluminismo ju-

rídico y, en particular, en la idea contractualista del origen del Estado y en el utilitarismo ético.

Por este aspecto, el cambio fue radical. Los nuevos penalistas ya no escriben en latín, sino en los idiomas nacionales. La unidad lingüística se pierde y el derecho, de universal que era para la entera *respublica* de los juristas europeos, se hace nacional.

El malestar por la ruptura de la tradición es evidente en Luigi Cremani, nacido en 1748 en tierra de Siena y profesor de la Universidad de Pisa, el último gran penalista en escribir sus obras en latín. Él fue, como se lee en la premisa de presentación de su monumental obra magistral, *De jure criminali libri tres*, “llevado”, “por la índole del propio ingenio, y también por la naturaleza de sus estudios” (pues fue cultor amatísimo de las ciencias positivas y de la erudición, en las cuales fue excelente y superó a todos los publicistas contemporáneos), “a las filas de aquellos que se opusieron al torrente de las cosas nuevas, y hacían tesoro de las antiguas doctrinas para transmitir las a las generaciones futuras”.

En el prefacio en latín a la obra el mismo Cremani, asombrándose del hecho de que se empequeñeciera el derecho penal cuando había más necesidad de él para la salvación de la civilización, observa que muchos juristas “novitatis cupidiores, quam veritatis” han adquirido la costumbre de “vituperare” “quaecumque antea inter homines recepta”. Tales escritores, entre los que destacan los iluministas franceses, usurpan la función propia del jurista, pues mientras exaltan sus propias obras, no se ocupan de las de los antiguos y expresan sus sentencias refiriéndose únicamente a las instituciones de su nación, en lugar de a la “cosa” completa (“*ex ipsa re cuncta metiri*”). Sus flechas se dirigen en particular contra el “héroe” de la nueva ideología penalística francesa, Jacques Pierre Brissot de Warville, y su *Theorie des loix criminelles*, de 1781, construida sobre la noción iluminista de las ideas geométricas claras y distintas, y para nada atenta a la tradición antigua. Obra que reveló un espíritu no lo suficientemente sabio, que poseía sí amplios conocimientos, pero que proponía remedios más perniciosos que los mismos vicios denunciados. Remedios, por otra parte, situados en la mente de aquellos que “siguen el camino de la imaginación más que de la razón, y no conocen ni la naturaleza, ni las costumbres de los pueblos, ni el derecho, ni el *bonum* y el *aequum*; nada ven, ni lo mejor, ni lo peor, ni lo que es beneficioso, ni lo dañino; ven solo lo que da placer”.

Los códigos nacionales, por una parte, rompen la unidad del derecho penal universal, fundado en el *bonum et aequum*, confirmado por el uso común de la lengua latina, introduciendo la idea de la legalidad vasalla de los intereses de los Estados. Por otra parte, la doctrina pierde la continuidad con la tradición precedente, instando a la ambición de cada estudioso para desarrollar teorías o sistemas originales.

El momento decisivo de la ruptura, sin embargo, como se mencionó antes, está en la revolución del concepto de imputación jurídica, separada de la imputación moral. El fundador de la nueva imputación es Anselm Feuerbach, cuya obra, significativamente titulada *Die Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Recht*, pone en la sola ley del Estado la nota de la juridicidad y hace del ciudadano el destinatario de una amenaza dirigida a disuadirlo de cometer delitos en virtud del temor a la pena. De modo que viene a perderse, con esta obra, síntesis del iluminismo y del kantismo, la idea fundamental de la pertenencia intrínseca de

lo justo o no la misma acción humana para la congruencia o la incongruencia de los fines del acto humano respecto al fin participado por cada uno del *logos* estimativo contenido en el precepto de la ley. El resultado de la legalidad estatal en la tragedia de los totalitarismos modernos vino a rasgar la cortina de la mentira liberal. El derecho penal, convertido en instrumento del poder, llegó a ser en el Estado del terror nacionalsocialista o en el campo de concentración del comunismo soviético expresión de la tiranía. No más derecho, sino poder brutal, realizándose de este modo la teoría kelseniana que, “purificando” el derecho de cualquier valor residual, redujo su fundamento al puro poder.

4. La desaparición de la tradición en el derecho penal contemporáneo

Terminada la época del positivismo y de la penalidad que emana de una legalidad estatal, parecía a algunos que este resultado podría propiciar la reapertura hacia un derecho adecuado hermenéuticamente a la justicia, en el cual el hecho se vinculase a la norma mediante la *convenientia* recíproca, de modo que la *ratio iusti et iniusti* inherente al hecho encontrase correspondencia con el juicio estimativo de los fines contenido en la norma.

Nada de esto ha ocurrido. De hecho, todo lo contrario, en la época contemporánea ha literalmente explotado la idea de la responsabilidad, como dijo icásticamente Paul Ricoeur en su escrito, *Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique*. Una idea enloquecida de responsabilidad, porque funciona sin una adecuada imputación del hecho y de su valor al sujeto; una responsabilidad omni-invasiva y adscrita *ab extrinseco* al sujeto por miedo o por resentimiento, en una perspectiva funcionalista que se adecua a las necesidades de la política criminal. De aquí surge una siempre mayor intrusión de la amenaza penal sobre la libertad, sobre la privacidad, sobre la propiedad y sobre todos los bienes estrictamente personales. La transformación de la responsabilidad subjetiva de la persona en responsabilidad objetivo-sistémica adscrita a centros de imputación preconstituidos, la mayor parte de las veces individualizados en los centros de interés que ejercen la actividad económica y productiva, es evidencia concreta que se puede encontrar en la experiencia cotidiana de las aulas de justicia.

Parecen perderse, así, los valores de legalidad y certeza propios del derecho penal liberal, tanto que alguno, entre los penalistas más influyentes, como, por ejemplo, Winfried Hassemer, propuso un retorno al “bueno y viejo derecho penal liberal” (*gutes, altes liberales strafrecht*), dirigido sobre todo a la tutela de los bienes jurídicos individuales y limitado a la previsión de los delitos de peligro concreto.

El deslizamiento hacia una responsabilidad objetiva, por el “rol” asumido, es fácilmente constatable tanto en el plano de la ciencia penalística, como en el de la experiencia jurisprudencial. En Alemania, en Italia y en toda Europa se han multiplicado los estudios que, dando por sentado el cambio de paradigma penalístico, se han dedicado a la descripción de un “derecho penal del riesgo”, en el cual son esenciales el enfoque preventivo y la perspectiva pronóstica. En Italia, la jurisprudencia está a la vanguardia en el perseguir la responsabilidad, siempre lo más alto posible, entre los empresarios, los administradores públicos y los científicos, por no haber impedi-

do, estos últimos, las mismas catástrofes naturales. Significativa a este respecto es una reciente sentencia del Tribunal italiano de L'Aquila, que condenó por homicidio culposo a los científicos miembros de la Comisión Ministerial "Grandes riesgos", por no haber sabido predecir los efectos desastrosos del terremoto y, por lo tanto, paradójicamente, por haber causado la muerte de decenas de personas.

Toda tradición, incluso la más modesta y elemental transmisión por vía de experiencia de una sabiduría práctica en el gobierno del juicio penal, se deja de lado. Se está generando de este modo un cortocircuito entre derecho penal, política criminal e instancias de seguridad. De esto surge la despiadada invocación a la penalización, concebida enfáticamente como panacea totalizante de prevención tendencialmente absoluta. El derecho penal, en su inevitable estaticidad prescriptiva, parece obsoleto e inadecuado; la política criminal, sustituyendo al derecho y prometiendo seguridad *pro futuro*, se esfuerza en vano en proveerla, ante la continua apertura de nuevos frentes de incertidumbre. La instancia de seguridad, que encuentra en la política una respuesta insuficiente, por ser demasiado lenta o demasiado tenue o incompleta, se dirige entonces a la magistratura, a fiscales y jueces, para que esta opere según el modelo del juez "global" omnisciente, que esculpe los contornos del tipo penal sobre la base de las exigencias de la seguridad y de la salud que surgen progresivamente de la cada vez mayor representación de los riesgos inherentes a la producción industrial y la complejidad del entrecruzarse de las diversas funciones sociales con los innumerables eventos naturales que amenazan a la sociedad.

Lo que más importa notar, en el plano teórico, es la dilatación de una responsabilidad sin una base imputativa adecuada. En la delimitación sociológica de un riesgo omnipresente, así como en la reflexión filosófica, además de la escuela de Hans Jonas, sobre una responsabilidad también por las consecuencias futuras no calculables al momento del acto, ha venido dándose la transformación progresiva, por vías internas y parcialmente autónomas, del mismo derecho penal, en el cual la nota dominante ya no es el concepto de "hecho", sino el de "riesgo".

La noción fundamental, que la tradición nunca ha olvidado y que aún se encuentra en el léxico jurídico ("imputabilidad", "imputado"), es la imputación, que designa, como enseña Félix Adolfo Lamas, la pertenencia íntima del hecho a la persona, tanto en la dimensión físico-psicológica, como en la dimensión de los valores.

Como resulta claro de la etimología, la dialéctica entre imputación y responsabilidad corre sobre dos relaciones categoriales diversas, aunque contiguas. La imputación predica la relación del sujeto con la transformación significativa del mundo producida por su acción. La responsabilidad, la relación entre el sujeto y la comunidad en función de la transformación por él producida con la acción. Los dos términos, por lo tanto, evocan situaciones contiguas, pero distintas. El primero tiene que ver con la esfera del ser. La imputación presupone el reconocimiento ontológico de la modificación observada y su pertenencia a un sujeto en particular, como a su "causa moral". El juez, una vez reconocido los elementos fácticos y valoriales como propios del sujeto, se los imputa.

En el derecho contemporáneo la responsabilidad está sofocando a la imputación. El derecho penal se convierte en vasallo del poder. En la sociedad globalizada el poder ya no se identifica con el Estado. No por esto, sin embargo, disminuye el poder. Se trata, solamente, de un poder más fugaz, más impersonal, más objetivo,

más anónimo, más amenazante. Correlativamente al eclipse del poder visible e identificable aumentan sin medida las interferencias del derecho penal con los derechos de libertad, de privacidad y de propiedad de los ciudadanos. El derecho penal, de instrumento delicado, que se debe utilizar como *extrema ratio*, que puede desembocar en la aplicación de la pena cuando sea cierto el hecho deducido de la imputación, es decir, cuando sea cierta la plena pertenencia del hecho al sujeto, se transforma, en la lógica responsabilitaria, en el instrumento utilizado para lograr los fines de seguridad que la política criminal, agitada anónimamente por los temores y resentimientos irracionales que recorren el cuerpo social, o bien por los intereses transmitidos por los poderes “fuertes”, considerada gradualmente como más conforme con el interés colectivo.

Se está consumando, así, una segunda ruptura de la tradición de un derecho penal que respete la naturaleza creatural y finita del hombre, hecho sí a imagen y semejanza de Dios, pero limitado en sus capacidades y posibilidades concretas. Tras la separación de la imputación de su fundamento moral, que tuvo lugar en el momento de la formación de los códigos liberales, está teniendo lugar ahora una segunda ruptura, que predica y practica una responsabilidad sin imputación. Responsabilidad vuelta loca, que un poder anónimo y colectivo atribuye desde fuera a centros de imputación, cada vez más frecuentemente colectivos, mediante el nuevo instituto de la responsabilidad penal del ente colectivo, para tranquilizar a la humanidad del miedo a la muerte, en un esfuerzo titánico, de signo igual y contrario a aquel esfuerzo que desencadenó los enormes riesgos de la sociedad tecnológica. El poder colectivo vuelto loco, casi un dios juez global en la tierra, piensa resolver con la responsabilidad penal colectiva los problemas que solo el reconocimiento por parte del hombre de su propia finitud podría, si no resolver, al menos comenzar a mover hacia una ardua pero no imposible solución.