

RELACIÓN ENTRE LA ÉTICA Y EL DERECHO EN LA ACTUAL DINÁMICA LEGITIMADORA DE LA NORMA PENAL

RAÚL CERVINI*

Sumário: 1. Planteo — 2. Esquema del debate histórico — 3. Sentido de la evaluación moral para un Derecho Penal de perfil garantizador

1. Planteo

Constituye para nosotros un inmenso honor haber sido convocados a reflexionar con ustedes sobre un tema relevante como lo es el de las relaciones siempre fermentales y dinámicas entre la Moral y el Derecho.

Y no es casual que el ámbito de exposición sea precisamente éste, el de la XV Conferencia Nacional de la Orden de Abogados de Brasil, ya que esta asamblea de ciudadanos dignos en la historia reciente supo hacer primar, a través del Derecho, el universo ético del pueblo de Brasil sobre los desbordes de un Poder corrupto, con una actitud valerosa y responsable que nos dignificó a todos los hombres de Derecho.

En el decurso de este trabajo procuraremos esbozar ciertas aristas notables del tan debatido relacionamiento entre el Derecho y los Valores Éticos, un tema aparentemente teórico pero que, espe-

cialmente dentro del área del Derecho Penal, cobra una natural y trascendente proyección sobre las garantías del Hombre concreto al cual el Derecho en su conjunto debe servir.

Normalmente se señala que durante un largo período histórico — coincidente en grandes líneas con el Iusnaturalismo — el Derecho en su conjunto y el Derecho Penal en particular estuvieron confundidos en sus rasgos esenciales con la Ética y la Teología, al punto de que, durante las primeras fases de la evolución del Derecho Penal, éstas condicionaron y determinaron de un modo directo su alcance y contenido.¹

También se suele expresar que las acaloradas discusiones en torno al tema "Derecho-Moral" se gestan a partir del momento en que Christian Thomasius, a fines del siglo XVII y comienzos del XVIII, propuso no solamente la tesis de la separación del Derecho y la Moral, sino también de la Política.²

* Cervini, Raúl: Profesor Adscripto Grado 4 en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República; Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga; Secretario General para América Latina del ICEPS (International Center of Economic Penal Studies).

(1) Polaino Navarrete, Miguel: "Derecho Penal, Parte General", Tomo I, Edit. Bosch, Barcelona, 1990, p. 220 y ss. En el mismo sentido: Devlin, Patrick: "The Enforcement of Morals", Edit. Yenser, N. J., 1984, p. 36.

(2) Llompart, José, S. J.: "Teoría y Realidad del Derecho", Colección Jornadas Académicas

En realidad, esta polémica nace mucho antes. Una revalorización objetiva de conceptos permitirá no sólo flexibilizar la apreciación histórica del mencionado debate Derecho-Moral sino también, y principalmente, plantear una inquietud que atañe en forma directa e inherente al Derecho Penal y a sus garantías. Ocurre que a lo largo de la referida polémica sobre la influencia de los preceptos éticos sobre las normas jurídicas en general y penales en particular, por medio de una desnaturalización parcial de las raíces filosóficas originales de las teorías involucradas, se pasó de un extremo a otro, de la plena confusión del Derecho con la Moral a la propugnación de un Derecho secularizado meramente utilitario, básicamente apartado de las valoraciones éticas y morales.

A nuestro juicio, esta radicalización maniqueísta en el enfoque no se corresponde ni con la historia del pensamiento ni con la esencia del Derecho, ya que resulta tan peligroso sostener la proclamada identificación entre el Derecho y la Moral como el divorcio total entre ellos. Tanto disociando como identificando el Derecho con la Moral, la discrecionalidad del Estado desbordará todo control en detrimento de los derechos del individuo.

2. Esquema del debate histórico

2.1 Ante todo debe expresarse que una observación atenta permite concluir que, en rigor a la verdad, ningún autor iusnaturalista afirmó sencillamente que el Derecho y la Moral son lo mismo, que son dos nombres distintos que expresan la misma cosa y la misma realidad. Por otra parte, tampoco hemos

podido encontrar ningún autor positivista que afirme que *en la realidad y de hecho* el Derecho prescinda de la moralidad.³ Esta primera reflexión nos permitirá más adelante ensayar, con un enfoque realista, cierta amalgama de conceptos que, desde otras bases, se verían como inconciliables.

2.2 Hay otro elemento que no debe pasar inadvertido y se vincula directamente con la génesis de este tema: el *planteamiento global y, por lo tanto, abstracto* del problema Ética-Derecho pertenece ciertamente a la Edad Moderna y también a la actualidad, pero su *planteamiento concreto* y los intentos de solucionarlo son muy antiguos,⁴ aunque poco conocidos. Sócrates sabía que moría con la conciencia tranquila com víctima de unos hombres que aplicaban la ley injustamente y, sin embargo, no quiso sustraerse a esa decisión injusta tratándose de su persona. La posición de Sócrates puede ser discutible y para muchos no del todo comprensible, pero ella encierra un compromiso y un planteamiento claro del problema del Derecho y la Moral.⁵

Por su parte Aristoteles afirma en un pasaje de su libro *solve la "Política"* (Lib. 3, Cap. 4), que para ser "un buen ciudadano" hace falta cumplir todas las leyes del país, pero esto no es garantía de ser sencillamente un "hombre bueno" y perfecto.⁶

(3) Llompart, José, S. J.: "Teoría y Realidad del ...", op. cit. supra, p. 98 y ss.

(4) Hubner Gallo, Jorge I.: "Derecho y Moral", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N.º 8, 1990, Homenaje a Norberto Bobbio, Edit. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso, 1990, p. 267 y ss.

(5) Aguilera, Concha (coordinadora): "Historia del Pensamiento, vol. 1, Filosofía Antigua, Comienzos de la Patrística", Sarpe Editores, Barcelona, 1982, Cap. VII (Sócrates), p. 87 y ss.

(6) Ibidem, Cap. XI (Aristóteles), p. 205.

11. Universidad de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Escuela de Derecho, Valparaíso, 1989, p. 97.

También Santo Tomas de Aquino ("Summa Theologie", I-II qu. 96 — art. 2) afirma claramente que el legislador de la ley humana no puede castigar todo lo que moralmente está prohibido. Indudablemente el "bien común" de los escolásticos tenía también, *aunque no exclusivamente*, el sentido del bien moral, pero Suarez ("De la Ley", II-10), enriqueciendo la concepción, también nos habla del "bonum politicum" y considera a la moralidad como condición indispensable pero *no suficiente* para conseguir esse "bonum politicum" que es el bienestar social de la comunidad.⁷

Estos ejemplos demuestran a las claras que ya en la Antigüedad y en la Edad Media no se confundía el Derecho y la Moral.

Es muy interesante observar que el primer intento de separar completamente, aunque sea de un modo parcial (no generalizado a todas las leyes), la obligación jurídica de la moral, no se debe ni a los positivistas ni a los penalistas de la Edad Moderna. Fueron los defensores del Derecho Natural de la escolástica los primeros que intentaron de un modo imperfecto segregar el Derecho de la Moral a través de las llamadas "leyes meramente" penales (que obligan jurídicamente pero no obligan en conciencia, o sea, no obligan moralmente) de las cuales Suarez fue el propagador más destacado.⁸ El error de Suarez y sus defensores consistió en olvidar que esta categoría originaria del Derecho Canónico de las órdenes religiosas no podía ser trasplantada, sin más, al Derecho estatal.⁹

Otro planteamiento concreto del problema Ética-Derecho puede rastrearse

en la Teoría del Derecho Internacional que antiguamente se llamaba Derecho de Gentes. Durante muchos siglos se discutió sobre la relación y diferencias entre el Derecho de Gentes y el Derecho Natural (entendido como regla de moralidad).

Isidoro de Sevilla¹⁰ manifiesta que la prohibición de matrimonio entre extranjeros constituía un claro ejemplo del Derecho de Gentes, pero ya en su tiempo estaba muy claro que, según el Derecho Natural y por ser todos los hombres iguales, tal clase de matrimonio estaba moralmente permitida.

El caso contrario lo podemos ver con la esclavitud, prohibida según el Derecho Natural que dice que todos los hombres son libres e iguales, pero permitida y justificada según el Derecho de Gentes. Puede finalmente agregarse incluso el caso de la prostitución, en clara contradicción con el Derecho Natural y la moralidad más elemental, pero de hecho extendida e incluso institucionalizada en casi todos los países de la antigüedad y como tal aceptada por el Derecho de Gentes.

Finalmente cabe recordar que, si bien los juristas de la antigüedad aceptaban plenamente los tres famosos preceptos de Ulpiano, el primero de los cuales es una clara proclamación de moralidad: "... vivir honestamente, no dañar a los demás, dar a cada uno lo suyo..." ("Instituciones", lib I, tit. 1, 3), también a la misma época corresponden unas palabras muy breves pero expresivas de Paulus, que tienen un sentido muy moderno y que dicen todo lo que se puede decir sobre el tema "no todo lo que está permitido (jurídicamente) es

⁽⁷⁾ Devlin, Patrick: "The Enforcement...", op. cit., ut supra, p. 42.

⁽⁸⁾ Aguilera, Concha: "Historia del Pensamiento, vol. 2, La Escolástica", op. cit., ut supra, p. 63 y ss.

⁽⁹⁾ Devlin, Patrick: "The Enforcement...", op. cit., ut supra, p. 50.

⁽¹⁰⁾ De Sevilla, Isidoro: "Sobre el Derecho de Gentes", citado por Peragallo Silva, Roberto: "Religión y Orden Social", en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, n. 8, 1990, op. cit. ut supra, p. 271 y ss.

honesto (moralmente)" ("Digestae", lib. L, tit. VII, 1.144).¹¹

2.3 Hechas estas salvedades corresponde adentrarse en el fermental pensamiento de Samuel Pufendorf, autor que originalmente se inscribe en la corriente del Derecho Natural tradicional y cuya obra mantiene hoy día un importante sedimento garantizador.¹²

La obra principal de Pufendorf, "De jure naturae et gentium" apareció en 1672. Al año siguiente agregó un corto apéndice titulado "De officio hominis et civis" que fue mucho más difundido aún que la obra anterior. En su texto principal el autor sostiene que el concepto de Derecho es ambiguo. Para explicar esto recurre al concepto de deber (obligatio) que lo separa estrictamente del de coacción (coactio). Por cierto que ambos conceptos conllevan una influencia sobre el sujeto por medio del temor, pero la *coacción* intimida la voluntad sólo en una forma exterior, mientras que *el deber* afecta la voluntad moralmente y la rodea internamente de un sentido especial mediante el cual ella es forzada a reprimirse y a considerarse merecedora de un mal cuando, como tal, no está conforme con lo prescripto por una norma.

El deber comprendería aquellos fundamentos que afectan la conciencia del hombre de tal forma que pueda reconocer sobre la base de su propio juicio que resistir no es correcto, es decir adecuado, a Derecho.

Un año después, en el Prefacio de su obra "De officio hominis et civis" Pufendorf clarificó la diferencia esencial entre Ética y Derecho: el *forum humanum* se ocupa solamente de las acciones exteriores del hombre, pero no penetra

lo que queda escondido en el pecho de éste y no se exterioriza mediante algún efecto o de una manera perceptible. O sea que el Derecho Natural se ocupa en su mayor parte de la conformación de las acciones exteriores de los hombres. Muy por el contrario, en el ámbito del *forum divinum*, para la teología moral no es suficiente el solo ordenamiento de los aspectos exteriores de las costumbres de los hombres en relación a la decencia de ellas, sino que se ocupa, ante todo, de que las convicciones y los impulsos internos del hombre se conformen de acuerdo con la voluntad de Dios, y por lo tanto, censura también aquellas acciones que exteriormente se presentan como correctas pero que están vinculadas a un ánimo impuro. En esto percibió Pufendorf, premonitoriamente, los límites originarios que separan al Derecho Natural de la Teología Moral.¹³

Contra estas ideas de Pufendorf reaccionó en 1678 en Leipzig, Valentin Alberti ("Compendium Juris Naturae", I-42), escolástico ortodoxo y luterano. A su juicio, lo "honestum" consistiría no meramente en una acción exterior sino que se apoyaría en la bondad intrínseca de la acción. Las expresiones de Alberti dieron oportunidad a Pufendorf ("Specimen Controversiarum", 1677 — Cap. IV y XIX) de aclarar más su concepción según la cual el Derecho Natural se ocuparía *en su mayor parte* de la conformación del aspecto exterior de las acciones de los hombres, con lo cual se indica suficientemente que *los motivos anímicos interiores de ninguna manera son completamente irrelevantes*.

A juicio de Pufendorf las acciones que de alguna manera se relacionaran con una falta del ánimo tendrían que

(11) Llompart, José S. J.: "Teoría y Realidad del Derecho", op. cit. ut supra, p. 101.

(12) Sobre este pensador, ver: Brufan Prats, J.: "La Actitud Metódica de Pufendorf", Edit. Eneas, Madrid, 1968.

(13) Cf. Welzel, Hans: "El Nacimiento del Moderno Concepto del Derecho", en Revista Panameña de Ciencias Penales, Edic. Salinas, Panamá, 1987, p. 71.

censurarse necesariamente en el *forum divinum* de la Teología, y no en el *forum humanum* del Derecho Natural, pues la razón humana no podía encontrar ningún medio adecuado y seguro para los delitos que debían expiarse ante Dios. Sería precisamente el omnipotente el único capaz de conocer lo interno del alma, mientras que los hombres sólo tendrían capacidad de captar lo que se manifiesta en una acción exterior y lo que cae bajo los sentidos. Pufendorf puso en claro el malentendido de que el Derecho Natural se vinculaba exclusivamente con las acciones exteriores. Por el contrario, afirmó con buenos fundamentos que el Derecho Natural se ocupaba en su mayor parte (*magnam partem*) de las acciones exteriores del hombre. Ocurre que el derecho carece de “*meios idóneos*” para penetrar en la motivación de una acción externamente correcta pero interiormente impura, el único medio para alcanzar la motivación impura o inmoral de una acción exteriormente correcta (legal), o de una acción sin una manifestación exterior hubiera sido el tormento y este autor lo rechazaba radicalmente por ser un medio inadecuado e inmoral.

En esse contexto el Derecho se ocuparía solamente de las acciones que tienen en el mundo exterior efectos perturbadores en las relaciones sociales. Todas las acciones que no tienen efectos en el mundo exterior, o bien que a persa de tenerlos son, sin embargo, exteriormente correctas están fuera del ámbito del Derecho. Estas acciones caen dentro de los alcances de la Teología Moral o sea de la Ética que también desapruueba la acción exteriormente correcta cuando ella se motiva en um ánimo impuro. Encontrándose las meras faltas de ánimo fuera del ámbito del Derecho Natural desaparece también la posibilidad de una coacción jurídica y los tribunales humanos tendrían vedado indagar

respecto al mero impulso anímico por carecer de medios apropiados legítimos.

Como vemos, el pensamiento de Pufendorf no se redujo a lo meramente conceptual ni a desarrollos teóricos sobre la delimitación entre Derecho y Ética; por el contrario, sus ideas resultaron medularmente garantizadoras y de un enorme alcance práctico, en especial en lo que atañe a la historia de la tortura. Con la eliminación de las faltas de ánimo del ámbito del Derecho, este pensador privó a la tortura de su ámbito esencial de aplicación que eran los procesos de brujas, tan funestos en su época. Por cierto que sus presupuestos ideales no alcanzaron para resolver el problema, todavía tendría que ser librada por Thomasius una fuerte lucha para eliminar esos abyectos mecanismos de control y represión de la conciencia.¹⁴

Debe señalarse a esta altura un aspecto realmente importante en la obra de Pufendorf. *Este autor había partido del fundamento unitario de la razón práctica*, como lo demuestra su concepto del deber jurídico: *el deber jurídico (obligatio), al contrario de la pura coacción (coactio), es una vinculación interna, de conciencia, del hombre con la conducta jurídicamente correcta, en este sentido, el deber jurídico es también deber moral*. Recién en el *forum humanum* entran a jugar ambos conceptos separados en la medida en que lo interno es indiferente en la conducta adecuada a Derecho (*legalem*) y sólo es relevante para el Derecho en la conducta antijurídica (*illegalem*), mientras que para la Ética, el ánimo interno siempre — aún en las conductas exteriormente legales — es decisivo.¹⁵

Christian Thomasius, básicamente un seguidor de Pufendorf, en su obra pos-

⁽¹⁴⁾ Devlin, Patrick: “The Enforcement...”, op. cit. ut supra, p. 72.

⁽¹⁵⁾ Welzel, Hans: “El nacimiento del Moderno Concepto...”, op. cit. ut supra, p. 77 y ss.

terior, "Fundamenta juris naturae et gentium" de 1705, sostuvo en este aspecto una posición sustancialmente diferente a la de su maestro al decir que el Derecho y la Ética ya se separan en su raíz común: sólo el deber de honestidad (de la moral) sería un deber interno (*obligatio interna*), mientras que el deber jurídico es únicamente exterior (*obligatio externa*), un "deber coactivo, que se apoya en el temor frente a la coacción ejercida por otro hombre". Con su separación de Derecho y Moral, solve la base de la coacción y el "deber coactivo", Thomasius tuvo con el correr del tiempo una influencia determinante en la "teoría coactiva" del Derecho (Jhering, Hold von Ferneck, Julius Binder), que encontró su desenvolvimiento más consecuente en la Teoría Pura del Derecho de Kelsen.¹⁶

A su vez puede decirse que la línea de pensamiento de Pufendorf fue seguida por Kant ("Metafísica de las Costumbres", 1797) quien en último término, a través de sus conceptos de "legalidad" y "moralidad", se acerca mucho a su concepción e, incluso, puede verse recogida en la fermental obra de Carlos Christian Federico Krause ("Fundamentos del Derecho Natural", 1815).¹⁷

La discusión relativa a ambas interpretaciones del moderno concepto del Derecho sigue manteniendo una militante vigencia.

La teoría coactiva inaugurada por Thomasius mediante la radical separación de Derecho y Ética, involuntaria pero también necesariamente, abrió nuevamente la posibilidad de convertir el Derecho en instrumento de terror, discrecionalidad absoluta, de anulación de la libertad de conciencia y tortura. En cambio, el camino indicado por Pufendorf distinguiendo entre Derecho

y Ética, pero sin separarlo en sus raíces, hacía posible que el Estado respetara el proceso valorativo y el derecho de los ciudadanos.

2.4 Lo cierto es que la tesis de la separación del Derecho y la Moral, en su visión más radical, resultó una concepción que con los años vendría a consolidarse constituyendo la esencia del *Positivismo Jurídico*, que además de identificar por completo el Derecho como tal con la ley lo separa de la Moral. Y no es pura casualidad el hecho de que, aunque muchos positivistas disienten en la manera de explicar eso que llamamos Derecho, todos están completamente de acuerdo en defender esa tesis. Hans Kelsen al propugnar su teoría pura del Derecho criticó no solamente el iusnaturalismo, sino también al positivismo de su tiempo.¹⁸ Hart, que fue sustancialmente un positivista, dirigió agrias críticas tanto contra John Austin como contra Kelsen. En las últimas décadas vienen aumentando las críticas de los positivistas contra Kelsen, pero no todos los positivistas de nuestro tiempo aceptan incondicionalmente la teoría de Hart y, sin embargo, la tesis de la separación del Derecho y la Moral continúa siendo un axioma evidente e indiscutible para todos los mentores del positivismo.¹⁹

La concepción positivista respecto de la separación del Derecho y la Moral parte, entre otras cosas, de sus observaciones sociológicas respecto de la crisis actual de la moralidad de una sociedad pluralista y de una perspectiva teórica vinculada a la manera de concebir el fin y la función del Derecho Penal.

(18) Kelsen, Hans: "El Derecho como Técnica Social Específica", The University of Chicago Law Review (diciembre de 1941) citada por Casamiglia, Albert, en "Qué es Justicia", Edit. Ariel, Barcelona, 1983, p. 171.

(19) Llompart, José S. J.: "Teoría y Realidad del...", op. cit. ut supra, p. 97 y ss.

(16) Ibidem, op. cit. ut supra, p. 78.

(17) Devlin, Patrick: "The Enforcement...", op. cit. ut supra, p. 81

Respecto al primero de estos temas se señala que no todos los países tienen el mismo Código de Derecho Penal, pero que por lo menos cada país civilizado tiene un Código. Sin embargo, la moralidad de los ciudadanos ni está codificada ni puede decirse que sea una, pues hoy en día las creencias religiosas pueden ser muy dispares. El Estado debe dejar las valoraciones morales a la conciencia de los ciudadanos y el imponer a través del Derecho un determinado sistema moral violando sus conciencias sería una inmoralidad de primer grado. Por otra parte, cualquier sociedad que tenga un Derecho Penal, por mínimo que sea, nunca podrá tildarse como una sociedad básicamente permisiva pues, tanto el ciudadano judío, como el creyente islámico, el cristiano o el budista, estarán de acuerdo en *ciertos valores fundamentales* cuya preservación resulta imprescindible para la mutua convivencia, y que desde una concepción de "intervención mínima" del Derecho Penal son los únicos mercedores de protección penal.

Es esta clase de moralidad (en singular), cuya negación supone la propia negación de la vida en sociedad la que ningún autor ha podido divorciar de hecho del Derecho Penal, por mucho que en teoría proclame la separación del Derecho y la Moral.

Con relación al tema teórico relativo a la manera de concebir el *fin* y la *función* de Derecho Penal, debemos advertir que a nuestro juicio existe sobre el punto una generalizada confusión de ideas en muchos penalistas.

Ciertamente los conceptos de fin y función de la ley son muy parecidos pero deben y pueden ser distinguidos acabadamente. Esa clarificación de conceptos nos dará mucha luz para aclarar los problemas que estamos analizando. Antiguamente se hablaba siempre del fin de la ley; modernamente con la influencia de la Sociología del

Derecho se ha generalizado la expresión función de la ley.

Estrictamente el fin de la ley está relacionado con lo que debe ser y presupone necesariamente una valoración sobre la cual puede haber diversas opiniones. El tomar las debidas medidas para conseguir un fin es algo típico y exclusivo del hombre. La función alude a producir de modo continuo un efecto, o sea "el funcionar" y se relaciona a una cosa de lo producido por el hombre, algo específico de las máquinas. El fin es siempre una cosa que debe ser pero que a veces no se consigue, una cosa prevista y deseada por el hombre; la función es sencillamente la producción continua de un efecto, una cosa que es, aunque a veces puede ser que no haya sido pretendida.

Puede ser que la palabra función aparezca como moderna pero no lo es su contenido. Es aquello que los escolásticos sobre todo Suarez ("De la Ley", 1590) llamaron el "effectus legis" o sea el efecto producido por la ley distinguiéndolo claramente del "finis legis". Aunque Suarez dice que lo ideal es que el "finis" y el "effectus" coinciden perfectamente esto es lo ideal reconoce que no siempre ocurre así en la realidad y solamente la experiencia nos puede decir si la ley funciona conforme al fin para el cual se dictó.²⁰

En nuestra opinión y con esto creemos demostrar la importancia de distinguir ambos conceptos, no se puede afirmar que el fin como tal del Derecho Penal sea moralizar a los ciudadanos, pero tampoco se pueda negar que teniendo el Derecho Penal un básico contenido ético, de fundamento antropológico, tenga de hecho también una función reafirmadora de esa misma moralidad (en singular) sobre el colectivo. Este hecho como puro hecho es innegable, por mucho que

⁽²⁰⁾ Op. cit. ut supra, p. 108/109.

en teoría se siga proclamando la separación del Derecho y la Moral.

Por último debe advertirse que los positivistas que por una parte afirman que la Moral no tiene nada que ver con el Derecho caen en la incongruencia de negar por otra parte el "espacio jurídico vacío" o el "ámbito de lo no jurídico". Como ha explicado de una manera convincente Arthur Kaufmann,²¹ solamente si se admite ese ámbito de lo no jurídico, es posible una verdadera tolerancia en sentido jurídico social, pues si el Derecho lo abarca todo y hace que toda acción sea "ipso facto" y como tal jurídica o antijurídica (que es la consecuencia lógica de no admitir el ámbito de lo no jurídico), la ley debería proteger de un modo *positivo* todo lo que no está prohibido por el Derecho, aunque fuera claramente contrario a la Moral y violentara la conciencia de la mayoría de los ciudadanos.

3. Sentido de la evaluación moral para un Derecho Penal de perfil garantizador

3.1 Tras la superación definitiva del periodo histórico en que el Derecho Penal aparece — en grandes líneas — aparentemente confundido en su contenido y rasgos esenciales con la Ética y con la Teología, lo que aparece con carácter preponderante, pero no exclusivo, en la etapa anterior al Siglo XVII, se fue perfilando gradualmente el concepto de que siendo las leyes mecanismos de protección social, deben alejarse del control de la vida espiritual de los individuos. En tal sentido se afirmó que no siempre es y no siempre debe ser punible lo que es inmoral, rescatándose la idea de que *el fin último del Derecho es la regulación de un*

determinado comportamiento externo, consistente en un hacer u omitir, procurando salvaguardar bienes jurídicos, pero esos bienes jurídicos, no pueden estructurarse despegados de la realidad y menos aún de la autonomía ética de los individuos.

3.2 Corresponde, en el mismo sentido, profundizar respecto a la trascendencia del componente ético en la conformación de los bienes jurídicos. Hemos dicho en publicación anterior que el Derecho Penal debe intervenir utilizando el poder coactivo del Estado, representado por la pena pública, únicamente ante aquellas perturbaciones especialmente peligrosas del orden social, referidas a intereses muy valiosos para la comunidad, y siempre que no sean suficientes las otras barreras protectoras que deparan el orden social y las demás ramas del orden jurídico.²² Estos intereses, que para gozar de la tutela penal deben ser reconocidos por la sociedad o, en defecto de una identidad en la valoración ética, por las capas sociales dirigentes de la colectividad estatal,²³ se denominan "bienes jurídicos", por lo que, finalmente, *la misión del Derecho Penal* será, conforme a la doctrina dominante, *proteger bienes jurídicos*, procurando impedir su lesión o puesta en peligro. Podría decirse que hasta aquí, en principio, hay acuerdo general en la doctrina,²⁴ pero es precisamente a partir de este punto, momento

(22) Cervini, Raúl: "Los Procesos de Descriminalización, 2.ª ed., Edit. Universidad Ltda., Montevideo, 1993.

(23) Maurach, Reinhart: "Tratado del Derecho Penal" (Traducción de Juan Córdoba Roda), t. 1, Barcelona, 1962, p. 249 y ss.

(24) Aunque, como señala Hernán Hormazabal Malaree ("Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho — El Objeto protegido por la Norma Penal", Barcelona, 1991, p. 7), citando a Jakobs, en la actualidad la capacidad y utilidad de la teoría del bien jurídico está siendo cuestionada por los

(21) Kaufmann, Arthur: "Esencia del Derecho", en Revista Colombiana de Filosofía del Derecho, Año II, n. 6, Medellín, 1990.

en el cual se hace necesario definir las funciones y el contenido del concepto de bien jurídico, cuando tienen lugar los principales acuerdos doctrinarios.

En líneas generales, siguiendo los planteos de Bustos Ramírez²⁵ y de Devlin,²⁶ en relación al contenido o naturaleza del bien jurídico, es posible encontrar dos principales orientaciones teóricas.

Una dirección trascendente, que a su vez puede partir de un punto de vista iusnaturalista — de onde nace el concepto de bien jurídico con Birbaum (1834), cuyo antecedente inmediato lo constituye la teoría de los derechos subjetivos de Von Feuerbach²⁷ — que entendía que lo protegido por el Derecho Penal eran objetos provenientes de la “naturaleza de las cosas”, o desde un punto de vista político-criminal, habiendo sido, en este caso, su primer y principal exponente Von Liszt (1881), quien señaló que los bienes jurídicos surgen de la vida social y, por lo tanto, al Derecho sólo le cabe reconocer estos intereses que aparecen para el individuo en su actividad social. “El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida, pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico”.²⁸

penalistas que colocan en la base de sus propuestas al funcionalismo en su expresión más extrema: teoría funcionalista sistémica de Luhmann.

(25) Bustos Ramírez, Juan: “Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal”, Edit. Temis, Bogotá, 1982, p. 14; del mismo autor: “Manual de Derecho Penal Español, Parte General”, Edit. Ariel, Barcelona, p. 50 y ss.

(26) Devlin, Patrick: “The Enforcement of...” op. cit., ut supra, p. 86.

(27) Von Feuerbach, Paul Johann A. R.: “Tratado de Derecho Penal Común vigente em Alemania” Traducción al castellano de 1.ª 14.ª edición alemana de 1847, por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires, 1989, p. 19 y ss.

(28) Von Liszt, Franz: “Tratado de Derecho Penal (Traducción de Luiz Jiménez de

La otra dirección desde la cual se ha intentado explicar la naturaleza del bien jurídico, corresponde a las concepciones inmanentes. Su principal sostenedor fue Binding (1872), quien planteó precisamente que los bienes jurídicos son inmanentes a la norma, vale decir, que cada norma tiene y determina totalmente su bien jurídico, resumiéndose todo, en el fondo, en un mero problema interpretativo de lo que quiso legislador (criterio teleológico).

El colocar el bien jurídico dentro del sistema, como hacen las concepciones inmanentes, trae aparejado consecuencias muy gravosas: el legislador, por esta vía, no tiene límites en la creación de bienes jurídicos, con lo cual se los limita a cumplir sólo una función sistemática e interpretativa y no, como es de esperar, de garantía para los individuos. En cambio, las concepciones trascendentes, al ubicar el objeto de tutela fuera del sistema, sí permiten que el mismo cumpla, además de las funciones sistemática e interpretativa, la tarea crítica que permite limitar al Estado, vedándole el acceso arbitrario a aquellas áreas donde no puede intervenir penalmente.

El bien jurídico, entonces, no integra el tipo legal, ni tampoco la norma, sino que constituye la piedra fundamental sobre la cual se deben construir los tipos legales. De esta forma, el mismo asume un importante cometido teológico-sistemático, convirtiéndose en una herramienta indispensable de interpretación que permitirá reducir a sus justos límites la materia de prohibición, cumpliendo, como ya se indicó, la importantísima función político-criminal de cuestionar la actuación legislativa en el proceso de criminalización primaria, formulando una primera distinción entre aquello que puede o no puede ser protegido por el

Asúa de la 20.ª edición alemana), t. II, Madrid, p. 6.

Derecho Penal,²⁹ en todo caso, respetando aquellos substractos culturales y éticos que definen la fisonomía de una comunidad determinada en un momento histórico, también determinado.³⁰

Por ello, bien señala Jescheck que por bien jurídico ha de entenderse todo valor ideal del orden ético-social recepcionado (protegido), en cuyo mantenimiento tiene interés la comunidad y que puede atribuirse, como a su titular, tanto al particular como a la colectividad.³¹

3.3 Todas estas consideraciones referidas a la evolución del discurso filosófico del control penal y al propio componente ético de la objetividad jurídica por él tutelada se corresponden con la idea de que, si bien es útil al Derecho Penal y a la Moral, por el bien de ambos, que puedan distinguirse claramente, esto no quiere decir que sea siempre posible, ni en la práctica ni en

la teoría, separar de modo adecuado el mundo del Derecho del mundo de la Moral. Y estamos hablando del Derecho viviente en la sociedad y no en la simple idea del Derecho como contrapuesta a la idea de la Moral, nos referimos al Derecho Real y no al Derecho elaborado y refinado en la mente de los teóricos.

Consecuentemente, resulta pertinente recordar una aguda afirmación de Manzini citada profusamente, quien partiendo de la propuesta de Jellinek corroborada por Welzel de que "el Derecho es el mínimo ético"³² ha dicho que el Derecho Penal "frente a los otros ordenamientos jurídicos y en el aspecto moral, se presenta como el mínimo de la cantidad ética que se considera indispensable y suficiente para mantener las condiciones necesarias de una determinada organización social".³³

Debe advertirse nuevamente, como lo hizo hace más de 300 años Pufendorf, respecto del peligro de divorciar completamente la responsabilidad penal de la responsabilidad moral.

La responsabilidad penal nace solamente en los casos previstos por la ley. Esto lo puede y debe admitir tanto un positivista como un iusnaturalista. Sin embargo, el divorciar completamente el Derecho de la Moral significa que de hecho y de derecho el Estado — bien sea absolutista, o se proclame democrático — tiene la total e inapelable facultad de determinar lo que debe o no debe penalizarse, convirtiéndose (el Estado) en la fuente última de la responsabilidad penal.

Es evidente también que al Estado no se le puede exigir ninguna clase de

(29) Conf.: Hassemer, Winfried: "Lineamientos de una Teoría Personal del Bien Jurídico". Traducido del original alemán publicado en 1989 por Patricia S. Ziffer, en "Doctrina Penal", año 12 (1989), Buenos Aires, p. 275 y ss.

(30) Conf.: Dentro del Campo de la Política Criminal: Jaeger, Gertrude y Selznick, Philip: "A Normative Theory of Culture", en *American Sociological Review*, 1964, 28:251. En el ámbito dogmático, Bettiol, Giuseppe: "Derecho Penal, Parte General", Edit Temis, Bogotá, 1965, p. 149. Idem Welzel, Hans: "Derecho Penal, Parte General", Edit. Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 1-2. Específicamente Bettiol, dentro de su concepción valorativa, señala: "el bien jurídico está íntimamente ligado a las concepciones ético-políticas dominantes y asume, por ende, diverso significado y contenido diverso con el mudar del tiempo y el ambiente", señalando más adelante: "el Derecho Penal no es más que la tutela de un concepto ético sobre el que reposa la Sociedad".

(31) Jescheck, Hans-Heinrich: "Tratado de Derecho Penal, Parte General", V. I, Bosch Casa Editorial S. A., Barcelona, 1981, p. 351.

(32) Welzel, Hans: "El Derecho Penal Alemán", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987.

(33) Manzini, V.: "Tratado del Furto", Turín, 1902-1905, citado por Wanderley, Jorge William en: *Curso de Direito Penal*, vol. 1, Parte General, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1988, p. 36.

responsabilidad por sus actos legislativos, estará más allá del bien y del mal, manifestándose como el Estado amoral de Nietzsche ("Más allá del bien y del mal", 1885),³⁴ o como fuente y concretización de su propia Moral de acuerdo a la concepción de Hegel. Este último, en su obra "Filosofía del Derecho" de 1821, expresa que el Estado, como vida divina que se realiza en el mundo, no puede hallar en las leyes humanas de la moral un límite o un impedimento a su acción. El Estado, como sustancia ética, tenía en su concepción exigencias diversas y superiores a la de la moral humana.³⁵

Resulta claro a nuestro juicio que sólo una coincidencia de base — aunque sea mínima — entre el Derecho Penal y la Ética, respetará la designación conjunta de mandatos sociales emanados de un proceso valorativo culturalmente condicionado, evitará el autoritarismo valorativo desde el Poder, la desnaturalización de bien jurídico y aventará el peligro de que el colectivo social vea frustradas sus expectativas respecto del Derecho o, lo que es aún peor, que algunos "iluminados" sufran la tentación de apartarse de las normas buscando una justicia sustantiva.

Riesgos autoritarios parecidos a los que generan ciertas interpretaciones desmesuradas del iusnaturalismo provoca también la radicalización de los positivistas. Se puede decir que los extremos se tocan. Tan peligroso es el divorcio total del Derecho y la Moral como lo proclamó el capitalismo y el liberalismo a ultranza de fines del siglo pasado como su identificación propugnada en tiempos no tan lejanos por la teoría marxista leninista del Derecho.

Tanto disociando como diferenciando el Derecho y la Moral es el Estado el que sale ganando pues con su poder y con sus medios de coacción puede actuar virtualmente a su exclusivo arbitrio.

Solamente una diferenciación inadecuada teórica y práctica del Derecho y la Moral puede hacer posible que el Estado respete a los ciudadanos como éstos deben respetarse mutuamente, y evitar el que la máquina estatal y las personas que la mueven se convierta en el Leviatán de nuestros días. Ciertamente no estamos propugnando reconcentrar la norma jurídica con la moral sino simplemente reivindicando el necesario reconocimiento normativo de ese mínimo substrato ético que permite viabilizar el colectivo social en un marco de dignidad para todos, ya que el Estado no puede, aunque quiera, ignorar las leyes físicas, pero sí puede verse tentado a ignorar la más elemental dignidad ética del hombre medio.

Entendemos, siguiendo la concepción del Professor Zaffaroni,³⁶ y desde la perspectiva realista de las nuevas teorías normativas de la cultura,³⁷ que la obligatoriedad de la ley Penal estriba en su fundamento antropológico, en la sustancial identificación de la misma con las normas de la cultura cuya vigencia es conocida y reconocida por el individuo en la realidad de un lugar y momentos determinados. Estas normas de la cultura traducen un proceso valorativo que plasma en una designación conjunta la totalidad de los mandatos y prohibiciones que son dirigidas al individuo, en su condición de convencionales, morales, religiosos o como exigencias de tráfico o profesión.

⁽³⁴⁾ Aguilera, Concha (Coordinadora): "Historia del Pensamiento" vol. 5: Filosofía del Romanticismo, op. cit. ut supra, p. 221 y ss.

⁽³⁵⁾ Ibidem, p. 13 y ss.

⁽³⁶⁾ Zaffaroni, Eugenio Raúl: "Manual de Derecho Penal — Parte General", 4.ª ed., Edit. Ediar, Buenos Aires, 1985, p. 301 y ss.

⁽³⁷⁾ Jaeger, Gertrude y Selznick, Philip: "A Normative Theory...", op. cit., ut supra, 29:653-669.

La evaluación moral no podrá ser — por tanto — ajena a esta particular dinámica de legitimación de la norma. Es más, puede decirse que su participación es básica, aún cuando no constituya el único y exclusivo principio fundamentador de la ley como lo era, a juicio mayoritario, en la época teocrática y metafísica del Derecho de punir, sino uno — aunque muy importante — entre otros factores conformadores del universo cultural.

Observamos finalmente que gran parte de los delitos suponen la realización normativa de un mandato moral, pero que, por otro lado, también la realidad exhibe otras figuras tipificadas penalmente que sustancialmente no implican la violación de principios éticos (muchos

delitos culposos, delitos políticos, etc.).³⁸

El punto crucial de debate se centrará precisamente en torno a aquellos hechos que son calificados como delitos sin que los integrantes de la comunidad los sientan como ética o socialmente indeseables. En tales casos podría decirse con Zaffaroni que careciendo tales normas del imprescindible fundamento antropológico, no constituyen una manifestación de Derecho sino un mero ejercicio de Poder que no es Derecho.

⁽³⁸⁾ Cairolí, Milton: "Curso de Derecho Penal Uruguayo", tomo I, Parte General, La Ley Penal, Delito. Edit. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1986, p. 26 y 27.